



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN 978-88-31633-58-1



WWW.DEIUSTITIA.IT
Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 3 / Luglio 2019 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – www.deiustitia.it

Fondata da: Avv. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Avv. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Avv. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella – Prof. Arena Amedeo - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Avv. Francesco Boccia – Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Avv. Francesco Bottiglieri - Pres. Francesco Caringella – Prof. Avv. Gianluca Cascella - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gabriella De Maio – Avv. Gaetano Del Giudice – Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Dott. Davide Giordano – Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Dott.ssa Ilaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Pres. Luigi Maruotti - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott. Andrea Napolitano – Dott.ssa Edda Napolitano – Prof.ssa Anna Papa - Dott. Angelo Rubano - Avv. Nicolò Rubino - Prof. Avv. Angelo Scala - Avv. Marina Sfarzo - Prof.ssa Laura Solidoro - Avv. Silvia Tuccillo – Dott. Francesco Zappatore

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing
via Roma 73 – 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

La carta dei servizi nel settore idrico: da atto generale di indirizzo ad elemento integrativo contrattuale, inadempimenti, sanzioni e legittimazione a impugnare.

di Adabella Gratani

Pag. 4

La (possibile) partecipazione di un soggetto privato all'interno di una società in house providing alla luce delle recenti evoluzioni normative.

di Emilio Boccia

Pag. 20

Il paradigma funzionale nella figura dell'organismo di diritto pubblico, alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite n. 8673 del 2019.

di Edvige Centore

Pag. 40

PARTE II – DIRITTO CIVILE

Fatturazione elettronica: tra lotta all'evasione e tutela della Privacy.

di Alessia Tomo

Pag. 64

Pubbliche amministrazioni, accesso e trasparenza alla prova del nuovo GDPR

di Gennaro Dezio

Pag. 83

La responsabilità del venditore per i vizi della cosa: morfologia giuridica e regime processuale, alla luce della recente giurisprudenza di legittimità.

di Sisto Macchiarelli

Pag. 100

PARTE III – DIRITTO PENALE

Un caso di cooperazione colposa omissiva: riflessioni sulla responsabilità medico-chirurgica di équipe.

di Fabrizia Cesarano

Pag. 114

Diritti fondamentali e sicurezza pubblica: La tutela della libertà "ad essere informati" nella lotta al terrorismo internazionale.

di Giacomo Palombino

Pag. 133

La resistenza a più pubblici ufficiali tra concorso apparente di norme e concorso di reati sotto la lente delle Sezioni Unite.
di Sara Spiezia

Pag. 147

PARTE IV – FOCUS PROCEDURE CONCURSUALI

Decorso della prescrizione dei crediti in fase di esecuzione del concordato preventivo.
di Annalinda Verdesca

Pag. 159

Gli effetti della risoluzione del contratto di leasing per inadempimento dell'utilizzatore, verificatasi ante dichiarazione di fallimento.
di Clementina Pietraroia

Pag. 163

Il fenomeno della consecuzione consente di traslare dall'una all'altra procedura la precedenza procedimentale in cui consiste la prededuzione.
di Giuliana Santa Trotta

Pag. 168

PARTE V – FOCUS ESECUZIONI

Atti del delegato e reclamo ex art. 591 ter c.p.c.
di Alessandra Migliorino

Pag. 172

Esecuzioni esattoriali e opposizioni recuperatorie.
di Ilaria Ippolito

Pag. 176

Esecuzione forzata e condominio.
di Flavia Bonelli

Pag. 179

La carta dei servizi nel settore idrico: da atto generale di indirizzo ad elemento integrativo contrattuale, inadempimenti, sanzioni e legittimazione a impugnare.

Adabella GRATANI*

SOMMARIO: **1.** *L'utente e la Carta fondamentale dei servizi informazioni immateriali da rendere accessibili online. Aspetti critici e confusione costituzionale evolutiva degli artt. 21 e 97 Cost.* **2.** *La diversa natura giuridica della Carta della Qualità dei Servizi del SII, da "atto generale di indirizzo" a "elemento integrativo contrattuale". Le responsabilità dell'Ente d'Ambito, del Gestore e di Arera.* **3.** *Pro-mozione della Carta dei Servizi e penalizzazioni per gli inadempimenti. Aspetti nevralgici nei Rapporti ARERA/Gestore e tutele dell'utente.* **3.1.** *Mancato corredo della Carta dei servizi. Considerazioni critiche. Valore sostanziale o formale della Carta e sistemi alternativi.* **3.2.** *Inadempimento del gestore alle condotte statuite nella Carta dei servizi. Risoluzioni stragiudiziali, indennizzo automatico e poteri sanzionatori di Arera.* **3.3.** *Carta dei servizi: strumento di controllo immediato.*

1. L'utente e la Carta fondamentale dei servizi: informazioni immateriali da rendere accessibili online. Aspetti critici e confusione evolutiva dei distinti principi ex artt. 21 e 97 Cost.

Con la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, si parla per la prima volta di un documento nel quale sono enunciati i principi che dovevano presiedere l'erogazione dei servizi pubblici, inclusi quelli svolti in regime di concessione o mediante convenzione¹ al fine di garantire il godimento

* *Assegnista Università TorVergata, Diritto Amministrativo, Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico, Università degli Studi di Pavia, Avvocato Cassazionista, Docente di Diritto e Politiche Europee di Sviluppo, Università di Sassari, a.a.2018/19.*

¹ www.agenzia.roma.it/documenti/norme/100.pdf. Cfr. anche la carta dei servizi e documenti contenenti standard di qualità dei servizi pubblici (articolo 32, comma 1, d.lgs. n. 33/2013) e gli standards di qualità dei servizi nell'ambito del Piano della performance adottato ai sensi del decreto legislativo 27 ottobre 2009 n.150. Vd. M.CALABRÒ, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Diritto amministrativo*, 2014, fasc. 1-2, pp. 373-421; (a cura di) *Magistrates Court of Victoria*, *La carta dei servizi della Magistrates Court of Victoria in Quaderni di Giustizia e Organizzazione*, 2008, fasc. 4, pp. 83-90; M. CANNATA, *La carta dei servizi strumento di programmazione dell'Ente locale*, in *L'Amministrazione italiana*, 2007, fasc. 1, pp. 43-52; idem *Partecipazione e comunicazione nel sistema di programmazione e controllo dell'Ente locale: la carta dei servizi*, in *L'Amministrazione italiana*, 2006, fasc. 11, pp. 1466-1475.

dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza e previdenza sociale, alla istruzione e alla libertà di comunicazione, alla libertà e sicurezza della persona, alla libertà di circolazione, (...), e quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas².

La carta dei servizi assolve ad una duplice finalità per l'utente dei servizi erogati, sia uno strumento di protezione (diverso da quello a disposizione dei cittadini destinatari di atti autoritativi), sia una tutela specifica rispetto a quella a disposizione del "consumatore", quale fruitore di beni e servizi in relazione a soggetti diversi dallo Stato, in un libero mercato, ove i poteri pubblici non intervengono, né erogando, direttamente o indirettamente, il servizio, né dettando una specifica regolamentazione.

La Carta dei Servizi, descrivendo il modo con il quale sono forniti i servizi, la qualità proposta e le forme di tutela previste per il cittadino, è un ausilio fondamentale per coloro che si trovino a dover "prendere contatti" con il Gestore del servizio di riferimento.

Essa rappresenta il supporto probatorio col quale qualsiasi ente erogatore di un servizio pubblico dichiara i propri obiettivi e, individuando gli standards della propria prestazione, riconosce specifici diritti in capo al cittadino – utente³.

² Cfr. L.TABORCHI Luciano, *Una carta dei servizi per le farmacie comunali*, in L' Amministrazione italiana, 2007, fasc. 3, pp. 347-355; G.OLMI, *Dalla qualità dei servizi alla Carta dei servizi attraverso il "Process Management"*, Workshop di Storia dell'amministrazione della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Padova, in L' Amministrazione italiana, 2005, fasc. 5, pp. 633-653; S. PIAZZA, *La carta dei servizi sociali tra difficoltà analitiche e problemi di attuazione*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2005, fasc. 10, pp. 1117-1121; idem *La Carta dei servizi pubblici come forma di tutela degli utenti*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2004, fasc. 21-22, pp. 2489-2501; G. TORRE, *La "Carta dei servizi" pubblici sanitari*, in L' Amministrazione italiana, 2000, fasc. 9, pp. 1280-1282; V. MALFATTI, *Carta dei servizi e procedure di gara nel trasporto pubblico locale*, in Diritto dei trasporti, 1999, fasc. 3, pp. 817-831; S BRIGHI, *La carta dei servizi INAIL: una garanzia per il buon andamento del servizio pubblico e strumento concreto per un continuo adattamento*, in Enti pubblici, 1997, fasc. 1, pp. 43-44.

³ Per uno sguardo generale vd. M.MANCINI PROIETTI, *La Carta dei servizi pubblici in Italia. L'evoluzione del quadro normativo*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2000, fasc. 11, pp. 1139-1152; F. DONATO, L.DEL BENE, *Controllo di gestione e Carta dei servizi: verso un reale supporto al miglioramento delle performance*, in Azienda pubblica, 2000, fasc. 4, pp. 395-417; R. MUSSARI, *Carta dei servizi pubblici e sistema dei controlli interni*, in Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione, 1999, fasc. 4, pp. 121-142 idem *Carta dei servizi pubblici e sistema dei controlli interni*, in Rivista trimestrale di scienza dell' amministrazione, 1999, fasc. 4, pp. 121-144; AAVV. Relazione al seminario organizzato dal "British Council", dalla Confindustria, dall'Istituto di Diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza" e dall'ISTAT sul tema: "La Carta dei servizi pubblici e la Citizen's Charter", 4 febbraio 1998, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1998, (All'interno vd. S. BATTINI, *La tutela dell'utente e la Carta dei servizi pubblici*, fasc. 1, pp. 185-195, T. BOVAIRD, *Monitoring and evaluating the success of the UK citizen's Charter*, fasc. 3, pp. 781-791; P. MARCONI, *La Carta dei servizi pubblici e la Citizen's Charter. La normativa sulla Carta dei servizi*, fasc. 1, pp. 197-205; H

Non tanto l'evoluzione⁴ della Carta dei Servizi, dal 1994 ad oggi, quanto il riconoscimento che essa contenga principi e regole che devono presiedere l'erogazione dei servizi pubblici, la fa connotare quale "carta fondamentale", nel solco dei principi indispensabili sui quali si fonda l'amministrazione dello Stato, tracciati dall'art. 97 Cost.⁵ e ancor più specificati nell'art. 1 della legge 241 del 1990 e s.m.i.⁶ e richiamati all'art. 36 della Carta di Nizza, rubricato *Accesso ai servizi d'interesse economico generale*⁷.

In particolare, con riguardo alla norma di apertura della legge sul procedimento amministrativo, acquistano rilievo, per ciò che qui interessa, il principio del buon andamento e quello di pubblicità della pubblica amministrazione, ove il primo implica che l'attività amministrativa deve essere improntata ai parametri di

SHOVELTON, *The citizens charter. The user's perspective*, fasc. 2, pp. 463-469; G. VESPERINI, *L'attuazione della Carta dei servizi pubblici in Italia*, fasc. 1, pp. 173-184). L.Lo SCHIAVO, *La carta dei servizi nel cestino dei rifiuti? Un caso di attuazione di politiche innovative in condizioni di ambiguità*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1997, fasc. 2, pp. 53-78 E. FLORES, *La carta dei servizi scolastici*, in *Rivista giuridica della scuola*, 1996, fasc. 3, pt. 1, pp. 449-452 G.L.T., *La Carta dei servizi pubblici sanitari. Un rimedio per ritardi e disservizi*, in *L'amministrazione italiana*, 1995, fasc. 5, pp. 777-778.

⁴ F. LENA, *Considerazioni sulla Carta dei servizi quale strumento per il rispetto del tempo, dello spazio e della certezza dell'azione amministrativa*, in *Enti pubblici*, 2003, fasc. 1, pp. 13-14; *Il principio della qualità del servizio pubblico e la "carta dei servizi"*, in *Il Foro amministrativo*, 2001, fasc. 1, pt. 2, pp. 229-249; M. CIRCI, *La carta dei servizi pubblici: uno strumento abbandonato o in evoluzione?* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, fasc. 6, pp. 636-643; idem R. MUSSARI, *Carta dei servizi ed autonomia degli enti locali: un'armonia da ricercare*, in *Azienda pubblica*, 2001, fasc. 5, pp. 515-540; S. CASCIOLI, *La carta dei servizi sanitari nel sistema generale delle carte dei servizi: evoluzione, realtà e prospettive*, in *Il Diritto sanitario moderno*, 2004, fasc. 3, pp. 139-147.

⁵ "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge". Vd. F. LISENA, *Manuale di Diritto Costituzionale, Analisi di Principi generali, Istituti e Problematiche dottrinali e giurisprudenziali*, nel *Diritto Editore*, IV edizione, 2018 p.340. Qui l'A. si sofferma sul significato dei principi costituzionali inerenti all'azione amministrativa e su una loro applicazione.

⁶ Art. 1 legge 241/90 richiamata "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".

⁷ Art. 36 Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, GUUE 18 dicembre 2000 C 364, p1) "Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea". In argomento O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, fasc. 4, pp. 633-651.

economicità, efficacia ed efficienza; il secondo, impone di rendere possibile agli utenti il controllo sull'operato dei Gestori.

Corollario dei detti postulati è il principio della trasparenza dell'azione amministrativa, espressamente codificato con la l. 15/2005, che modifica la legge sul procedimento amministrativo, sulla scorta dell'esigenza di una maggiore vicinanza tra i cittadini e la pubblica amministrazione.

In ragione dell'introduzione del D.Lgs. 33/2013 tutte le amministrazioni dello Stato si sono dotate di una Carta dei Servizi "disponibile on line"⁸, sui loro siti internet, incluso gli apparati di livello centrale, come i ministeri, nonché quelli a livello periferico, come gli enti locali.

Non sono mancati sul punto i commentatori (GIARDINI)⁹ che hanno ritenuto di inquadrare tale approccio evolutivo del principio di trasparenza, enucleato nella legge n. 241 del 1990 e successive modifiche, più vicino ai modelli del *Freedom of Information Act (FOIA)*¹⁰ anglosassoni, e del tutto distinto dal diritto all'informazione, esercitabile solo con riguardo ai dati dei quali è obbligatoria la pubblicazione.

Difatti, il diritto all'informazione amministrativa, tramutatosi nel diritto di accesso agli atti della pubblica amministrazione, quand'anche abbia acquisito una portata più generale e non sia più considerato un interesse del singolo, bensì della

⁸ Proprio al fine di rendere piena attuazione ai menzionati principi e rendere la Carta dei servizi, uno strumento di reale semplificazione amministrativa, e contrastare i fenomeni della corruzione e della cattiva amministrazione, il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, modificato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 (recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione pubblicità e trasparenza) reca norme per il "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni". D.lgs. 33/2013 art. 32 rubricato "Obblighi di pubblicazione concernenti i servizi erogati". Oltre alla pubblicità dei costi inerenti ai servizi offerti dalla singola amministrazione interessata, i tempi di resa del servizio, ai mezzi, agli obiettivi e alle risorse impiegate per il conseguimento di un determinato risultato, devono essere pubblicate nel sito istituzionale di ogni p.a. anche la carta dei servizi per garantire l'accessibilità totale di tali informazioni, per tutti i cittadini senza che siano costretti a avanzare domanda.

⁹ G. GIARDINI, *Il Codice della Trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 8-9, 875, in Wolters Kluwer Leggi D'Italia PA. L'A pone l'accento come storicamente vi sia stata una lacuna da parte della P.A. italiana, nel rispetto del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, contraltare di quello della libertà d'informazione, sancito dall'art. 21 Cost. – assunto peraltro più volte ribadito anche a livello internazionale-. Giardini evidenzia inoltre come possano essere riscontrate delle differenze di approccio alla tematica, tra la Corte Costituzionale e la CEDU: mentre la prima ritiene il diritto del cittadino a essere informato come un "diritto di settore", riferito alla singola amministrazione interessata, la seconda riconosce un diritto generalizzato di accesso ai documenti in possesso delle amministrazioni pubbliche.

¹⁰ Si veda il Freedom of Information Act adottato dal Regno Unito nel 2000: www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/contents.

collettività indistinta dei cittadini (si pensi al libero e non motivato accesso della documentazione ambientale), deve rimanere distinto dal primo, trovando accesso in fonti costituzionali differenti (cfr. art. 21 e 97 Cost).

Nonostante siano chiari e distinti i sopra richiamati principi, la giurisprudenza amministrativa¹¹ continua a fare confusione quand'anche favorisca la realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino connotando la trasparenza richiamata dal D.Lgs. 33/2013 quale "accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, nella prospettiva di assicurare forme pubbliche".

Sul punto è intervenuta l'autorità indipendente di garanzia (Autorità Nazionale Anti Corruzione, ANAC), non solo in senso chiarificatore, ma anche con i suoi poteri autoritativi e sanzionatori con la Delibera ANAC n. 1310/2016¹², illustrando i soggetti che devono soggiacere al principio di trasparenza (la p.a., le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, gli enti pubblici economici, gli ordini professionali, le società a controllo pubblico e a partecipazione pubblica, le associazioni, fondazioni, gli enti di diritto privato) e gli obblighi che incombono loro nel pubblicare ogni atto che riguardi l'organizzazione, le funzioni, gli obiettivi, i procedimenti, l'interpretazione di disposizioni di legge che incidono sull'attività dell'amministrazione.

La dottrina e la giurisprudenza¹³, tuttavia, dissentono dalla natura vincolante-coercitiva della pubblicazione *on line* sui siti istituzionali delle Carte di servizio, ovvero delle linee guida, ponendo il giudice distante dalle valutazioni dell'Anac e assumendo che le informazioni on line sulla condotta della pubblica amministrazione, possono essere valutate come un mero atto d'indirizzo e supporto, prive di un contenuto lesivo diretto nei confronti dei destinatari ovvero degli utenti, al pari di "atti amministrativi generali", che in quanto diversi dagli

¹¹ Cons. Stato Sez. VI Sent., 20 novembre 2013, n. 5515, Università Cattolica del Sacro Cuore c. Sa.LA; T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV Sent., 30 ottobre 2014, n. 2587 Ge. S.r.l. c. Prefettura – Ufficio Territoriale del Governo di Milano e altri, 2014, in Wolters Kluwer Leggi d'Italia PA.

¹² M. GIORGIO, *Trasparenza e pubblicità dei dati delle Pubbliche Amministrazioni*, Giornale Dir. Amm., 2018, 1, 109, in Wolters Kluwer Leggi d'Italia PA. L'A. analizza il contenuto della Delibera ANAC n. 1310/2016

¹³ Sentenza della Corte Costituzionale n.20/2019 del 23 gennaio 2019, ha ritenuto incostituzionale l'art. 14, comma 1-bis, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, perché in violazione del principio di proporzionalità, gli obblighi per tutti i dirigenti pubblici di pubblicazione dei dati su reddito e patrimonio. T.A.R. Puglia Bari Sez. III Sent., 16 giugno 2017, n. 659, Federazione Gilda Unams Gilda degli Insegnanti Provincia di Bari c. Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e altri, in Wolters Kluwer Leggi d'Italia PA. T.A.R. Lazio Roma Sez. I Sent.14 febbraio 2018, n. 1734, F N O M C e O resistente ANAC. E. sulla pubblicazione degli incarichi, etc. Vd. in argomento D'ALTERIO, *Pubbliche amministrazioni in crisi ai tempi della trasparenza* – il commento, Giornale Dir. Amm., 2018, 4, 511 (nota a sentenza) in Wolters Kluwer Leggi d'Italia PA.

atti vincolanti, "atti di regolazione", non sono impugnabili, ma possono essere utili solo per un supporto istruttorio seppur privi di una natura precettiva.

L'evoluzione del rapporto utente/pubblica amministrazione e dei principi costituzionali sopra richiamati impone di prendere le distanze da un simile orientamento e di ritenere più che mai attuale il pensiero di GIARDINI ove fa risaltare l'interesse economico dei cittadini alla trasparenza e al libero accesso alle informazioni (senza istanza), on line, auspicando la creazione di un FOIA italiano, ossia di una normativa che renda obbligatoria la trasparenza del rapporto tra cittadini e pubblici poteri, ponendo un corretto (e non arbitrario) bilanciamento tra il diritto all'informazione con quello alla riservatezza.

Le "informazioni" in esame costituiscono beni immateriali, non limitati allo strumento di diffusione d'idee, opinioni e cultura, ma di condotta e in quanto tali assumono indubbiamente un valore e una rilevanza economica anche in termini di efficacia, efficienza, buon andamento della pubblica amministrazione e, soprattutto, un supporto al un corretto e separato principio di evitare lo spreco delle risorse quale corollario dell'art. 81 Cost.

Difatti, anche laddove si adiuvi a connaturare tale sollecitazione (linee guida) alla pubblicazione come elemento istruttorio, non può venir meno immediatamente il rapporto in termini di tempo e di costi necessari, in termini di efficienza e gestione delle risorse¹⁴, da un lato, per elaborare la singola domanda di accesso a tali informazioni, per muovere i singoli uffici alla medesima attività burocratica (protocollo, ricerca, selezione, spedizione informatica, stampa, etc.) tante volte quante sono le richieste e, dall'altro lato, all'eventuale azione giudiziaria sul silenzio-rifiuto, ricorso in ottemperanza, etc..

Alla luce di quanto esposto, non vi è chi non veda come il legislatore, seguendo l'andamento costante della rivoluzione tecnologica e digitale moderna sia munito di agevoli strumenti informatici per livellare costi e ottimizzare le risorse, ai fini delle attività in esame: pubblicazione online delle informazioni e dei codici di condotta della pubblica amministrazione, incluse le Carte di servizio.

¹⁴ Un utile spunto può essere tratto dalla sentenza della Corte dei Conti, sez. giur. Lombardia, n. 102 depositata il 4 luglio 2017 sulla mancata pubblicazione nella Guri di un bando concorso. Secondo l'indirizzo affermatosi in giurisprudenza, l'obbligo di pubblicazione dei bandi per i concorsi a pubblico impiego nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, stabilito dall'art. 4 del d.p.r. 487/1994, costituisce una regola generale attuativa dell'art. 51, primo comma, e dell'art. 97, comma terzo, della Costituzione (Consiglio di Stato, sent. n. 2801/2015 e n. 227/2016; Tar Campania, Napoli, sent. n. 4074/2009). Tar Campania, con la sentenza n. 3433 del 23 giugno 2017, la pubblicazione di un bando di concorso a pubblico impiego sulla Gazzetta ufficiale rappresenta un obbligo formale che non può essere violato dalla p.a.

Ciò anche considerando che tale documento è soggetto a revisione ogni qual volta si verificano mutamenti tali da rendere necessari adeguamenti del servizio idrico e degli elementi costitutivi dello stesso (es. tariffa etc.), anche in ragione all'evoluzione della qualità richiesta dagli Utenti e in relazione alle specifiche indicazioni di ARERA. Le revisioni (variazioni e/o integrazioni) alla Carta sono approvate dall'Ente di Governo d'Ambito dopo un percorso di confronto con il Gestore e con le Associazioni degli Utenti.

2. La diversa natura giuridica della Carta della Qualità dei Servizi del SII, da "atto generale di indirizzo" a "elemento integrativo contrattuale". Le responsabilità dell'Ente comunale, del Gestore e di Arera.

La Carta dei servizi è uno strumento fondamentale che permette ai cittadini di "conoscere" e quindi di tutelare i propri diritti, di accedere alle informazioni sulla qualità dell'acqua e di contribuire al miglioramento del servizio idrico esercitando diritti e prerogative dell'utenza. Come precisato dalla normativa richiamata e dalla delibera ANAC del 2016 anche i gestori sottostanno all'obbligo (quand'anche non coercitivo) della pubblicazione sul proprio sito istituzionale della Carta dei servizi.

La Carta del Servizio Idrico Integrato può essere di conseguenza definita il documento che illustra gli impegni che il Gestore assume nei confronti dell'utente con l'obiettivo di contribuire a migliorare la qualità dei servizi forniti e il rapporto tra gli utenti e il gestore, fissando i principi ed i criteri per l'erogazione del servizio stesso.

Più precisamente, non solo l'Autorità d'ambito (ATO) deve prevedere nel bando di gara o nella lettera di invito relativo alle procedure (art.4 comma 11 d.l. n. 138/2011¹⁵) l'adozione di una Carta, al fine di garantire la trasparenza d'informativa e la qualità del servizio, di tutelare i diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali, garantendo l'universalità e l'economicità delle relative prestazioni, ma anche in sede di stipula dei contratti di servizio gli enti locali (art. 2, comma 461, L. n. 244/2007¹⁶). In quest'ultima occasione gli ATO sono tenuti a prevedere *l'obbligo* per il soggetto Gestore di emanare una «Carta

¹⁵ DL 13 agosto 2011, n. 138 Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. ((GURI n.188 del 13 agosto 2011) convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148 (in G.U.R.I 16 settembre 2011, n. 216).

¹⁶ Legge 24 dicembre 2007, n. 244 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)" GURI n. 300 del 28 dicembre 2007 - Supplemento ordinario n. 285.

della qualità dei servizi», da redigere e pubblicizzare in conformità` alle intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate.

Una Carta che deve recare gli standards di qualità e di quantità` relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità` di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie, le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza.

La mancata adozione della Carta dei servizi nel termine di novanta giorni dalla notifica della diffida di cui all'art. 3 del d. lgs n. 198/2009 è valutabile alla stregua di inadempimento dell'amministrazione pubblica locale¹⁷. Ne consegue che la Carta dei servizi nel settore delle *public utilities* costituisce una "dichiarazione d'impegno" formale del gestore nei confronti dei propri utenti e come tale è elemento integrativo del contratto di somministrazione, nonché dei regolamenti che disciplinano le condizioni generali della fornitura del Servizio Idrico Integrato, individuando i principi fondamentali che si devono osservare nella gestione del SII.

Essa rappresenta una scelta di chiarezza e trasparenza nel rapporto tra il Gestore e gli Utenti che sono intesi come titolari di diritti. Il Gestore riconosce e garantisce agli Utenti i loro diritti, favorendo la partecipazione, l'accesso alle informazioni e la trasparenza.

Il Gestore del servizio di acquedotto è il referente unico dell'utente finale per gli obblighi di qualità contrattuale (cfr. articolo 156 del D.Lgs 152/06), fatto salva la disciplina relativa agli obblighi in tema di appuntamento concordato e agli obblighi relativi al pronto intervento in caso di gestione separata del SII disposta dall'ARERA con la Regolazione della qualità contrattuale.

La legge 481/95 (art. 2, comma 12, lett. p e dell'art. comma 20, lett. d)) attribuisce all'Autorità il potere di controllare che ciascun soggetto esercente il servizio adotti una Carta di servizio pubblico con indicazione di standard dei singoli servizi e di verificarne il rispetto, e in caso di assenza di diffidare o intimare all'obbligo della sua adozione e all'invio dell'adempimento all'Autorità, entro un termine precisato (180 giorni).

¹⁷ Cfr. sentenza 16 ottobre 2013, n. 2054, Tar Campania – Salerno, sez. I che ha statuito in ordine all'obbligo per il comune di adottare la carta dei servizi

3. Pro-mozione della Carta dei Servizi e penalizzazioni per gli inadempimenti. Aspetti nevralgici nei Rapporti ARERA/Gestore e tutele dell'utente.

3.1 Mancato corredo della Carta dei servizi. Considerazioni critiche. Valore sostanziale o formale della Carta e sistemi alternativi.

La materia degli inadempimenti nei confronti della Carta dei servizi presenta differenti sfaccettature. Innanzitutto, si può verificare l'inadempimento agli obblighi di legge primaria, omettendo il Gestore di procedere di dotarsi di una carta di servizi, ma rispettando comunque tutte le ulteriori prescrizioni "sostanziali" ovvero di quelle condotte da menzionarsi nella Carta, e pertanto attribuendo al documento una natura giuridica formale. Oppure si può verificare il mancato rispetto non solo dell'adozione della Carta e della sua pubblicazione online, ma anche di molte delle condotte che ivi devono essere contemplate. Ulteriore caso è quello dell'adozione e della pubblicità ma del mancato rispetto delle condotte segnalate nella Carta dei servizi.

In tutti i casi, l'ARERA è deputata al controllo e spesso è intervenuta, ora sollecitando l'adozione della Carta dei servizi, ora ponendo delle sanzioni di varia tipologia laddove ne abbia accertato la mancata adozione in relazione alle ulteriori condotte che dovevano essere prese.

In via generale, per incentivare l'adozione della Carta, Arera ha stabilito che qualora i Gestori del Servizio idrico integrato non la abbiano adottato, a far data dal 31 luglio 2012, sono esclusi dall'aggiornamento tariffario (ai sensi degli articoli 3, comma 4 Deliberazione 585/2012/R/idr¹⁸, art.2, comma 4, della deliberazione 88/2013/R/idr, art.7¹⁹, comma 4, della deliberazione 643/2013/R/idr²⁰ e 10, comma 5, della deliberazione 664/2015/R/idr).

¹⁸ Deliberazione dell'Autorità n. 585/2012/R/idr, del 28 dicembre 2012, recante "Regolazione dei servizi idrici: approvazione del metodo tariffario transitorio (MTT) per la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013" e Allegato A, recante "Regolazione tariffaria dei servizi idrici per le gestioni conformi alla legge 36/94 e al d.lgs. 152/06 e per la vendita di servizi all'ingrosso" e successive modifiche e integrazioni.

¹⁹ Deliberazione dell'Autorità 88/2013/R/idr del 28 febbraio 2013 "Approvazione del metodo tariffario transitorio per le gestioni ex-CIPE (MTC) per la determinazione delle tariffe per gli anni 2012 e 2013 – modifiche e integrazioni alla deliberazione 585/2012/R/idr" e Allegato 1 "Regolazione tariffaria dei servizi idrici per le gestioni soggette alla regolazione tariffaria CIPE" e successive modifiche e integrazioni.

²⁰ Deliberazione dell'Autorità n. 643/2013/R/idr del 27 dicembre 2013 "Approvazione del metodo tariffario idrico e delle disposizioni di completamento" e Allegato A recante il "Metodo tariffario idrico (MTI)" e successive integrazioni e modificazioni.

L'ipotesi regolamentare presa in esame è unica e oggettiva e vede il risultato (amministrazione di risultato), in quanto non pone neppure la distinzione tra la condotta in carenza del Gestore, perché non è giunto alla conclusione della formazione del documento ovvero della sua inerzia, laddove non si sia neppure attivato. Inoltre è interessante osservare che la redazione e la pubblicazione della Carta dei servizi da parte del Gestore, anche se rappresentano condotte obbligatorie, per diretta espressione del legislatore delegato del 2013, non sono tuttavia corredate da penalizzazioni a se stanti, per la condotta inerte ovvero per il mancato corredo di tale documento fondamentale o per la sua mancata pubblicazione. Difatti, anche se Arera introduce formalmente una conseguenza sfavorevole per il Gestore, non si può parlare di una vera sanzione, ma per lo più di una intimidazione ritorsiva, giacché la condotta punitiva (sospensione dall'aggiornamento tariffario) non è posta in senso diretto e causalmente funzionale a sopperire alla mancanza della carta dei servizi, ma piuttosto a incentivare la detta condotta.

Di poi, lo studio approfondito della casistica che vede i Gestori omettere di corredarsi della Carta di servizio e le delibere consequenziali che hanno accertato tale inadempimento²¹, non correlano la sospensione o l'esclusione dall'aggiornamento tariffario quale diretta conseguenza della carenza di tale documento. Nelle medesime si legge l'immediata diffida e l'assegnazione del termine di 60 giorni per dotarsi della carta di servizio. Diversamente la "sanzione" della esclusione dall'aggiornamento, e in altre circostanze anche dell'attuazione dei poteri sostitutori di determinazione della tariffa da parte di Arera, è consequenziale ad altre inadempienze del Gestore.

L'Autorità ha esercitato il potere di sospensione e sostitutivo determinando d'ufficio (art. 2, comma 7, deliberazione 347/2012/R/idr)²² la tariffa nei casi²³ in cui il gestore non abbia fornito, in tutto o in parte, i dati richiesti o le fonti

²¹ Vd. esempio Deliberazione 444/2014/R/idr dell'11 settembre 2014 rubricato "Esclusione dall'aggiornamento tariffario per il servizio idrico di talune gestioni dell'ATO unico della Regione Molise, per il primo periodo regolatorio 2012-2015. La Regione Molise, tra cui il Comune di Isernia, alla data del 31 gennaio 2014, risultava non aver adottato la Carta dei servizi. Deliberazione 23 ottobre 2014 523/2014/r/idr esclusione dall'aggiornamento tariffario, nonché determinazione d'ufficio delle tariffe del servizio idrico, per talune gestioni operanti nel territorio della Regione Calabria, con riferimento al primo periodo regolatorio 2012-2015.

²² Deliberazione 347/2012/R/idr del 2 agosto 2012, "Definizione dei contenuti informativi e delle procedure di raccolta dati in materia di servizio idrico integrato".

²³ La deliberazione 585/2012/R/idr (art. 6 comma 7) e la deliberazione 88/2013/R/idr (4, comma 7) la deliberazione 643/2013/R/idr (5, comma 7) prevedono che, laddove ricorrano le casistiche indicate al citato articolo 2, comma 7, deliberazione 347/2012/R/idr, la tariffa sia determinata d'ufficio ponendo il moltiplicatore tariffario teta (θ) pari a 0,9. E in altre circostanze a 1.

contabili obbligatorie o la modulistica prevista, ovvero laddove sia risultato che il gestore abbia indicato elementi di costo o di investimento superiori a quelli presenti nelle fonti contabili obbligatorie oppure laddove non disponesse di atti, dati e informazioni necessarie alla determinazione tariffaria, così determinando la tariffa d'ufficio.

Quanto illustrato porta ad avanzare una riflessione rilevante laddove la Carta dei servizi sembra essere inquadrata solo come un elemento formale.

La riflessione nasce dalla considerazione, per nulla ipotetica, che il gestore possa ben osservare le norme di legge a livello euro-unitario, nazionale e regolamentare dell'Arera e omettere la predisposizione di tale documento, o degli aggiornamenti, e procedere con sistemi alternativi osservando e forse anche migliorando il rapporto gestore-utente. La stessa considerazione vale allorché il gestore dichiara che l'utente possa venire a conoscenza della Carta dei servizi dopo la sottoscrizione del contratto di utenza²⁴.

Ebbene, anche sotto questo profilo può sorgere una importante riflessione se la Carta dei servizi, che prevede ai fini della redazione e pubblicazione talune modalità prescrittive precise, possa accogliere anche figure simili diversificate. Si prenda in esame un Gestore che proceda correttamente ad applicare la normativa in tema ad es. di tariffazione e intenda promuovere un servizio differente di conoscibilità dei diritti in capo all'utente es. tramite volantinaggio, servizio televisivo, trasmissione via pec ai singoli utenti etc..

Tale gestore sarebbe diretto a subire una sanzione consequenziale per la mera assenza della dotazione della Carta dei servizi? e a che titolo e quale giurisdizione sarebbe adita per la sua tutela?.

In questo contesto potrebbe essere ben invocata la giurisprudenza sopra richiamata sempre in tema di pubblicazione online delle linee guida della p.a. che proclama l'assenza della lesione di un diritto soggettivo immediato e quindi la carenza dell'interesse all'azione.

L'utente può avocare la tutela avanti al Giudice ordinario per far valere la lesione effettiva e immediata di un diritto soggettivo. Vi sarebbero dubbi sulla giurisdizione amministrativa e sull'interesse ad agire da parte dell'Autorità quanto alla mera assenza della Carta dei servizi o alla sua mancata pubblicazione sul sito del gestore.

²⁴ Ex multis Carta del Servizio approvata con delibera n. 671 del 21 giugno 2018 Autorità d'Ambito n. 2 "Biellesse, Vercellese, Casalese" aggiornata al dicembre 2018.

Si deve proporre una risposta negativa ai quesiti posti anche sotto un altro aspetto laddove il Gestore ometta la pubblicazione online e rispetti i criteri ad esempio qualitativi della risorsa. Difatti, anche ai sensi della normativa euro-unitaria sarebbero comunque rispettati gli obblighi imposti dalla Direttiva 2000/60/CE, in ossequio al principio di effettività e proporzionalità degli obiettivi idrici.

Dall'esame approfondito delle delibere di Arera emerge pertanto che Arera ha proceduto solo ad rimprovero formale verso il Gestore e non sanzionatorio, optando per un intervento diretto solo quando l'Autorità abbia accertato, in contraddittorio, anche violazioni sostanziali rilevanti sottese alle condotte che dovevano essere indicate e rispettate nella Carta dei servizi da pubblicare online. Difatti nelle proprie deliberazioni anche quando Arera ha ravvisato l'assenza della adozione della Carta di servizi (e di conseguenza la omessa sua pubblicazione sul sito) in capo ad un Gestore, non ha proceduto ad una automatica apertura del procedimento sanzionatorio, sul presupposto dell'assenza o del mancato assolvimento a tale obbligo imposto (anche) dalla legge, bensì ha proceduto ad una diffida (assegnando termine ora 60 ora 180 gg per provvedere) e in contemporanea a richiedere adempimenti sostanziali di informativa e di documentazione probatoria a sostegno e di poi a valutarne la condotta ai fini dell'apertura di un procedimento sanzionatorio.

Arera ha sempre evidenziato la natura sostanziale della Carta dei servizi in stretta correlazione con i principi sopra indicati, trasparenza, conoscenza e conoscibilità dei diritti dell'utente finale etc. con l'effetto che richiede la predisposizione della Carta dei servizi ai Gestori quale controllo semplificato della loro corretta applicazione della normativa.

Si noti, inoltre, che nelle ipotesi di inadempienze del Gestore che compromettano la risorsa idrica o l'ambiente ovvero che non consentano il raggiungimento dei livelli minimi del servizio, il codice dell'ambiente ha previsto poteri di sostituzione a cascata.

Qualora il gestore non abbia provveduto ad adottare la Carta dei servizi, con conseguente perdurante ed effettiva lesione del diritto degli utenti finali ad una esatta conoscenza delle condizioni contrattuali e dei livelli qualitativi delle condizioni di erogazione del SII, Arera irroga sanzioni amministrative pecuniarie. In caso di reiterazione delle violazioni Arera ha la facoltà, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, di sospendere l'attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione.

3.2 Inadempimento del gestore alle condotte statuite nella Carta dei servizi. Risoluzioni stragiudiziali, indennizzo automatico e poteri sanzionatori di ARERA

Diverso dall'inquadramento di cui sopra si pone il mancato rispetto da parte del Gestore o dei soggetti affidatari del medesimo nei confronti degli standards specifici, indicati nella Carta. Una condotta che comporta il riconoscimento di un indennizzo automatico in favore dell'utente.

Proprio in quanto la Carta dei servizi nelle *public utilites* costituisce la fonte di obbligazioni unilaterali in capo al gestore del servizio, in quanto causa di integrazione *ab externo* dei c.d contratti di utenza pubblica²⁵, la violazione comporta un'azione risarcitoria. Così nei casi di mancato rispetto degli standards specifici, indicati nella carta, l'utente ha diritto ad un indennizzo automatico²⁶. Tale postulato risulta di una chiarezza cristallina al punto di aver previsto²⁷ che la stessa Carta dei servizi deve includere anche le modalità di risoluzione delle controversie stragiudiziali. Orbene, la mancata predisposizione della Carta non fa venir meno i diritti che con quel documento devono essere disciplinati. Quale strumento di informazione, comunicazione e tutela dei diritti dell'utente, incombe al Gestore approntare le modalità per procedere alla risoluzione extragiudiziale delle controversie.

Arera ha previsto (Deliberazione 1 febbraio 2018 n. 55/2018/E/IDR) l'estensione al settore idrico del sistema di tutele e per la risoluzione extragiudiziale delle controversie già attive per i consumatori e utenti dei settori dell'energia elettrica e del gas²⁸.

Dall'1 luglio 2018, l'utente che ha sporto reclamo, in caso di risposta insoddisfacente da parte del gestore, potrà accedere al Servizio Conciliazione

²⁵ F. CARINGELLA, Compendio di diritto amministrativo, Dike 2017, Cap. III pag. 90.

²⁶ Deliberazione Arera 27/12/2017 n. 917/2017/r/IDR Regolazione della qualità tecnica del servizio idrico integrato (RQTI). Recepimento in carta dei servizi di standard specifici RQTI e indennizzi automatici; Deliberazione Arera 23/12/2015 n. 655/2015/R/IDR Definiti livelli specifici e generali di qualità contrattuale e individuati tempi massimi e standard minimi di qualità nonché indennizzi automatici; Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1 art. 8 Le carte indicano in modo specifico i diritti anche di natura risarcitoria che gli utenti possono esigere.

²⁷ D.lgs. n. 168/2010 art. 3 e 11 Bandi di gara per affidamento servizio prevedono carte dei servizi e possibilità di risoluzione extragiudiziale delle controversie; Legge n. 69/2009 art. 30 Obbligo di prevedere in "Carta dei servizi" modalità di risoluzione extra giudiziale delle controversie.

²⁸ Vd. anche Deliberazione Arera 209/2016/E/com Testo integrato conciliazione (TICO). In vigore dal 1° luglio 2018; D. L. 6 agosto 2015, n. 130 Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, apportando modifiche alla parte V del Codice del consumo.

dell'Autorità o utilizzare altri strumenti di conciliazione disponibili, anche su base locale.

3.3 Carta dei servizi strumento di controllo: immediato

La Carta dei servizi è un documento che deve essere adottato in conformità allo schema generale di riferimento recato nel d.P.C.M. 29 aprile 1999²⁹, peculiare del servizio idrico integrato, in cui sono specificati i livelli qualitativi attesi per i servizi erogati e le loro modalità di fruizione, incluse le regole di relazione tra utenti e gestore.

Lo stesso schema deve essere osservato anche per gli aggiornamenti o le revisioni della Carta ogni qual volta si verificano mutamenti normativi, tecnologici ovvero della qualità richiesta dagli Utenti e in relazione alle specifiche richieste di ARERA.

L'Arera ha previsto unitamente alla normazione di dettaglio quale modello di disciplina del rapporto EGA/Gestore che³⁰ la Convenzione tipo debba contenere la Carta dei servizi. A tal fine è intervenuta anche in singole territorialità, come nell'ambito della Regione Lombardia ove al fine di promuovere l'adozione della carta servizi da parte dei gestori, con delibera n. 8/8129 del 1 ottobre 2008 ha approvato uno schema tipo della Carta dei Servizi del Settore Idrico, come modello di riferimento sia per gli Uffici d'Ambito, sia per i gestori del servizio idrico³¹.

ARERA nell'esercitare le sue funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici, è intervenuta a più riprese sul tema della tutela dei diritti e degli interessi degli utenti, approvando diverse deliberazioni e stabilendo che i gestori devono pubblicare sul proprio sito la Carta servizi e le informazioni relative alla qualità dell'acqua fornita.

²⁹ D.lgs. n. 286/1999 Capo III e art. 11 Qualità servizi pubblici/parametri guida per la redazione di carte dei servizi; D.P.C.M. 29 aprile 1999, recante "Schema generale di riferimento per la predisposizione della carta del servizio idrico integrato" in cui sono specificati i livelli qualitativi attesi per i servizi erogati e le loro modalità di fruizione, incluse le regole di relazione tra utenti e gestore.

³⁰ Deliberazione Arera 23 dicembre 2015 n. 656/2015/IDR Convenzione tipo prevede adozione Carta servizi. Cfr. Art. 3, comma 1 lett. b) del D.P.C.M. del 20 luglio 2012 (G.U. 3 ottobre 2012), laddove l'A.R.E.R.A. "predisporre, ai sensi dell'art. 151 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, una o più convenzioni tipo per la regolazione dei rapporti tra autorità competenti all'affidamento del servizio e soggetti gestori".

³¹ D.L. n. 163/1995 convertito in L. n. 273/95 Schemi di riferimento carte dei servizi pubblici e loro adozione; Direttiva del Presidente del Consiglio 27.1.94 Definizione dei principi a cui deve uniformarsi l'erogazione dei servizi pubblici.

Un'ulteriore condotta che si può verificare è quella dell'adozione della Carta dei servizi incompleta dei rilievi fondamentali o meno della condotta che il Gestore deve tenere.

Di certo, la Carta dei servizi laddove include tutte le condotte del gestore si presenta un ottimo e agevole strumento di verifica, in particolare delle delibere dell'Arera. Ad esempio attraverso la Carta di qualità del servizio idrico, l'Autorità può verificare il rispetto della normativa tra le quali : deliberazione dell'Autorità 6/2013/R/com del 6 gennaio 2013 recante "Disposizioni in materia di agevolazioni tariffarie e rateizzazione dei pagamenti per le popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi nei giorni del 20 maggio 2012 e successivi" e successive modifiche e integrazioni; deliberazione dell'Autorità n. 655/2015/R/idr del 23 dicembre 2015 "Regolazione della qualità contrattuale del servizio idrico integrato ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono" e Allegato A recante "Regolazione della qualità contrattuale del servizio idrico integrato ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono" e successive modifiche e integrazioni; deliberazione dell'Autorità 28 dicembre 2015, 664/2015/R/idr, "Approvazione del metodo tariffario idrico per il secondo periodo regolatorio MTI-2" nonché il suo Allegato A recante "Metodo tariffario idrico 2016-2019"; deliberazione dell'Autorità 5 maggio 2016, 218/2016/R/idr, "Disposizioni per l'erogazione del servizio di misura del servizio idrico integrato a livello nazionale" e Allegato A "Regolazione del servizio di misura nell'ambito del servizio idrico integrato a livello nazionale" .

Tuttavia, si deve rammentare che la procedura della redazione della Carta dei servizi sottostà alla approvazione dell'Ente di Governo d'Ambito (così come disposto dall'art.2 comma 461 lett. c) della L. 244/2007). Ciò avviene dopo un percorso di confronto con il Gestore e con le Associazioni degli Utenti. Peculiari sarebbero le problematiche che si potrebbero verificare da una carenza o da un ritardato esercizio dei detti poteri da parte dell'EGA

Difatti, deve essere evidenziato che spesso e volentieri le Carte di servizio del Gestore non sono immediatamente pubblicate on line o comunicate all'utente, ma solo dopo l'approvazione dell'EGA, con la conseguenza che lo studio sulle Carte di servizio nel settore idrico consente di notare prescrizioni e decorrenze temporali sfasate, ovvero dove si legge ad esempio l'applicazione di una detta normativa a partire da una determinata data (es 1 gennaio 2018) a fronte di una pubblicazione o conoscibilità della medesima Carta a fine anno (es dicembre 2018). Questi sono aspetti nevralgici che non consentono neppure un intervento efficace del procedimento sanzionatorio da parte di ARERA, giacché l'eventuale

procedimento istruttorio comporterebbe un lasso temporale più ampio e quindi *inutiliter data*.

Rimane comunque all'Autorità il compito di verificare l'adeguatezza alle esigenze dell'utenza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato dai Gestori come fissati nella Carta del Servizio rispetto alle delibere di regolamentazione e alle normative di riferimento.

La (possibile) partecipazione di un soggetto privato all'interno di una società *in house providing* alla luce delle recenti evoluzioni normative.

di Emilio BOCCIA*

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. L'evoluzione del modello dell'*in house providing*; 3. Il modello dell'*in house providing* nel T.U. in materia di società a partecipazione pubblica; 4. La (possibile) partecipazione di un soggetto privato al capitale di una società a totale partecipazione pubblica; 5. Conclusioni.

ABSTRACT: *The aim of this work is the possible participation of private capital, even if it is not able to have a decisive influence on corporate governance, in the in house providing companies in the light of the provisions of recent legislation on the subject.*

1. Premessa.

Il modello dell'*in house providing* rappresenta una esplicazione del principio di autorganizzazione della pubblica amministrazione secondo cui la stessa è in grado di produrre beni e servizi senza dover fare ricorso al mercato attraverso procedure ad evidenza pubblica¹.

Come è noto, tale modello non può essere identificato con l'organismo di diritto pubblico in quanto contraddistinto da requisiti più rigorosi. Infatti, com'è stato più volte sottolineato dal Consiglio di Stato, mentre tutte le società *in house* sono organismi di diritto pubblico, non può sostenersi il contrario².

* *Avvocato del foro di Napoli.*

¹ La società *in house* risulta quindi essere una mera estensione della stessa amministrazione pubblica non distinguendosi dalla stessa per quel che riguarda il profilo soggettivo in relazione al controllo analogo alla quale è assoggettata.

² Per questo motivo, quindi, nei casi in cui l'affidatario dell'appalto può essere qualificato quale organismo di diritto pubblico non lo esonera dal rispetto della normativa in materia. La definizione precisa di organismo di diritto pubblico può essere rinvenuta nell'articolo 1, comma 9, della direttiva n.18/2004. Il legislatore europeo con l'intento di allargare la nozione di "amministrazioni aggiudicatrici" ha definito organismo di diritto pubblico "qualsiasi organismo" 1) istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismo di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi ovvero il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". Come è noto, questa definizione è stata recepita dal legislatore nazionale nell'articolo 3, comma 26,

La definizione del modello *in house providing*, come si avrà modo analizzare qui di seguito, è il frutto di un intenso "dialogo" tra legislatore e giudice nazionale ed europeo, protrattosi nel tempo ed ancora attuale, del quale, solo per ragioni di sistematicità, si dà qui conto in due distinti paragrafi, l'uno dedicato all'evoluzione normativa e l'altro allo sviluppo della giurisprudenza in materia.

2. L'evoluzione del modello dell'*in house providing*.

La definizione del modello *in house providing* è stata, come è noto, il frutto di un intenso "dialogo" tra legislatore e giudice, nazionale ed europeo, protrattosi nel tempo ed ancora attuale.

La prima nozione è stata infatti definita in materia di appalti pubblici al fine di legittimare l'affidamento di un servizio senza la previa indicazione di una procedura ad evidenza pubblica, così come previsto dalla normativa europea³.

Il primo importante riferimento all'*in house providing* è rinvenibile nel c.d. Libro Bianco del 1998⁴, attraverso il quale la Commissione Europea ha definito tale modello di affidamento come "quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale, o ancora, tra una amministrazione e una società da questa interamente controllata"⁵.

D.lgs. 17 aprile 2006, n.163. Cfr. Consiglio di Stato, 11 dicembre 2015, n. 5643, in *Foro amm.*, 2015, 12, 3101. Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, "Se dunque è vero - come è vero - che l'organismo in house rappresenta sotto ogni aspetto un'articolazione in senso sostanziale dell'amministrazione pubblica di riferimento, ne consegue l'applicabilità al caso in esame dei richiamati articoli 1, comma 2, e 63, comma 4, con tutto ciò che ne deriva in punto di estensione, all'organismo in house, delle previsioni in punto di giurisdizione riferibili all'amministrazione pubblica di riferimento."

³ Come parte della dottrina ha riscontrato, l'obiettivo principale dell'Unione europea resta sempre la realizzazione in un mercato unico, contraddistinto da un "regime di tipo liberista", volto ad incoraggiare "la libera iniziativa privata, e basato su regole volte a tutelare la concorrenzialità tra imprese, senza alcuna distinzione tra settore pubblico e settore privato". Cfr. M.R. ALLEGRI, *La politica della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione Europea* (a cura di) G.P. ORSELLO, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, XXXII, Torino, 2002, 420. Com'è noto, lo stesso modello è stato oggetto di critiche da parte di una certa dottrina secondo cui "l'affidamento diretto possa essere incompatibile con l'ordinamento comunitario, non tanto perché in contrasto con le regole della concorrenza, ma perché strumento non idoneo ad assicurare il mantenimento di finanze pubbliche sane nonché un'efficace allocazione di risorse", R. CAVALLI PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 1, 2006, 62.

⁴ Commissione Europea, *Pagamento commisurato all'uso dell'infrastruttura: approccio graduale a un quadro comune di fissazione degli oneri per l'infrastruttura di trasporto nell'UE*, Libro Bianco, 1998.

⁵ Cfr. Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, Arnhem, C- 306/96, in *Raccolta*, 1998, 6821; Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, Ri. San, C-108/98, in *Cons. St.*, 1999, 1905. Cfr. inoltre R. CARANTA, *Nozioni di appalto, lavori, servizi e forniture*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n.62/2005*, R. GAROFOLI - M.A.SANDULLI a cura di, Milano, 2005, 23 ss.

La definitiva consacrazione di tale modello è avvenuta però in seguito ad alcune decisioni della Corte Di Giustizia,⁶ che ha elaborato per la prima volta, in maniera definitiva, il concetto di *in house providing* nella c.d. sentenza *Teckal*,⁷ al fine di armonizzare i principi in materia di tutela della concorrenza con la facoltà di auto-organizzazione riconosciuta alle pubbliche amministrazioni⁸.

Gli stessi giudici hanno inoltre valutato la compatibilità di tale affidamento, delineando in maniera più dettagliata i requisiti fissati nella sentenza *Teckal*, in altre decisioni, attribuendo agli stessi una portata generale tale da estenderne l'applicazione degli stessi anche alla categoria delle concessioni dei servizi pubblici, materia non disciplinata dalle direttive in materia di appalti.

⁶ Per un'analisi più approfondita della giurisprudenza sovra nazionale in materia di *in house providing* si veda: G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1461; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessione in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 495; BARTOSCH, *The relationship between public procurement and state aid surveillance. The toughest standard applies?*, in *C.M.L.R.*, 2002, 551; L. R. PERFETTI, *Pubblico servizio, capacità di diritto private e tutela della concorrenza. Il caso del facility management*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 177; A. ANNIBALI, *Gli affidamenti in house: dal diritto comunitario ai servizi pubblici locali*, in www.lexitalia.it, 12, 2003; A. MASSERA, *L'in house providing: una questione da definire*, cit., 849; G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, in www.lexitalia.it, 7-8, 2004; C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, cit., 138.

⁷ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, *Teckal s.r.l. c Comune di Aviano*, causa- 197/98, in *Raccolta*, 1999, 8121.

⁸ I giudici europei hanno evidenziato l'obbligo di rispettare la normativa in materia di appalti solo nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice avesse stipulato un contratto a titolo oneroso, avente ad oggetto la fornitura di prodotti e la prestazione dei servizi con un ente distinto dalla stessa da un punto di vista formale.

In quella occasione, gli stessi giudici hanno indicato come non potesse applicarsi la disciplina europea in materia di contratti pubblici vista l'assenza di un vincolo contrattuale in senso stretto tra concedente e concessionario, obbligando il giudice nazionale a verificare la sussistenza di un legame tra l'Amministrazione e una persona distinta giuridicamente dalla stessa, ad eccezione del " caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano". Cfr. sul punto: D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 247 ss ; G. GUCCIONE, *Affidamenti in house e nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, 1073; S. COLOMBARI, «Delegazione interorganica» ovvero «in house providing» nei servizi pubblici locali, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1134 ss.; D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 19; I. DEL GIUDICE, *Gli affidamenti in house ed a società miste tra diritto comunitario della concorrenza e diritto interno*, 2008.

Il riferimento è, ad esempio al c.d. *caso Arge*⁹ ed alla controversia c.d. Regno di Spagna- Commissione ¹⁰, stabilendo un'eccezione ai requisiti dettati in riferimento alla delegazione interorganica¹¹.

I "requisiti *Teckal*" sono, però, sembrati in mancanza di una definizione chiara e precisa, particolarmente generici e per questo soggetti ad elastiche interpretazioni, soprattutto da parte di alcuni Stati membri inclini a sottrarre al mercato settori rilevanti svolti in favore o per conto delle amministrazioni pubbliche¹².

A tal proposito è necessario un riferimento alla Comunicazione 26 giugno 2002 della Commissione Europea ¹³ nei confronti dell'Italia, conseguenza della procedura d'infrazione aperta in merito alla normativa dei servizi pubblici locali. Per tale motivo, quindi, la mera partecipazione totalitaria in una società *in house* non è stata ritenuta strumento idoneo a legittimare il conferimento di attività economiche in via diretta, e, quindi, in deroga alla normativa europea, in considerazione del fatto che " affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario", ma risulta necessario " un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo".

⁹ Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-94/99, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1442.

In questa occasione la Corte ha ricordato che, se un'amministrazione pubblica avesse esercitato nei confronti di un altro soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, le funzioni affidate a quest'ultimo sarebbero state come delegate all'interno dell'amministrazione stessa. Sul punto, si è altresì sottolineato come una società controllata non risulti privata necessariamente della propria libertà di azione, nelle ipotesi in cui le decisioni che lo riguardano vengano prese dall'amministrazione pubblica che la controlla, in quanto capace di esercitare una parte rilevante della propria attività nei confronti di altri operatori.

¹⁰ Corte di Giustizia, 8 maggio 2003, C-349/97, Regno di Spagna- Commissione, in *Racc. I*, 3851.

¹¹In quest'occasione non è stata ritenuta necessaria la verifica dell'esistenza di un vero e proprio controllo gerarchico tra amministrazione concedente e soggetto concessionario, attribuendo, nel caso di specie, la qualifica di ente strumentale dell'amministrazione alla società controllata, in quanto considerata come uno dei servizi dell'amministrazione intesa sia come a livello centrale sia territoriale

¹² Se, infatti, i requisiti del controllo analogo e della destinazione prevalente sono stati teoricamente da subito delineati, ben diversa è stata la loro applicazione, vista l'impossibilità di assumere un carattere neutrale nell'ordinamento giuridico nazionale potendo influenzare numerosi istituti giuridici sia di natura sostanziale che processuale, con conseguenze di grossa rilevanza.

¹³Commissione Europea, 26 giugno 2002, C- 2002/2329, Costituzione in mora del Governo Italiano: L'art. 35 della L. 448/2001 viola gli obblighi che incombono all'Italia in virtù della direttiva 92/50 CE e della direttiva 93/38/CEE ed altresì in virtù degli artt. 43 ss e 49 ss Trattato CE.

Al fine di arginare l'utilizzo eccessivo del modello *in house*, la giurisprudenza sovranazionale, a partire dalla famosa sentenza *Stadt Halle*¹⁴, ha inaugurato, come è noto, un filone giurisprudenziale restrittivo sull'interpretazione dei requisiti idonei all'affidamento diretto, evidenziando come non potesse sussistere un legame di *in house providing* tra amministrazioni e società controllate dalle stesse nel caso in cui il capitale sociale di queste ultime fosse detenuto anche da soggetti privati¹⁵. Tali statuizioni sono state confermate

¹⁴ Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, C- 26/03, *Stadt Halle*, RPL Recyclingpark Lochau GmbH-Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, in www.curia.eu.it. Per un'analisi più approfondita si rinvia a A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it, 1, 2005; R. DE NICTOLIS, *La corte si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. e app.*, 2005, 295; G. F. FERRARI, *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione concorrenziale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 837; V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1004; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 2, 327; A. GRAZIANO, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2005, 1369.

¹⁵Secondo i giudici europei, infatti, "la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi". Sul punto, gli stessi hanno ricordato come "il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato di un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente".

anche nella risoluzione delle *controversie Coname*¹⁶ *Modling*¹⁷, *Auroux*¹⁸, *Anav*¹⁹ *Carbotermo*²⁰, *Commissione-Italia*²¹ e *Tragsa*²².

Nel cercare di arginare ed, in alcuni casi particolari, punire, i ripetuti abusi del modello perpetrati dagli Stati membri, i giudici hanno quindi adottato un'impostazione restrittiva dei requisiti dell'*in house*, stabilendo l'obbligo, in capo alle amministrazioni che intendevano avvalersi di tale strumenti in deroga alle norme in materia, di dimostrare la sussistenza dei requisiti nei singoli casi di specie.²³

¹⁶ Corte di Giustizia, 21 luglio 2005, C- 231/03, Co.na.me- Comune di Cingia dè Botti e Padania Acque s.p.a, in *Giorn. dir. amm*, 2006, 4, 405. In questa occasione la Corte di Giustizia ha valorizzato il mero dato formale della possibile ed eventuale entrata dei privati nel capitale sociale di una società a prevalente capitale pubblico, ipotesi che non avrebbe senza dubbio giustificato l'assimilazione tra una società a capitale interamente pubblico e una mista.

Per questo motivo, quindi, secondo i giudici, la società affidataria del servizio "costituisce una società aperta, almeno in parte, al capitale privato, il che impedisce di considerarla come una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte".

¹⁷ Corte di Giustizia, 10 novembre 2005, C- 29/04, Commissione della Comunità europee-Repubblica d'Austria, in *www.curia.eu.int*. Per un commento Cfr. sul punto: M. PADELLARO, *Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in-house*, in *Riv. amm. App.*, 2005, 4, 325; M. GIOVANNELLI, *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing*, in *Urb. e app.*, 2006, 2, 157.

¹⁸ Corte di Giustizia, 18 gennaio 2007, C-220/05, Jean Auroux e altri- Commune de Roanne, in *Urb app.*, 2007, 5, 552 con commento di G. RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblici di lavori*; G. MARCHEGIANI, *La Corte di Giustizia europea ignora la sua giurisprudenza in materia di organismi di diritto pubblico quando esamina casi di affidamenti "quasi in house"* in *www.giustamm.it*, 2007,4.

¹⁹ Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C- 410/04, Anav- Comune di Bari, in *Foro.it*, 2006, 5, 511.

²⁰ Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C- 340/04, Carbotermo, Alisei- Comune di Busto Arsizio, *Foro. It.*, 2006, 510.

²¹ Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, C-371/05, *Commissione-Italia*. Nell'accertare l'esistenza del controllo analogo ai fini dell'affidamento del servizio i giudici europei, nella risoluzione del caso *Commissione- Italia*, hanno, stabilito come fosse necessario tener conto non solo della normativa in materia, ma, soprattutto, delle circostanze riconducibili al caso di specie e "l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto deve essere valuto, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui ai trattati".

²² Corte di Giustizia, 19 aprile 2007, C- 295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales e Transformación Agraria SA- Administración del Estado, in *www.curia.eu.int*, con nota di G. F. FERRARI, *Un raro esempio di controllo analogo*, nota a sentenza della Corte di giustizia della Comunità Europea (seconda sezione), 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa)*, *Administración del Estado*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2007, 1374-1376

²³ Parte della dottrina giustamente ricordato come "al di là delle affermazioni di principio secondo cui l'amministrazione è libera di autorganizzarsi senza l'obbligo di ricorrere ad entità esterne, la Corte ha inteso porre un freno all'espansione degli affidamenti in house, visti come eccezionali deroghe alle regole del mercato e della concorrenza". R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 7.

La stessa Corte, inoltre, a partire dalla sentenza Parking Brixen²⁴, ha indirizzato l'attenzione della dottrina e, in alcuni casi della giurisprudenza nazionale, sulle caratteristiche ed i rispettivi limiti delle società a totale partecipazione pubblica. In questa occasione i giudici europei hanno argomentato tale decisione ponendo l'attenzione sulla trasformazione dell'azienda speciale in una società per azioni, sull'ampliamento dell'oggetto sociale capace di far operare la società in "nuovi importanti settori", sulla previsione di una "apertura obbligatoria della società ad altri capitali"²⁵.

Il controllo analogo e la destinazione prevalente sono stati ulteriormente interpretati in maniera diversa, dalla stessa Corte, in considerazione della possibile presenza dei privati nel capitale delle società *in house*.

²⁴ Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, C- 458/03, Parking Brixen GmbH- Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG, in *Urb. e app.*, 2005, 31. Per un'analisi più approfondita sul punto si veda: A. COLAVECCHIO, *Gli affidamenti in house a "future" società miste*, in *Giust. amm.*, 2005, 2, 524; A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it, 10, 2005; F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la "neutralità" delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 5, 1915; M. PADELLARO, *Brevi notazioni a margine di recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in house*, in *Riv. amm. App.*, 2005, 4, 325; A. SCARASCIA, *I limiti degli affidamenti in house dei servizi pubblici locali*, in www.lexitalia.it, 10, 2005; A. SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi*, in *Dir. com. sc. int.*, 2005, 4, 693; M. BALDINATO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di Giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 1, 227; O.M. CALSOLARO, *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di Giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?* nota a Corte di giustizia 13 ottobre 2005, n. C. 458/03 in *Foro amm.*, Cds. 2006, 1670; D. D'ALESSANDRO, *Affidamenti in house in senso ampio: la corte mette in crisi l'idea della neutralità dello strumento societario*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 1, 103; G. F. FERRARI, *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?* in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 1, 271; P. LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*, in *Urb. app.*, 2006, 1, 34; G. MOLINARI, *In house providing e profili di diritto societario*, in *Nuovo dir.*, 2006, 2-3, 183; G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 2, 133; R. URSI, *La Corte di Giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società "in house"*, in *Foro it.*, 2006, 2, 79; C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, cit., 152.

²⁵ Elemento innovativo della decisione è stato inoltre, l'espressa applicabilità dei "requisiti Teckal" anche in casi di concessioni di servizi pubblici.

Come già ricordato, quest'ultimo istituto è stato oggetto di particolare attenzione, in considerazione dell'incremento degli affidamenti diretti in materia di servizi pubblici locali, idonei ad assicurare una gestione del servizio pubblico in contrasto con il processo di liberalizzazione, l'ingresso dei privati nel settore in casi limitati e la tutela delle prerogative caratterizzanti l'imprenditore pubblico.

Sul punto, la Corte, nel sindacare l'abuso dello strumento del rinvio dei giudici nazionali per la qualificazione giuridica della fattispecie, ha ripreso il proprio filone giurisprudenziale sulla distinzione tra appalto e concessione, chiarendo come la deroga alla normativa europea non si potesse applicare anche alle concessioni, rilevando, al tempo stesso, che l'affidamento di servizio attraverso questo modello sarebbe dovuto avvenire nel rispetto del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità.

Con la sentenza Commissione delle Comunità Europee – Repubblica Italiana²⁶, i giudici hanno evidenziato come la presenza dei privati nel capitale sociale della società non fosse ritenuta sufficiente a giustificare la mancata soddisfazione del requisito del controllo analogo, vista anche la mancanza di una partecipazione certa degli stessi, in sede di stipula di convenzione tra amministrazione affidante e società *in house*²⁷.

L'analisi del requisito del controllo analogo è stato, inoltre, oggetto anche dei c.d. *casì Coditel*²⁸ ed *Econord s.p.a.*²⁹ grazie ai quali la Corte, occupandosi della legittimità della partecipazione azionaria in una società *in house* divisa tra più enti pubblici affidanti, ha ricordato che "ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto".

Secondo l'orientamento della Corte, quindi, le stesse amministrazioni pubbliche che, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici costituiscono in comune un'entità competente ad adempiere mansioni di pubblico servizio, sono legittimate a derogare all'obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica,

²⁶ Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, C- 371/05, Commissione delle Comunità Europee - Repubblica Italiana, con nota di D. PIAZZONI, *In house providing, partenariati pubblico-privati istituzionalizzati a partecipare al capitale sociale a scopo di finanziamento*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 8.

²⁷ Tale statuizione è stata giustificata, per ragioni di certezza del diritto, in considerazione del fatto che l'obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica deve tener conto delle condizioni esistenti al momento della aggiudicazione della gara.

Per questo motivo, sconfessando i precedenti orientamenti, la Corte ha ritenuto, nel caso di specie, legittima la presenza dei privati nella società in quanto intervenuta in un momento successivo all'aggiudicazione del servizio e, per questo, non prevista al momento della stipulazione del contratto.

²⁸ Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, C- 324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle*, in www.curia.eu.it; con nota di G.F. FERRARI, *Affidamento di servizi pubblici: la Corte apre la strada al consorzio tra comuni*, nota a sentenza della Corte di giustizia della Comunità Europea, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1/2009, 354-356. In questa occasione, i giudici, riprendendo l'orientamento della sentenza *Parking Brixen*, hanno ricordato come "il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica concedente sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento" precisando come il controllo esercitato, anche se non individuale, doveva risultare effettivo.

²⁹ Corte di Giustizia, 29 novembre 2012, C- 182/11, C-183/11, *Econord SpA contro Comune di Cagno e Comune di Varese (C-182/11) e Comune di Solbiate e Comune di Varese (C-183/11)*, in www.curia.eu.it

nel caso in cui esercitino in maniera congiunta, sulla suddetta società, un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi e nei casi in cui, ciascuna delle stesse, sia presente non solo nel capitale ma anche negli organi direttivi della stessa società.

3. Il modello dell'*in house providing* nel T.U. in materia di società a partecipazione pubblica.

Con l'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica il legislatore delegato ha disciplinato il modello dell'*in house providing* tenendo conto, al tempo stesso, sia delle novità introdotte dalla Direttiva Appalti in materia di contratti pubblici e dei principi e dei criteri direttivi previsti dalla legge delega.

Nello specifico, le società *in house* sono state definite come società pubbliche sulle quali una o più amministrazioni esercitano il controllo analogo, dove la partecipazione dei privati rispetti le norme nazionali e quelle dei Trattati e che soddisfano il requisito dall'attività prevalente.

Nel recepire quanto previsto dalla giurisprudenza e dalla Direttiva Appalti del 2014³⁰, il testo legislativo stabilisce che "il controllo analogo ricorre quando

³⁰ Come è noto la c.d. Direttiva Appalti non definisce mai in maniera certa il fenomeno dell'*in house providing*, ma lo regola in maniera incidentale rispetto agli appalti ed alle concessioni tra soggetti nell'ambito del settore pubblico, tra amministrazioni aggiudicatrici, assegnati ad "*una persona giuridica di diritto privato o di diritto pubblico*"; escludendoli dall'ambito di applicazione delle nuove norme. Il riferimento normativo è all'articolo 12 della "Direttiva Appalti" che ha in gran parte recepito gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia in materia, inserendo, al tempo stesso alcune novità e precisazioni. In riferimento al requisito del c.d. controllo analogo la nuova disposizione prevede che, ai fini dell'affidamento diretto, l'amministrazione aggiudicatrice debba esercitare sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello che la stessa esercita sui propri uffici e, nello specifico, ha evidenziato come sussista il requisito di cui sopra "*qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle sue decisioni significative della persona giuridica controllata*", precisando che "*tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice*". Per quel riguarda, invece, la sussistenza del requisito dell'attività prevalente, la direttiva Appalti stabilisce che la società controllata deve svolgere oltre l'80% delle proprie attività di esecuzione dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante, o da altre persone controllate direttamente o indirettamente dall'amministrazione aggiudicatrice, o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione controllante. La novità senza dubbio più rilevante è quella riconducibile al requisito della totale partecipazione pubblica, secondo cui si dispone che "*nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali*

l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante" (art. 2 comma 1, lett. c).

In riferimento al requisito dell'attività prevalente il T.U., nel rendere più stringente il requisito rispetto a quanto stabilito dalla Direttiva Appalti, stabilisce che gli statuti delle società *in house* devono stabilire che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia destinato allo svolgimento di attività affidate dal socio pubblico³¹.

In caso di gravi irregolarità di tali statuizioni viene assegnato alla società un termine di tre mesi per sanare la stessa dovendo scegliere se rinunciare ad una parte di rapporti con soggetti terzi o agli affidamenti diretti da parte delle amministrazioni, con conseguente riaffidamento del servizio entro i sei mesi successivi allo svolgimento del rapporto contrattuale.

Il legislatore sembrerebbe aver inoltre preso una posizione sulla questione inerente la natura giuridica delle società *in house* che, come è noto, è stata oggetto di un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza.

Secondo una prima impostazione, infatti, le società *in house*, non potendo essere inserite nel panorama giuridico delle società di diritto comune, sono state considerate "una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house* neppure consente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo"³² ed, al tempo stesso, "uno dei servizi proprio dell'amministrazione stessa"³³.

privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata". Si tratta di una disposizione che si pone in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia e dei giudici nazionali, nonché con quanto previsto nei Trattati, e che ha sollevato importanti dubbi sulla volontà del legislatore europeo di creare un nuovo modello di società pubblica e di attribuire ai legislatori nazionali la possibilità di legittimare l'affidamento diretto a società che, anche se in maniera minima, sono partecipate dai privati.

³¹ La stessa disposizione prevede, inoltre, come la produzione ulteriore rispetto al limite di tale percentuale possa derivare anche dallo svolgimento di prestazioni diverse, a condizioni che dalle stesse possano conseguirsi economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale.

³² Corte Costituzionale, 20 marzo 2013 n. 46, in *Giur. cost*, 3, 2013, 239.

³³ Consiglio di Stato, 7 gennaio 2008 n. 1, in *Foro amm Cds*, 2008, 1.

A tale tesi se ne contrappone un'altra, che sembrerebbe essere stata recepita nel Testo Unico, in virtù della quale le società *in house* debbano essere considerate persone giuridiche di diritto privato e, per questo motivo, assoggettate alla disciplina civilista salve le ipotesi derogatorie relative allo svolgimento dell'attività di impresa e l'applicazione della disciplina pubblicistica in materia di affidamento di contratti pubblici³⁴.

4. La (possibile) partecipazione di un soggetto privato al capitale sociale di una società a totale partecipazione pubblica.

La novità senza dubbio più rilevante derivante dalla c.d. direttiva appalti in materia di società *in house providing* è quella riconducibile al requisito della totale partecipazione pubblica, secondo cui si dispone che "nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata"³⁵.

Si tratta di una disposizione che si pone in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia e dei giudici nazionali, nonché con quanto previsto nei Trattati, e che ha sollevato importanti dubbi sulla volontà del legislatore europeo di creare un nuovo modello di società pubblica e di attribuire ai legislatori nazionali la possibilità di legittimare l'affidamento diretto a società che, anche se in maniera minima, sono partecipate dai privati.

³⁴ L'impostazione adottata dal legislatore sembrerebbe non aver trovato il consenso del Consiglio di Stato che, in sede consultiva ha evidenziato come "*qualunque sia la prospettiva che si intenda seguire, la società in house conserva una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato*". Cfr. Consiglio di Stato, Parere 16 marzo 2016 n. 438.

³⁵ Si tratta della disposizione presente al paragrafo 1, lett. c) della Direttiva Appalti. Parte della dottrina ha ricordato come l'apertura di società pubbliche alla partecipazione di privati fosse avvenuta già con il Regolamento CEE N. 1370/2007, in materia di servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e ferrovia. In particolare, l'articolo 5 comma 2 lettera a dello stesso ha stabilito che "*al fine di determinare se l'autorità competente a livello sociale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza ed il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100 % da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico- privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri*". Cfr. sul punto: C. VOLPE, *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, cit., 17.

Altro elemento di criticità si riscontra in riferimento all'interpretazione letteraria della disposizione, nella parte in cui si stabilisce come la partecipazione del privato all'interno di società pubbliche debba essere regolata dalle disposizioni nazionali e debba risultare conforme ai Trattati.

Sul punto però, si evidenzia come risulti poco chiara la *voluntas* legislativa, indirizzata verso una limitazione di tale ipotesi ai soli casi in cui, l'ingresso di capitali privati sia imposto dalla normativa nazionale in conformità dei Trattati, attribuendo, quindi, ai singoli Stati membri la facoltà di legittimare o meno tale ipotesi, con il rischio di creare discordanze tra gli stessi appartenenti all'Unione. Ai fini della risoluzione dei dubbi in materia potrebbe essere fondamentale la lettura del considerando n. 32 della Direttiva Appalti ed il n. 46 della Direttiva Concessioni, secondo i quali, la possibilità di derogare alla normativa riconducibile alla procedura ad evidenza pubblica "non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Tuttavia, date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata"³⁶. Dall'analisi di queste ultime, quindi, si evidenzia come la nuova direttiva Appalti legittimi un affidamento diretto a società a partecipazione privata, nei soli casi in cui il socio privato non eserciti potere di controllo, di veto o di influenza

³⁶ Gli stessi considerando hanno inoltre specificato come "l'unico elemento determinante è la partecipazione privata al capitale della persona giuridica controllata. Perciò, in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, ciò non preclude l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati".

dominante sulla controllata, la cui partecipazione venga prevista dalla legge e risulti conforme ai Trattati³⁷.

Nonostante questo chiarimento da parte della disposizione di cui sopra, si auspica un intervento della Corte di Giustizia sul punto, capace di valutare la legittimità della stessa in riferimento ai Trattati e limitare, e successivamente, punire i possibili abusi riconducibili alla partecipazione di capitali privati all'interno di società *in house*.

Infatti, pur in assenza di potere di controllo e veto, non essendo stato definito un limite percentuale a questa partecipazione, un'interpretazione estensiva della norma, potrebbe permettere a società a partecipazione pubblica affidatarie in via diretta di servizi, di competere sul mercato con soggetti che non ricevono tali agevolazioni, agendo, quindi, in palese contrasto con i principi in materia di concorrenza³⁸.

Quest'ultimo, inoltre, potrebbe essere aggravato dal combinato disposto di questa disposizione e con quella che disciplina la definizione di destinazione prevalente, secondo la quale, la società può svolgere fino al 20% della propria attività nei confronti di terzi soggetti.

Nonostante, per quello che qui interessa, l'attenzione si sia incentrata in modo particolare sulle novità introdotte dalle Direttive in materia di *in house*, si evidenzia, da un'analisi, seppur generica dei tre interventi legislativi, la volontà del legislatore europeo di voler introdurre un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile³⁹ in materia, tale da ovviare alle pregresse situazioni di incertezza giuridica, determinate dalla mancanza di una normativa europea dettagliata in materia⁴⁰.

³⁷ In questo modo S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, 10. Gli Autori, inoltre, hanno ricordato come la lettura dei considerando di cui sopra chiarisca come la parola "prescritte" debba essere intesa come "imposte", con la conseguenza che, le Direttive non abbiano voluto permettere l'affidamento diretto a società miste ma, viste le disposizioni di alcuni Stati membri, che impongono affidamenti a società a partecipazione privata nei limiti delle disposizioni dei Trattati, abbiano concesso in via eccezionale tale strumento nei casi in cui la presenza del privato non influenzi, in maniera determinate, l'andamento della società.

³⁸ Secondo parte della dottrina la previsione, secondo la quale la Commissione ha espressamente evidenziato la conformità della partecipazione dei privati in società a partecipazione pubblica ai Trattati, evidenzia l'eventualità o, addirittura, l'eccezionalità di tale ipotesi, mostrando, al tempo stesso, una chiara consapevolezza nella forzatura della previsione in esame rispetto ai Trattati ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Cfr. S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, 17.

³⁹ Così viene definito nel Considerando n.1 della Direttiva 2014/23/ UE.

⁴⁰ Al tempo stesso, si ricorda, come il legislatore europeo abbia voluto escludere dall'ambito di applicazione delle Direttive alcuni settori quali i servizi sociali, sanitari e quelli inerenti l'ambito dell'istruzione, in quanto questi ultimi non solo non godono di una importante dimensione

Al fine di risolvere i dubbi sollevati da tale statuizione il Consiglio di Stato è intervenuto sul punto evidenziato come la norma europea "non ha inteso autorizzare in generale la partecipazione dei privati ma ha rinviato alle specifiche disposizioni di legge che le "prevedono". Tale forma di rinvio deve però essere fatto a disposizioni di legge che "prescrivono" e dunque impongono la partecipazione e non anche a quelle che genericamente "prevedono la partecipazione"⁴¹.

Lo stesso Consesso amministrativo si è recentemente pronunciato sul punto evidenziando come la partecipazione di privati al capitale della persona giuridica controllata è ammessa solo se prescritta espressamente da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei Trattati e a condizioni che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata.

Per questi motivi i giudici amministrativi hanno infine stabilito che *"fino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli articoli 5 d.lgs. 50/2016 e 16 d.lgs. 175/2016, infatti, non prescriverà che i privati partecipino ad una società in house – indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico – l'apertura dell'in house ai privati deve essere esclusa"*⁴².

5. Conclusioni.

L'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica ed il successivo correttivo possono essere annoverati tra i provvedimenti più attesi dell'intera riforma della pubblica amministrazione. Come è noto, infatti, il settore in esame necessitava di un intervento chiaro e puntuale, volto a risolvere alcuni importanti dubbi riguardanti tale disciplina, visto il susseguirsi intensivo e compulsivo di norme che hanno regolato, in maniera frammentaria, la materia. Nello specifico si è assistito, nel corso degli anni, ad una "pubblicizzazione strisciante" del modello privatistico al fine di contrastare la c.d. "fuga dall'impresa pubblica" da intendersi quale ricorso al modello societario al fine di eludere i vincoli pubblicistici in materie caratterizzate da una forte incidenza sulla qualità dei servizi erogati e sul contenimento della spesa. Per questo motivo si è

transfrontaliere, ma soprattutto perché vengono forniti in modo diverso da ogni singolo Stato membro, a seconda dell'organizzazione e delle differenti tradizioni culturali degli stessi. Cfr. sul punto F. SCIAUDONE, *Le nuove Direttive appalti e concessioni: Recepimento, elementi critici e opportunità anche alla luce delle recenti novità normative*, cit., 26.

⁴¹ Cfr. Consiglio di Stato, 21 aprile 2016 n. 968, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁴² Cfr. Consiglio di Stato, 7 maggio 2019 n. 488, in www.giustiziaamministrativa.it.

assistito, nel corso degli anni ad una non chiara distinzione tra aspetti pubblicistici e privatistici che ha portato ad una sproporzionata moltiplicazione di modelli societari e scopi perseguiti. Per la parte che qui interessa, il chiaro e sostanziale allineamento delle società pubbliche alle disposizioni inerenti la crisi dell'impresa potrebbe essere in parte condiviso al fine di assicurare il rispetto dei fondamentali principi di uguaglianza e affidamento dei soggetti chiamati a relazionarsi con le stesse. Inoltre, come più volte ribadito dalla Corte di Giustizia, tenendo conto di quanto stabilito in ambito europeo, il rispetto delle regole concorrenziali, anche in riferimento al settore dei servizi pubblici, impone parità di trattamento rispetto a tutti coloro che operano nell'ambito dello stesso mercato utilizzando stessi mezzi e modalità.

Per la parte che qui rileva si evidenzia come i recenti interventi del Consiglio di Stato debbano essere considerati di straordinaria rilevanza in quanto idonei a chiarire in maniera puntuale i dubbi sollevatisi in dottrina e giurisprudenza in merito alla partecipazione, all'interno della compagine societaria di una società *in house providing*, di capitali privati.

Come è noto, infatti, prima dell'approvazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, l'incidenza delle nuove Direttive nell'ordinamento nazionale è stata oggetto di attenzione da parte del Consiglio di Stato, che, in tre decisioni ha esaminato la ricaduta delle nuove disposizioni, in riferimento agli affidamenti precedenti il recepimento delle nuove disposizioni da parte del legislatore italiano⁴³.

I giudici di Palazzo Spada hanno affrontato per la prima volta la questione nel parere n. 298/2015⁴⁴ con il quale, hanno ritenuto legittimo un affidamento diretto nei confronti di una società a, seppur minima, partecipazione privata, esprimendo un giudizio favorevole in merito alla diretta applicabilità della direttiva Appalti, in attesa della scadenza del termine di recepimento fissato dall'Unione Europea⁴⁵.

⁴³ Come è noto, il recepimento dovrà avvenire entro il 18 aprile 2016. Sul punto si ricorda una decisione della Corte di Giustizia, 15 aprile 2008, C- 268/08, *Impact*, con la quale i giudici hanno evidenziato il dovere di astensione nei confronti del giudice nazionale in riferimento ad un'interpretazione del diritto nazionale che contraddica i propositi del legislatore europeo presenti nelle Direttive.

⁴⁴ Consiglio di Stato, Parere, 30 gennaio 2015, n. 298 con nota di G. CARULLO, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al CINECA*, in *giust. amm*, 2015, 2; V.BRIGANTE, *La crisi della soggettività nel diritto amministrativo: l'in house providing alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 298/15*, cit., 14; con nota di G. VELTRI, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2015, 667.

⁴⁵ Nel caso di specie, i giudici di Palazzo Spada, in seguito alla richiesta del Ministero dell'Istruzione e delle Ricerche, si sono interessati della questione relativa all'affidamento diretto di appalti e servizi informatici assegnato, da parte di enti pubblici consorziati (MIUR, Università, Enti di ricerca), nei

Nonostante i primi dubbi⁴⁶ sulla legittimità dell'affidamento *in house* nei confronti del CINECA, società il cui capitale è composto anche da privati, i giudici, alla luce della nuove Direttive in materia, qualificando l'affidamento in esame come appalto di servizi, hanno affermato come, nonostante la nuova disciplina non possa già essere ritenuta applicabile, "non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo, secondo una dettagliata disciplina in materia, introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'UE".

Nonostante le perplessità⁴⁷ suscitate da questa decisione, gli stessi hanno giustificato il proprio orientamento, sottolineando come i requisiti stabiliti dalla Direttiva Appalti, in modo particolare quelle dell'articolo 12, fossero talmente precisi e dettagliati da non lasciar margine di discrezionalità al legislatore, stabilendo che "il modello accolto è quello codificato, della cooperazione pubblico- pubblico istituzionalizzata di tipo verticale secondo l'articolo 12 della Direttiva 24/2014"⁴⁸.

confronti del consorzio CINECA. Secondo lo Statuto di quest'ultimo, si tratta di un consorzio non avente scopo di lucro, sottoposto al controllo del MIUR ed operante nell'esclusivo interesse degli enti consorziati, in esecuzione o comunque in conformità con le decisioni di affidamento o di incarico provenienti dagli enti a cui è tenuto sottostare.

Lo stesso CINECA, risulta, inoltre, strumento organizzativo specializzato, appositamente costituito ed operante per lo svolgimento delle attività con carattere di impresa aventi ad oggetto la produzione di servizi ad alta potenzialità ed efficienza, nonché il trasferimento applicativo di tecnologie per lo sviluppo e l'eccellenza del sistema nazionale dell'istruzione superiore e della ricerca.

⁴⁶ Lo stesso Consiglio di Stato, infatti, con parere interlocutorio del 13 febbraio 2013, n. 1168, ha evidenziato come, in attesa di ulteriori analisi in riferimento alla natura dei servizi affidati in via diretta, e in considerazione della considerevole giurisprudenza in materia, "*una società partecipata da un ente pubblico, per poter essere investita direttamente della gestione di un compito, non debba presentare la presenza di privati al capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale privatizzazione, né la presenza di previsioni statutarie che permetterebbero alla società di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico*".

⁴⁷ Secondo la giurisprudenza consolidata, infatti, l'efficacia diretta delle direttive è ritenuta legittima al solo scadere del termine di recepimento delle Direttive, ammettendo la possibile applicazione diretta delle stesse a prescindere dal recepimento nei casi in cui la natura abbia natura incondizionata e non vi sia la possibilità di prevedere per lo Stato membro, decisioni discrezionali al riguardo. Cfr. Corte di Giustizia, 14 luglio 1994, C- 91/92, *Faccini-Dori*, in *Foro it.*, 1995, IV, 38.

⁴⁸ Secondo i giudici di Palazzo Spada "*L'art. 12 nel definire in rubrica la materia come quella afferente gli appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico, ha profondamente innovato la disciplina definendo in modo parzialmente diverso le condizioni di esclusione dalla direttiva medesima. L'articolo 12 infatti, nel confermare che, nel caso di in house providing escluso dalla direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi, ha aggiunto una precisa definizione in ordine*

Il Consiglio di Stato, in questo caso, quindi, ha inteso anticipare gli effetti della direttiva, interpretando la frase "prescritte dalle disposizioni legislative nazionali", quale generico richiamo alla possibilità che le forme di partecipazione disciplinate dalla normativa europea debbano essere obbligatoriamente previste dal legislatore nazionale in sede di recepimento, non tenendo conto di quanto evidenziato dal considerando 32 della Direttiva, dal quale si evidenzia come l'affidamento *in house* a società con partecipazione privata, sia obbligatorio per gli Stati membri solo se sia previsto da una espressa disposizione nazionale⁴⁹.

Nel caso di specie, quindi, è stata rilevata come la posizione del CINECA, nei confronti del Ministero e delle altre amministrazioni consorziate, rientrasse perfettamente nella fattispecie per la quale la disciplina europea prevede l'affidamento diretto, ritenendo sussistenti i requisiti del controllo analogo e della destinazione prevalente.

In riferimento al primo criterio, i giudici ne hanno rilevato la fondatezza in considerazione della partecipazione del Ministero negli organi direttivi, del potere di apportare modifiche allo statuto del CINECA ed, infine, del diritto di veto, esercitabile dallo stesso ministero sulle deliberazioni più importanti del Consiglio consortile.

all'ulteriore requisito della cosiddetta "parte più importante dell'attività svolta", secondo cui "oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice. Ed alla successiva lett. C) ha aggiunto la condizione ulteriore e parzialmente innovativa (rispetto alla giurisprudenza comunitaria e nazionale), secondo cui "nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei Trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata". Ha poi aggiunto nell'ultima parte del primo paragrafo cit., a maggiore definizione della nozione comunitaria di controllo analogo, che "si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice". Quindi l'art. 12, paragrafo 1 cit., richiede che, ai fini dell'esclusione dei contratti tra soggetti pubblici dall'applicazione della direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice debba svolgere sull'altro ente pubblico "un controllo analogo a quello che esercita sui propri dipartimenti/servizi"; inoltre che più dell'80% delle prestazioni dell'altro ente pubblico siano effettuate a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o di un altro ente pubblico controllato dalla prima; infine che tra l'altro ente pubblico che riceve l'affidamento dell'amministrazione aggiudicatrice non sia controllato da capitale privato, a meno che non si tratti di partecipazione di controllo o di blocco secondo le disposizioni nazionali; e che in ogni caso tale partecipazione non determini l'influenza dominante (la percentuale dell'80% richiama la stessa quota dettata, per i settori speciali, dagli artt. 218 del D.lgs. 163/06 e 23 Dir. 17/2004".

⁴⁹ S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, Torino, 15. In merito al carattere *self-executing* delle Direttive europee, si veda, in generale D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 93, 121.

Nel verificare la fondatezza del requisito della destinazione prevalente, i giudici si sono soffermati sulla possibilità di partecipazione dell'ente ministeriale in società di capitali, o di affidamento, da parte dello stesso a terzi, di alcune attività di competenza del consorzio, ritenendo lodevole l'intervento di attuare sinergie quanto mai opportune nelle attività del CINECA.

Sul punto, inoltre, si è riconosciuto come queste ipotesi non fossero idonee ad alterare il carattere pubblicistico delle attività consortili, realizzate "anche con carattere di impresa" ma senza fini di lucro e quindi non ostative all'affidamento *in house*.

Gli stessi giudici, in sede giurisdizionale hanno valutato in maniera diametralmente opposta la questione, nella sentenza n. 2660/2015 con la quale si è analizzata la legittimità dell'affidamento diretto di un appalto di servizi da parte dell'Università degli Studi di Reggio Calabria, nei confronti del CINECA, all'interno della cui compagine organizzativa partecipa la stessa Università⁵⁰.

I giudici di Palazzo Spada, in questa occasione hanno fermamente negato, nel caso di specie, la sussistenza dei requisiti *Teckal*, escludendo, inoltre, la rilevanza delle nuove direttive per la risoluzione della fattispecie oggetto di esame.

In merito a questo ultimo punto, il collegio ha evidenziato come "la fattispecie in esame si colloca al di fuori dell'ambito di questa limitata rilevanza giuridica "negativa" che eccezionalmente può essere riconosciuta alla direttiva prima della scadenza del termine di recepimento: le regole dell'*in house*, di cui si applicazione nel presente giudizio, che potenzialmente potrebbero contrastare con le previsioni della nuova direttiva, sono, infatti, regole già esistenti nell'ordinamento nazionale (non introdotte ex novo dal legislatore nazionale in violazione del dovere di *standstill*) e, sono, inoltre, regole che trovano la loro fonte proprio nell'ordinamento dell'Unione Europea, avendo origine dalla sopra richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia che nel corso degli anni ha fissato rigorosi limiti alla operatività dell'*in house*. Non si può, quindi, ritenere che la mera pubblicazione della direttiva determini, prima che sia scaduto il

⁵⁰ Consiglio di Stato, 26 maggio 2015, n. 2660 con nota di L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2015, 787.

Nel caso di specie, i giudici di Palazzo Spada si sono pronunciati sull'appello proposto dal CINECA avverso la sentenza del T.A.R. Calabria, n. 1186/2014, che aveva annullato la delibera del Consiglio di Amministrazione dell'Università degli studi di Reggio Calabria con la quale si è disposto l'affidamento diretto senza gara al consorzio appellante. Si tratta della delibera del 14 aprile 2014, impugnata dalla società Be Smart s.r.l. dinanzi al Tribunale calabrese, che accogliendo il ricorso, ha annullato la suddetta delibera in considerazione della adeguata motivazione dei requisiti prodromici all'affidamento diretto.

termine per il suo recepimento, il superamento automatico ed immediato di una disciplina preesistente di derivazione comunitaria”.

Nel negare la diretta applicabilità della Direttiva appalti, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto illegittimo l’affidamento diretto ad una società a, seppur minima, partecipazione privata, sottolineando, come dalla lettura del considerando 32 della direttiva, la partecipazione di capitali privati in società pubbliche, non solo deve essere prevista da una legge nazionale, ma deve risultare addirittura imposta ai fini della legittimità dell’affidamento.

Nel motivare la mancata sussistenza del controllo analogo i giudici hanno analizzato la struttura del consorzio, partecipato non solo da diversi soggetti pubblici, ma anche da alcune realtà private.

Per questo motivo, quindi, non si è considerato rispettato il criterio della partecipazione totalitaria pubblica, necessario a ritenere sussistente il controllo da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, nel caso di specie, l’Università degli Studi di Reggio Calabria.

Nel sindacare la partecipazione privata all’interno del consorzio, gli stessi giudici hanno inoltre negato agli stessi soggetti privati la configurazione di enti pubblici, per la sola ragione di svolgere attività di interesse pubblico.

Pur ammettendo come in passato questa qualifica fosse stata accordata ad alcune Università private, in riferimento ad indici rilevatori che hanno valorizzato l’equiparazione in termini di azioni con altri istituti pubblici, si è ricordato come tale ipotesi dovesse essere esclusa in considerazione della “nozione funzionale e cangiate di ente pubblico”.

Il ragionamento seguito dal Collegio, muove dalla considerazione secondo la quale, nonostante alcuni enti privati possano acquisire lo status di ente pubblico per le funzioni che ricoprono in determinati casi, agli stessi non può essere estesa integralmente la disciplina dettata per le amministrazioni pubbliche.

Per questo motivo, quindi, i giudici di Palazzo Spada non hanno ritenuto sussistente il legame *in house* con un consorzio partecipato anche da privati, considerando l’affidamento diretto un’eccezione alla normativa in materia degli appalti. Per questo motivo, qualsiasi restrizione della concorrenza deve essere controbilanciata da importanti tutele e dal rispetto delle condizioni fissate in materia, nonché giustificata in casi eccezionali.

Per motivare, infine la mancata sussistenza del requisito dell’attività prevalente, gli stessi giudici hanno evidenziato come lo svolgimento dell’attività imprenditoriale verso l’esterno, attribuisce al CINECA una vocazione commerciale che impedisce di considerarlo quale soggetto *in house*, anche in

considerazione di alcune disposizioni statutarie in cui è prevista la possibilità di "acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi".

Come ricordato, quindi, il Consiglio di Stato, intervenendo in una materia già segnata da molti dubbi, ha sconfessato l'orientamento evidenziato in sede consultiva nel parere 298/15, proprio in riferimento all'efficacia anticipata della Direttiva Appalti, riconoscendo il solo dovere di *standstill*, che vincola il legislatore nell'astenersi dall'adottare qualsiasi misura idonea a compromettere il risultato previsto dalla normativa europea.

Le stesse disposizioni sovra nazionali non impongono il raggiungimento di un risultato entro una data certa, ma evidenziano al tempo stesso, la volontà di un allargamento delle ipotesi eccezionali per le quali è prevista una deroga alle disposizioni in materia di appalti, ritenute strumento di salvaguardia della concorrenza e del libero mercato, veri e propri obiettivi del legislatore europeo. Per questo motivo, quindi, poiché la Direttiva sembra essere indirizzata nella direzione di un'ulteriore deroga al principio della gara ai fini dell'affidamento di un servizio, la decisione dei giudici di non prevedere l'applicazione immediata dei nuovi requisiti dell'*in house*, non limita o lede la *voluntas* delle istituzioni europee⁵¹.

In conclusione, quindi, l'intervento del Consiglio di Stato sul punto può essere considerato di straordinaria rilevanza in quanto necessario a chiarire in maniera puntuale e definitiva la possibile partecipazione, all'interno della compagine societaria di una società *in house providing*, di capitali privati.

⁵¹ Cfr. L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, cit., 794.

Il paradigma funzionale nella figura dell'organismo di diritto pubblico, alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite n. 8673 del 2019.

di Edvige CENTORE

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** Origini ed evoluzione (normativa e pretoria) della nozione di organismo di diritto pubblico. **3.** Organismo di diritto pubblico e mercato concorrenziale. **4.** (In)ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua?* **5.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The present work aims to analyze the phenomenon of the body governed by public law and the related field of application. This notion is relevant in order to delimit the subjectiv sphere of operation of the Euro-Community (and naton transposition) regulation relating to public contracts procedures above threshold.*

It is a figure that, born in community law and then implemented in the internal system, has long been at the center of an articulated jurisprudential and doctrinal debate that the present work intends to retrace in the fundamental steps. Moreover, this controversy has not died out and has even been recently enriched by a pronouncement of the United Sections of the Cassation Court.

1. Premessa.

Con un'interessante e recente pronuncia, la Cassazione a Sezioni Unite n. 8673 del 2019 ha fornito alcuni importanti chiarimenti sulla nozione di organismo di diritto pubblico e sui criteri volti ad individuare tale categoria, alla luce dell'art. 3, lett. d) d.l.gs. n. 50/2016.

La rilevanza di tale sentenza si apprezza, in particolare, ragionando sul fatto che l'organismo di diritto pubblico abbia progressivamente assunto un ruolo essenziale nella determinazione della dimensione soggettiva degli appalti pubblici comunitari¹. E ciò è confermato anche dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 50/2016), in quanto esso, all'art. 3, co. 1 lett. d), ricomprende

* Dottoressa in Giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso la Procura Generale della Repubblica di Salerno e specializzata presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli Studi di Salerno.

¹ Sull'argomento, cfr. L. MARCHEGIANI, *La nozione di Stato intesa in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, pp. 1233 ss.

i soggetti (pubblici o privati) qualificati come «*organismi di diritto pubblico*» tra le amministrazioni aggiudicatrici, assoggettate alla specifica disciplina ivi prevista.

Non a caso, la stessa definizione di organismo di diritto pubblico è stata creata proprio al fine di sottoporre soggetti (formalmente privati ma) sostanzialmente pubblici all'osservanza delle norme in tema di appalti, sulla base di un criterio funzionale e sostanziale². E le Sezioni Unite, con la pronuncia in esame, hanno espressamente accolto questa impostazione sostanzialistica, chiarendo che ai fini della riconduzione di una società – nel caso di specie, l'ACI Global – all'interno di tale categoria occorre stabilire se essa agisca per uno scopo di interesse generale, attraverso una valutazione in concreto degli elementi di fatto e di diritto che connotano l'agire della stessa.

2. Origini ed evoluzione (normativa e pretoria) della nozione di organismo di diritto pubblico.

In particolare, si deve soprattutto al diritto comunitario la tendenza alla pubblicizzazione della persona giuridica privata, in base ad una nozione funzionale di ente pubblico³, che emerge in maniera emblematica dalla figura di

² In tal senso, Cons. St., Sez. V, 10 aprile 2000, n.2078, *Consorzio coop. costruz. s.c.r.l. c. Struttura Valle d'Aosta s.r.l.*, in *Cons. Stato*, 2000, n. 4, in cui si chiarisce che «*in materia di contratti della pubblica Amministrazione, [...] la nozione di organismo di diritto pubblico deve interpretarsi non già secondo dati meramente formali, ma sulla base di un criterio funzionale e sostanziale, poiché il legislatore comunitario, introducendo questa figura, ha inteso ampliare la nozione di amministrazione aggiudicatrice*», cit., p. 913. In dottrina, cfr. F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in F. GIGLIOTTI, *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, il quale chiarisce come «*la sempre più frequente penetrazione dei moduli privatistici nell'azione amministrativa ha finito per determinare una reazione del legislatore, che, al fine di tutelare interessi che sarebbero stati compromessi dalla applicazione delle sole regole del diritto comune, ha esteso singole discipline dettate per amministrazioni ed enti pubblici ad operatori formalmente – e talvolta anche sostanzialmente – privati*», cit., p. 50.

³ Sul tema, in maniera chiara R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Giurisprudenza amministrativa*, Milano, 2009, chiariscono che «*in ambito europeo, gli indizi della pubblicità precedono la ricognizione nominativa degli enti pubblici, che, dunque, non è – alla stregua del diritto interno – chiusa e tipizzata, ma aperta e suscettibile di integrazioni ogniquale volta gli indizi sono individuati in analoghe fattispecie*», cit., 92. In senso analogo, R. DI RAIMO, *La partecipazione pubblica agli enti del Libro I del codice civile nella normativa recente*, in F. GIGLIOTTI, *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, Napoli, 2018, il quale chiarisce che «*l'Unione europea [...] guarda ora con maggiore attenzione la sostanza delle vicende sensibili ai principi di concorrenza e, in questa prospettiva, non tiene particolare conto della natura privata o pubblica dell'impresa*», cit., 122. V. pure R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, in cui si chiarisce che sebbene manchi «*a livello europeo una nozione unitaria di soggetto pubblico, si deve tuttavia osservare che ciò che accomuna tale molteplicità di accezioni è l'approccio di tipo sostanziale: alla individuazione dei soggetti pubblici, infatti, non si procede, tanto sul piano normativo, quanto su quello giurisprudenziale, alla stregua di criteri formali di definizione, bensì*

organismo di diritto pubblico: infatti, se il «processo di scardinamento della coincidenza tra soggettività pubblica e svolgimento di attività di pubblico interesse⁴» è evidenziato dal fenomeno delle privatizzazioni ed in particolare dall'eterogenea «galassia⁵» della società (a partecipazione) pubblica, la prevalenza del dato finalistico nella individuazione della soggettività pubblica è particolarmente evidenti nel modulo dell'organismo di diritto pubblico.

Più nello specifico, tale categoria nasce con il diritto comunitario di prima generazione⁶, in tema di affidamento di appalti pubblici. Infatti, la direttiva n. 395 del 1971 limitava l'applicazione della disciplina su questa materia solamente a determinati soggetti pubblici elencati in maniera specifica: le amministrazioni aggiudicatrici, individuate nello Stato, negli enti pubblici territoriali e nelle persone giuridiche di diritto pubblico enumerate nell'allegato I, avente carattere tassativo. Si trattava, tuttavia, di una impostazione estremamente rigida e, soprattutto, non idonea a ricomprendere i soggetti che, pur non espressamente qualificati in questo modo, erano caratterizzati da connotazioni pubblicistiche (perché, ad esempio, controllati o finanziati dallo Stato o da altro ente pubblico). Così, per evitare aggiramenti della disciplina comunitaria⁷, fu approvata la direttiva n. 440 del 18 luglio 1989, la quale non è altro che la codificazione di principi dettati dalla Corte di giustizia nello spazio temporale successivo a quella del '71. In particolare, la direttiva n. 440 del 1989⁸, fu ispirata proprio dalla *ratio* di «snidare la pubblicità reale⁹» di soggetti solo formalmente privati e di

sulla base di parametri di tipo sostanziale, tra cui, in particolare, quello della sottoposizione a dominanza pubblica di carattere funzionale o strutturale», cit., 187. In senso analogo, cfr. J. A. MORENO MOLINA, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 561 ss.

⁴Così, M. SANTISE, *Coordinate di diritto amministrativo*, Torino, 2018, cit., p. 43.

⁵Tale termine è utilizzato da F. G. SCOCA, *Il punto sulle così dette società pubbliche*, in *Il diritto dell'economia*, Modena, 2005, pp. 239 ss.

⁶Sul punto, v. P.M. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione di amministrazione aggiudicatrice*, Bologna, 2000, il quale afferma che «per quanto ogni sviluppo di diritto comunitario sia normalmente frutto di un moto circolare di influenze tra i diritti nazionali e il diritto comunitario stesso, appare impresa vana ricercare nel diritto italiano significativi antecedenti di questa nozione e della complessa problematica che essa esprime», cit., p. 7.

⁷In tal senso, v. G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: necessità di un distinguo*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004, il quale chiarisce che l'intento del legislatore comunitario è stato quello «di allargare l'area della concorrenza e del mercato combattendo i comportamenti elusivi degli appalti pubblici che alla concorrenza e al mercato vogliono sottrarsi utilizzando strutture parallele che hanno di solito veste privatistica», cit., p. 95.

⁸Sul tema, v. C. MALINCONICO, *Commento alla direttiva 89/440/CEE*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1991, p. 234.

⁹R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Giurisprudenza amministrativa*, Milano, 2009, cit., 92. In tal senso, anche M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo*,

garantire la effettiva applicazione ad essi dei principi comunitari. Non a caso, le stesse Sezioni Unite, con la pronuncia in esame, hanno espressamente chiarito che «*la categoria dell'organismo di diritto pubblico è stata elaborata nel diritto euro-unitario al fine di individuare le c.d. amministrazioni aggiudicatrici, ossia i soggetti tenuti al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte dalle stesse norme dell'Unione Europea*» e di «*evitare che la privatizzazione puramente formale di enti pubblici [potesse] determinare una sostanziale elusione delle normative europee*¹⁰».

Ebbene, la direttiva n. 440 del 1989 ha delineato la figura di organismo di diritto pubblico, individuando tre requisiti, poi confermati dalla sentenza Corte giust., 15 gennaio 1998, *Mannesman*¹¹ e, successivamente, dall'art. 3 n. 26 del d. lgs. n. 163/2006¹² - in attuazione delle direttive 2004/17CE e 2004/18/CE - e, oggi, dal d. lgs. n. 50/2016: a) il possesso della personalità giuridica; b) la cd. influenza pubblica dominante, ossia lo svolgimento di attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, o il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; c) l'istituzione per soddisfare bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale. Più nello specifico, per quanto attiene al requisito cd. "personalistico", ossia il possesso della personalità giuridica, si è ormai pacificamente ammessa la possibilità di ricondurre alla categoria di organismo di diritto pubblico anche le

destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2012, il quale sottolinea che «la costruzione della nozione di organismo pubblico» fu proprio «tesa ad evitare che privatizzazioni puramente formali consentissero ancora agli enti pubblici di assegnare commesse senza gara, avvalendosi di società private da essi pienamente controllate», cit., p. 26. Ancora, cfr. M. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000, il quale rileva che «del tutto centrato il rilievo per cui ciò che caratterizza le direttive appalti è snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme. Non si tratta infatti di cogliere il rilievo pubblicistico di molti organismi, tipico di un'epoca in cui le chiare distinzioni tra pubblico e privato del passato non esistono più; quanto più semplicemente di assicurare il massimo ampliarsi del mercato attraverso l'assoggettamento del maggior numero di soggetti possibili alle procedure di evidenza pubblica», cit., p. 55.

¹⁰ Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11.

¹¹ Ci si riferisce a Corte giust., 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, con commento di A. BENEDETTI, *Alla ricerca della nozione di organismo di diritto pubblico*, pp. 71 ss.

¹² Ancor prima, in realtà, già il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 65, all'art. 2, che ha sostituito il Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157, aveva fornito una definizione dell'organismo di diritto pubblico, in materia di appalti pubblici, facendolo rientrare tra le amministrazioni aggiudicatrici.

persone giuridiche di diritto privato, dal momento che la giurisprudenza - sia europea che nazionale - ha, ormai in misura prevalente, accolto la tesi c.d. sostanzialistica, in forza della quale devono considerarsi organismi di diritto pubblico tutti gli enti, compresi anche quelli aventi forma societaria, che posseggono i requisiti previsti anche dall'art. 3 d.lgs. n. 50/2016.

Con riferimento alla sussistenza del requisito della c.d. influenza pubblica dominante, quest'ultimo è integrato dal verificarsi di almeno uno dei tre fattori (partecipazione, finanziamento o controllo pubblico) previsti dalla norma, che, in realtà, coincidono con i cc.dd. indici sintomatici di pubblicità degli enti delineati dalla giurisprudenza interna¹³. Infatti, è opportuno chiarire che non è necessaria la sussistenza congiunta di tali parametri di riconoscimento della pubblicità affinché possa individuarsi in capo al soggetto giuridico il requisito della influenza dominante esercitata su di esso dai pubblici poteri, ma ne è sufficiente anche solo uno perché l'ente avente personalità giuridica possa (e debba) essere qualificato come organismo di diritto pubblico¹⁴.

Occorre, quindi, compiere un accertamento riguardante la sussistenza di un finanziamento pubblico in misura prevalente, ossia che riguardi più della metà delle entrate di cui il soggetto finanziato si avvale¹⁵. Oppure, come espresso dalla

¹³ Sull'argomento, cfr. F. G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, il quale fa riferimento al «perseguimento di fini statali (teoria del fine) ovvero di fini propri e insieme di fini statali (teoria del doppio fine); l'essere gli enti dotati di poteri autoritativi, conferiti (delegati) dallo Stato (teoria del potere o dell'imperium); l'avere un rapporto organizzativo peculiare con lo Stato (teoria del rapporto di servizio); l'essere sottoposti a tutela o, più in generale, a controllo da parte dello Stato (teoria del controllo); il godere di finanziamenti a carico del bilancio statale (teoria del finanziamento); l'essere costituiti per atto statale (teoria dell'atto costitutivo)», cit., p. 319.

¹⁴ Sul punto, cfr. Così, R. DI RAIMO, *La partecipazione pubblica agli enti del Libro I del codice civile nella normativa recente*, in F. GIGLIOTTI, *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, Napoli, 2018, il quale chiarisce che «il requisito dell'influenza dominante non è esclusivo ma alternativo con quello del finanziamento pubblico. E appare invero che quest'ultimo si possa reputare prioritario, considerata l'ampia prevalenza, nella pratica, di ipotesi di apporto finanziario maggioritario non accompagnato da controllo rispetto a quelle di controllo senza un corrispondente impegno finanziario», cit., p. 120.

¹⁵ Sul tema, cfr. Corte giust., 3.ottobre.2000, C-380/98, *University of Cambridge*, in cui si chiarisce che se «da un lato la forma di finanziamento di un dato organismo può essere rivelatrice di una stretta dipendenza di quest'ultimo rispetto ad un'altra amministrazione aggiudicatrice, dall'altro bisogna però constatare come tale criterio non abbia valore assoluto. Non tutti i finanziamenti erogati da un'amministrazione aggiudicatrice hanno per effetto di creare o rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza. Soltanto le prestazioni che, mediante un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione, finanzino o sostengano le attività dell'ente interessato possono essere qualificate come finanziamento pubblico». Cfr. Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2007, n. 4060, in cui si chiarisce che «il dato formale del finanziamento a carico di un soggetto pubblico [...] non va, quindi, ristretto ai soli casi di erogazioni, contribuzioni, trasferimenti, attraverso gli ordinari strumenti della contabilità pubblica, ma si realizza anche nei casi in cui, a mezzo di atti

Corte di giustizia nella famosa sentenza *Mannesmann*, è necessario che l'ente sia sottoposto ad un controllo pubblico o che sia comunque caratterizzato dalla ingerenza di un ente pubblico nella nomina dei componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza.

In particolare, rispetto a tale ultimo profilo, le Sezioni Unite hanno sottolineato come «non [possa] guidare la valutazione il fatto che la società non sia totalmente detenuta dall'amministrazione controllante», a differenza di ciò che accade per i cc.dd. soggetti *in house*, per i quali, invece, il c.d. controllo analogo rappresenta un requisito necessario ai fini della loro configurabilità¹⁶. Tale sostanziale differenza si spiega alla luce della diversa natura dei due istituti, i quali sono però specularmente collegati¹⁷: infatti, mentre l'organismo di diritto pubblico rappresenta il modulo di individuazione di soggetti tenuti all'evidenza pubblica, il fenomeno dell'*in house* costituisce una eccezione al principio di concorrenza e all'applicazione delle direttive appalti¹⁸, ossia un modello di gestione con cui la pubblica amministrazione "internalizza" l'attività, non ricorrendo all'esperimento della procedura ad evidenza pubblica nella scelta del contraente. L'*in house*, è un meccanismo caratterizzato dalla assenza di alterità

aventi forza di legge, si convogliano risorse economiche in favore dell'ente in adempimento di obbligazioni ex lege cui i soggetti interessati non possono liberamente sottrarsi».

¹⁶ Più in particolare, in tema di *in house* l'art. 5, co. 2 d. lgs. n. 50/2016 ha chiarito che per «controllo analogo» debba intendersi il caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore eserciti su una persona giuridica «un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata». In dottrina, cfr. G. GARGANO, *Contributo allo studio della soggettività pubblica. Gli effetti della soggettività "speciale" tra natura del soggetto e volontà del legislatore nazionale e comunitario*, Napoli, 2017, il quale chiarisce che «la struttura della società [...] è solo formalmente separata e solo formalmente dotata di autonoma personalità giuridica ma, in sostanza, è considerabile quale un ufficio dell'ente pubblico. Non sussiste, quindi, solo il requisito di etero-direzione [...], ma è una società che ha la medesima posizione, in termini di autonomia decisionale, che avrebbe un organo dell'ente pubblico», cit., p. 316, nt. 21.

¹⁷ Sul tema, cfr. M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2018, il quale valorizza «profili di convergenza» tra i requisiti normativi dell'organismo di diritto pubblico e quelli dell'*in house*, sottolineando come, però, si tratti 'di analogia strutturale, ma non di identità. Il controllo analogo che identifica l'*in house* è un requisito più stringente del controllo che caratterizza l'organismo di diritto pubblico [...]. Ulteriore differenza: il controllo analogo sulla società *in house* presuppone, di regola (cioè salvo le eccezioni di legge), la totale partecipazione pubblica al capitale sociale. Il controllo sull'organismo di diritto pubblico presuppone ordinariamente (ma non necessariamente) la partecipazione pubblica maggioritaria», cit., p. 232.

¹⁸ Sulla questione della natura eccezionale della figura dell'*in house*, v. M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2018, 233. In giurisprudenza, Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in cui si è messa in dubbio «la possibilità di considerare la società *in house* come modello generale di organizzazione dovendosi ammettere la possibilità per una P.A. di ricorrere a tale figura solo in presenza di precise disposizioni legislative autorizzatrici in tal senso».

con l'ente pubblico, rappresentandone una «*articolazione interna*», ossia la «*longa manus*»¹⁹: proprio alla luce di ciò, il soggetto *in house* è esonerato dal rispetto dei principi concorrenziali nell'affidamento della prestazione. Il fenomeno dell'*in house*, quindi, è caratterizzato dalla assenza di dualità del soggetto affidatario rispetto a quello affidante²⁰, registrandosi una ipotesi di delegazione solo interorganica, che esclude l'esigenza di applicare la normativa comunitaria in tema di procedure ad evidenza pubblica²¹. Dunque, *in house* e organismo di diritto pubblico sono concetti specularmente collegati.

¹⁹ Così, Cass., SS. UU., 25 novembre 2013, n.26283, in cui espressamente si chiarisce che «*la società in house, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare [...] in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. [...] essa non è altro che una longa manus della pubblica amministrazione [...]; di talché l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa [...]. Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva*». In tal senso, cfr., in giurisprudenza, Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46; Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

In dottrina, v. M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2018, il quale definisce l'*in house* come «*ente strumentale formalmente distinto sul piano formale (trattandosi di un soggetto di diritto autonomo), ma non anche alla stregua di una valutazione sostanziale (trattandosi di un ente sottoposto al penetrante controllo dell'amministrazione, come fosse un organo dell'amministrazione stessa)*», cit., 224.

²⁰ In tal senso, cfr. G. GARGANO, *Contributo allo studio della soggettività pubblica. Gli effetti della soggettività "speciale" tra natura del soggetto e volontà del legislatore nazionale e comunitario*, Napoli, 2017, il quale sottolinea che «*laddove il socio sia in grado di esercitare un controllo assimilabile a quello dell'in house – e dunque sussiste il duplice requisito del controllo analogo dell'attività prevalentemente svolta – quella dualità soggettiva che esiste sotto il profilo formale viene superata in un'ottica funzionale e sostanziale*»; si registra, cioè, un «*superamento del velo formale della distinta personalità giuridica, nonché della dualità esistente tra soggetto formalmente privato e soggetto formalmente pubblico, ponendo in evidenza un unico soggetto della cui natura pubblica o privata si perde ogni rilievo giuridico*», cit., 316.

²¹ In tal senso, v. anche E. STANIZZI, *Le società in house*, in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, che chiarisce che «*la modalità di affidamento in house può [...] consentire l'eccezione o la deroga all'obbligo di applicazione delle procedure a evidenza pubblica, dal momento che l'autoproduzione, non coinvolgendo soggetti tra loro sostanzialmente distinti, non incide sulla concorrenza per o nel mercato e non fa, quindi, sorgere l'esigenza di garantire la parità di trattamento tra gli operatori economici attraverso l'esperimento di procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici, non trovando applicazione la normativa europea in tema di appalti pubblici allorché manchi un rapporto contrattuale, in senso stretto, tra due soggetti*», cit., 81. In giurisprudenza, v., ad esempio, Corte giust. sent. 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, in cui si chiarisce che «*un'autorità pubblica che sia una amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterna non appartenente ai propri servizi. In tal caso non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con entità giuridicamente distinta dall'Amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono, quindi, i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici*».

È, poi, sul requisito teleologico, consistente nella necessità che l'ente sia stato istituito e sia finalizzato al perseguimento di scopi di interesse generale aventi carattere non commerciale o industriale²² - poi specificato dalla disciplina successiva e, da ultimo, dall'art. 3, co. 1, lett. a del d. lgs. 50/2016 - che sono sorti i maggiori dubbi interpretativi, sia per quanto riguarda il profilo positivo (l'interesse generale), che quello negativo (il non svolgimento di attività commerciali o industriali)²³. Per quanto concerne il primo aspetto, per «*esigenze di interesse generale*» la giurisprudenza ha chiarito che si intende quelle «*di ampiezza e contenuto tali da giustificare la creazione di un apposito organismo, sottoposto all'influenza dominante della autorità pubblica, deputato alla loro soddisfazione*²⁴». Sul punto, le Sezioni Unite, con la pronuncia in esame, hanno specificato che le esigenze di interesse generale «*costituiscono una categoria più ampia all'interno della quale deve essere rinvenuta la sotto-categoria dei bisogni 'non industriali e commerciali', i quali devono essere individuati in base al contesto di riferimento e alle finalità perseguite dalle direttive in tema di appalti*». Per quanto attiene, infatti, al requisito negativo, deve trattarsi di bisogni che non abbiano natura né industriale né commerciale, ovvero che, «*da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, dall'altro, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza dominante*²⁵».

In sostanza, è necessario un duplice accertamento: non solo sul carattere "generale" degli interessi perseguiti, ma anche che questi ultimi siano di natura non industriale o commerciale. E tale carattere può dirsi sussistente, come

²² In tal senso, v. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, il quale osserva che «la qualifica pubblicistica va effettivamente riferita [...] al risultato e/o agli obiettivi, e come tale investe anche attività di soggetti privati, purché siano finalizzate e poste in essere in adempimento di doveri indicati dall'ordinamento generale», cit., pp. 347 s.

²³ Sull'argomento, cfr. F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (brevi note sull'organismo di diritto pubblico*, in *Serv. Pubbl. app.*, 2004, il quale sottolinea come «il requisito finalistico è apparso, da subito, sfuggente e riotto a classificazioni rassicuranti. [...]. La fonte di questi equivoci sta probabilmente nel fatto che le norme hanno riferito il requisito del carattere industriale o commerciale, appunto, ai bisogni da soddisfare, anziché all'attività esercitata dall'organismo, oggettivamente», cit., 246. Cfr. anche PIOGGIA A., *Sulla natura dei bisogni d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (a proposito della nozione di organismo di diritto pubblico)*, in *Riv. giur. quadr. serv. pubbl.* 1999, pp. 61 ss.

²⁴ Cass., SS. UU., 4 maggio 2006, n. 10218.

²⁵ Tra le tante, cfr. Corte giust., 22 maggio 2003, C-18/01, *Korhonen*; ID., 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding BV*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, II, p. 61.

chiarito dalla Corte di giustizia²⁶, allorché si tratti di bisogni che vengono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di servizi e beni sul mercato: in particolare, bisognerà accertare se l'ente opera in normali condizioni di mercato, se persegue scopi di lucro e se subisce le perdite commerciali connesse all'esercizio della sua attività: infatti, in queste ultime ipotesi, l'attività svolta avrà evidentemente natura commerciale o industriale.

Inoltre, con riferimento all'avverbio «*specificatamente*», le Sezioni Unite hanno precisato che esso sia volto ad indicare «*la volontà del legislatore di vincolare all'applicazione delle norme sugli appalti pubblici solo i soggetti istituiti allo scopo specifico di soddisfare interessi di carattere generale aventi carattere non industriale e commerciale e la cui attività risponda a tali esigenze*».

Si tratta, comunque, di requisiti non alternativi tra loro, ma cumulativi, in quanto per potersi definire un soggetto come un organismo di diritto pubblico occorre la loro necessaria compresenza²⁷: «*di conseguenza la mancanza anche di uno solo di essi porta ad escludere lo status di organismo di diritto pubblico e alla disapplicazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici*²⁸».

Dunque, da tali premesse emerge in maniera evidente una nozione funzionale, che guarda alla sostanza del fenomeno dell'organismo di diritto pubblico, più che a valutazioni di ordine formale: non conta che l'ente sia pubblico o privato, ma conta che, anche qualora operi in regime concorrenziale, l'attività svolta non sia ispirata a principi di economia che prevedono il pareggio tra costi e benefici. Infatti, le Sezioni Unite espressamente hanno chiarito che l'interpretazione dei requisiti – stabiliti dalla giurisprudenza prima e dal legislatore poi – «*deve essere svolta adottando un approccio di tipo funzionale che consenta di perseguire gli obiettivi di non discriminazione e tutela della concorrenza che la disciplina degli appalti pubblici si pone di perseverare*²⁹».

In altri termini, la pronuncia delle Sezioni Unite in esame si colloca nell'ambito di quell'orientamento - riconducibile, ad esempio, alla pronuncia del Consiglio di Stato, 26 maggio 2015, n. 2660 - volto a delineare una «*nozione funzionale e cangiante dell'ente pubblico*»: infatti, «*il criterio da utilizzare per tracciare il*

²⁶ In particolare, ci si riferisce a Corte giust., 22 maggio 2003, C-18/2001, *Taitotalo*, in *Il Foro amm. C.d.S.*, 2003, con nota di L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, 2498 ss; cfr. anche Corte giust., 27 febbraio 2003, C-373/2000.

²⁷ Corte giust., 5 ottobre 2017, C-567/15; in tal senso, anche Cass., SS. UU., 7 aprile 2014, n. 8051; Cass. SS. UU., 9 maggio 2011, n. 10068.

²⁸ Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11.

²⁹ Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11. In tal senso, cfr. Corte giust., 10 novembre 1998, C-360/96, *Arnhem*; Corte giust., 15 gennaio 1998, in C-44/96; Corte giust., 5 ottobre 2017, C-567/15, espressamente citate dalle stesse Sezioni Unite.

perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad esso sottesa».

È, infatti, a tale conclusione che giungono le Sezioni Unite con la pronuncia di cui si tratta, affermando che la categoria dell'organismo di diritto pubblico "costituisce il precipitato della c.d. nozione sostanzialistica di *Pubblica Amministrazione*" : in particolare, essa, «*in quanto funzionale alla liberalizzazione dei mercati e alla trasparenza, deve essere estensivamente intesa [...] e nella valutazione degli indici richiesti dalla norma deve essere privilegiato - ad un approccio formalistico - un approccio funzionale che tenga conto delle concrete modalità di azione della società*³⁰». In altri termini, si è giunti «a ridimensionare progressivamente il rilievo dei modelli formali, per adottare criteri sostanziali tagliati sull'osservazione delle finalità perseguite, della provenienza delle risorse finanziarie impiegate e della titolarità dei poteri organizzativi³¹».

3. Organismo di diritto pubblico e mercato concorrenziale.

La stessa concezione sostanzialistica, cui anche la più recente pronuncia delle Sezioni Unite fa riferimento, è dirimente con riguardo ad una questione su cui la giurisprudenza euro-unitaria si è a lungo interrogata: se il fatto che l'ente operi

³⁰ Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11. In tal senso, cfr. Corte giust., 5 ottobre 2017, C-567/15, in cui si chiarisce che «alla luce degli obiettivi delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, volte a escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, (...) la nozione di organismo pubblico deve essere interpretata in modo funzionale ed ampia», cit., par. 20.

³¹ Così, R. DI RAIMO, *La partecipazione pubblica agli enti del Libro I del codice civile nella normativa recente*, in F. GIGLIOTTI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, Napoli, 2018, cit., 119. In tal senso, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, il quale sottolinea che «registrare la qualificazione data dal legislatore o interrogarsi sulla natura giuridica dei vari enti [...] appare un modo improprio di impostare il problema dell'ambito di applicazione delle discipline pubbliche», nel senso che «in un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali, la questione sembra porsi in termini opposti: verificare quali norme orizzontalmente riferite alle amministrazioni e gli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati», cit., p. 177. Cfr. anche D. TREBASTONI, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2007, il quale rileva che «all'individuazione dei soggetti pubblici non si procede con riferimento a criteri formali di definizione, bensì sulla base di parametri di tipo sostanziale, dati in particolare dalla funzionalizzazione dell'attività della persona giuridica alla realizzazione di finalità di interesse generale e dall'inquadramento istituzionale della stessa nell'apparato organizzativo della P.A.»; in senso analogo, v. A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, pp. 145 ss.

in un mercato aperto alla concorrenza rappresenti di per sé una circostanza tale da escludere il requisito teleologico della funzionalizzazione al perseguimento di interessi pubblici aventi carattere non commerciale e industriale. In altri termini, a lungo è stato dibattuto se ai fini della configurabilità di un determinato soggetto quale organismo di diritto pubblico sia richiesto necessariamente lo svolgimento dell'attività in un contesto non concorrenziale.

Ebbene, il lungo dibattito viene astrattamente immaginato dal Consiglio di Stato³² come suddiviso essenzialmente in tre fasi.

La prima può essere individuata nel periodo antecedente al 2000, in cui, al fine di neutralizzare tentativi di aggiramento della normativa comunitaria, era accolta una nozione di organismo di diritto pubblico molto largheggiante, volta alla massima espansione applicativa della categoria in esame: l'obiettivo era snidare la pubblicità reale, imponendo ai soggetti sostanzialmente pubblici l'evidenza pubblica nella scelta del contraente³³. Nella prima fase, infatti, la circostanza che un ente svolgesse la sua attività in un mercato concorrenziale non era sufficiente ad impedirne la qualificazione come organismo di diritto pubblico. In sostanza, si riteneva che non ci fosse una incompatibilità assoluta tra i due termini del rapporto e che il fatto che un determinato organismo operasse in un mercato tendenzialmente aperto alla concorrenza di altri operatori non fosse di per sé sufficiente ad escludere la natura di organismo di diritto pubblico: al più, si sosteneva che tale circostanza rappresentasse un mero indizio di esclusione della natura di organismo di diritto pubblico. In altri termini, come chiarito dalla Corte di giustizia, *«il fatto che esista una concorrenza non è sufficiente ad escludere la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli Enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche»* e, anzi, *«la condizione che non vi siano imprese private che possano provvedere a soddisfare i bisogni per i quali l'ente di cui trattasi sia stato creato rischierebbe di svuotare di sostanza la nozione di organismo di diritto pubblico»³⁴.*

³² Ci si riferisce a Cons. St., 16 gennaio 2017, n. 108, par. 6.1.

³³ È sottolineata anche da Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574 secondo cui l'esigenza di *«evitare che i vantaggi derivanti dall'operare come P.A. possano essere trasposti nel settore in cui lo stesso soggetto svolge attività d'impresa, alterando così l'equi-ordinazione tra imprese pubbliche e private, posta a presidio delle regole della concorrenza»*.

³⁴ Così, Corte. Giust., 10 novembre 1998, C-360/96. In tal senso, cfr. anche Corte giust., 5 ottobre 2017, C-567/15; Corte giust., 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99. V. pure Cons. St., 18 dicembre 2017, n. 5930;; Cass. SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25770.

La seconda fase si apre con la pronuncia della Corte di giustizia del 10 maggio 2001 sull'Ente Fiera Milano³⁵ e sulla possibilità o meno di affermarne la natura di organismo di diritto pubblico. Ebbene, in tale fase, si è assistito ad una restrizione della nozione in esame, nel senso che la Corte di giustizia ha sostenuto che la sola circostanza che l'ente operasse in un mercato concorrenziale rappresentava un indizio sostanzialmente determinante al fine di escludere il carattere non industriale o commerciale dei bisogni perseguiti e, in via mediata, la sua configurabilità quale organismo di diritto pubblico. Più nello specifico, la Corte Europea ha sottolineato che la circostanza che l'Ente Fiera di Milano operasse secondo criteri di economicità, sopportando direttamente il rischio economico, impediva la sua qualificazione quale organismo di diritto pubblico, nonostante la relativa attività fosse caratterizzata dalla assenza di uno scopo di lucro.

Dunque, la seconda fase segna *«una sorta di inversione di tendenza nell'espansione applicativa dell'istituto dell'organismo di diritto pubblico»*³⁶ rispetto alla prima, in cui si riteneva che non ci fosse incompatibilità secca tra il modulo dell'organismo e lo svolgimento da parte dell'ente dell'attività all'interno del mercato concorrenziale.

La terza fase, infine, si apre con la pronuncia del Consiglio di Stato, n. 108/2017, sull'ente ACI Global: anche in tal caso, la questione verteva sulla qualificabilità di tale ente come organismo di diritto pubblico o meno, alla luce del fatto che esso operasse in un mercato concorrenziale. Il Consiglio di Stato è intervenuto chiarendo che la nozione di organismo di diritto pubblico non è incompatibile con il mercato concorrenziale, nel senso che lo svolgimento di attività nell'ambito del mercato concorrenziale è un mero indizio che da solo non esclude l'operatività del modulo in esame, *«dovendo tale circostanza essere integrata da ulteriori elementi e configurandosi come una sorta di presunzione semplice»*³⁷. Dunque, si registra un ritorno al passato, cioè alla prima fase, attraverso una riespansione della nozione di organismo di diritto pubblico. Anche perché per il Consiglio di Stato è utopistico immaginare che un ente da qualificare come organismo di diritto pubblico operi in logiche completamente avulse dal mercato, in quanto ciò *«rischierebbe di svuotare di sostanza la nozione di organismo di diritto pubblico»*. Proprio alla luce del fatto che non vi è assoluta incompatibilità tra mercato concorrenziale e organismo di diritto pubblico, il Consiglio di Stato

³⁵ Corte giust., 10 maggio 2001, Agorà c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, C-223/99.

³⁶ In tali termini si esprime Cons. St., 16 gennaio 2017, n. 108, par. 6.1.2.

³⁷ Così, Cons. St., 16 gennaio 2017, n. 108, par. 6.1.3.

chiarisce che l'ACI Global sia da ricondurre nell'ambito di tale categoria, in quanto dotata di personalità giuridica, finanziata dallo Stato e istituita al precipuo fine di perseguire un compito di pubblico interesse, quale il soccorso e l'assistenza stradale: in particolare, *«la circostanza per cui il settore del soccorso stradale sia aperto alla concorrenza non depone ex se nel senso della non qualificabilità di ACI Global come organismo di diritto pubblico»³⁸*.

Alle medesime conclusioni è giunta anche la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la pronuncia in esame, nella quale, in un'ottica funzionale e tenendo conto del fatto che si tratta di un *«mercato i cui connotati sono sempre più complessi»*, ha affermato la natura di organismo pubblico dell'ACI Global: infatti, non solo *«non sussistono dubbi in ordine alla sussistenza dei requisiti riguardanti la titolarità della personalità giuridica e il finanziamento e controllo maggioritario da parte di Aci, ente pubblico non economico»*, ma, per quanto riguarda il requisito teleologico, l'ACI Global *«è stata istituita al precipuo scopo di svolgere l'attività di pubblico interesse consistente nel soccorso e assistenza stradale, a cui il tracciamento elettronico dei veicoli, oggetto dell'appalto in esame, risulta strettamente funzionale. Tale servizio ha natura essenziale rispetto alla realizzazione della funzione pubblica di carattere generale a cui è chiamata istituzionalmente Aci (ente controllante) che nel proprio statuto prevede in modo espresso lo scopo di promuovere il miglioramento della sicurezza stradale e l'attuazione di forme di assistenza tecnica e stradale»³⁹*.

Dunque, anche la pronuncia in esame si inserisce perfettamente nella terza fase, registrando un ritorno al passato. Infatti, eccezion fatta per la sentenza attinente alla Fiera di Milano, la tendenza della giurisprudenza, interna ed europea, ha confermato il paradigma funzionale della figura dell'organismo di diritto pubblico⁴⁰. In particolare, le Sezioni Unite hanno chiarito che *«deve essere*

³⁸ Ancora, Cons. St., 16 gennaio 2017, n. 108, par. 6.4.

³⁹ Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 16.

⁴⁰ Sul tema, cfr. A. MITROTTI, *Natura giuridica della FIGC come organismo di diritto pubblico*, in *www.diritto.it*. Opportunamente, Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Foro.it*, 1999, III, chiarisce che *«l'adozione di un principio interpretativo improntato ad un nominalismo rigido comporterebbe [...] la frustrazione delle ragioni - tutela della libertà di concorrenza in primis - che hanno indotto il legislatore europeo a pervenire ad una nozione elastica di amministrazione ai fini della disciplina degli appalti. La creazione di società per azioni controllate da parte dell'Amministrazione pubblica - e quindi in sostanza strumenti alternativi a disposizione di quest'ultima per il perseguimento, con una forma privatistica più duttile, degli interessi istituzionali - sarebbe infatti un'agevole scappatoia percorribile dai soggetti pubblici per sottrarsi alle regole della gara comunitaria e, quindi, eludere, a parità di interessi pubblici coinvolti, il perseguimento delle finalità concorrenziali perseguite dalle direttive con la creazione della categoria elastica degli organismi di diritto pubblico»*, cit., p. 178.

condiviso l'orientamento - recepito anche dal Consiglio di Stato [...] che non considera determinante il mero fatto che la società operi in un mercato concorrenziale ai fini dell'esclusione della sua qualifica di organismo di diritto pubblico. Si tratta infatti esclusivamente di un indizio presuntivo, superabile con prova contraria, e non di un elemento dirimente⁴¹». Le Sezioni Unite, pertanto, sono giunte a concludere per «la non incompatibilità tra lo svolgimento di attività di impresa e l'operatività in settori contrassegnati da un'economia di mercato, da un lato, e la qualificabilità dell'ente come organismo di diritto pubblico, dall'altro».

4. (In)ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*?

Con riferimento all'organismo di diritto pubblico, poi, a lungo ha interessato la giurisprudenza un'altra questione particolarmente rilevante: quella attinente alla ammissibilità o meno dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua* (o anche organismo *parzialmente* di diritto pubblico). In particolare, nel caso in cui alcuni enti, muniti di personalità giuridica e soggetti alla influenza pubblica dominante, tra le molteplici attività, ne svolgano soltanto alcune volte al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale o commerciale, è discusso se questi siano sottoposti alla disciplina pubblicistica anche con riguardo alle attività non rivolte al soddisfacimento di tali bisogni; oppure, se sia immaginabile che un ente sia organismo di diritto pubblico non nella sua interezza, ma solo limitatamente ad una parte di attività, ossia quella diretta a perseguire interessi generali non aventi carattere industriale e commerciale.

Infatti, da un lato c'è l'esigenza di certezza del diritto; dall'altro, quella di evitare una «compromissione indiscriminata delle garanzie costituzionali della libertà di impresa⁴²», ex art. 41 Cost.

Ebbene, l'evoluzione della nozione di ente pubblico funzionale e cangiante incide evidentemente anche su tale dibattito.

In un primo momento, la Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, *Mannesmann*, nega la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*, alla luce della c.d. teoria del contagio, in forza della quale se un soggetto svolge solo parzialmente attività commerciale e industriale, la disciplina pubblicistica si applica a tutta l'attività, nel senso che la parte di essa non commerciale e industriale "contagia" anche l'altra porzione di attività⁴³. Dunque, nella sentenza

⁴¹ Così, Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11.

⁴² Così, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, cit., p. 199.

⁴³ Corte giust. UE 15 gennaio 1998, *Mannesmann*, C-44/96, in Racc., 1998, I-00073.

Mannesman si accoglie il canone del «*semel organismo semper organismo*»: l'attività di pubblico interesse è talmente preponderante che contagia anche la parte di attività privata svolta dal soggetto qualificato quale organismo di diritto pubblico. In sostanza, per esigenze di certezza del diritto, è necessario che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati; dunque, secondo tale teoria i principi dell'evidenza pubblica avrebbero una portata generalizzata rispetto a tutte le attività svolte dai soggetti istituiti e finalizzati al soddisfacimento di esigenze di interesse generali, anche se caratterizzate da una connotazione propriamente privatistica⁴⁴.

Nel caso specifico, la Corte di giustizia interviene sulla questione della qualificazione giuridica della tipografia di Stato austriaca, che svolgeva attività mista: da un lato, di interesse generale (in particolare, stampa di passaporti, carte d'identità); dall'altro attività commerciale (vendita di libri). La Corte, però, afferma che è talmente preponderante l'attività di tipografia di Stato che a questo tipo di ente debba sempre applicarsi il modulo dell'organismo di diritto pubblico e, di conseguenza, la normativa comunitaria in tema di appalti, non solo per le attività volte a soddisfare un bisogno generale di carattere non commerciale o industriale, ma anche per le attività propriamente industriali o commerciali.

Tale pronuncia è frutto della avvertita esigenza di evitare aggiramenti della normativa comunitaria e di ragioni «*di certezza del diritto, di trasparenza e di prevedibilità che regolano l'attuazione delle procedure di tutti gli appalti pubblici*», dal momento che è difficile distinguere la porzione di attività di interesse pubblico da quella più strettamente privatistica, ponendo «*in essere una siffatta separazione tra le differenti attività di un ente*», in quanto esso «*costituisce un'unica persona giuridica, che ha un regime patrimoniale e di proprietà unico e le cui decisioni in materia di direzione e di gestione sono adottate unitariamente*». Dunque, alla luce dei «*numerosi ostacoli di ordine pratico circa il controllo, ex ante e ex post, della assoluta separazione tra i*

⁴⁴ Sul tema, recentemente Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 394 ha ribadito che è necessario l'indizione della gara ai fini della individuazione del privato concessionario, e che «*i principi in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, di imparzialità e di trasparenza si applicano anche a materie diverse dagli appalti, essendo sufficiente che venga in rilievo un'attività suscettibile di apprezzamento in termini economici*». Ad esempio, con riferimento alle concessioni di beni pubblici «*la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto nella circostanza che mediante la concessione si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato: un bene pubblico 'economicamente contendibile' [...] può quindi essere dato in concessione ai privati, a scopi imprenditoriali, solo all'esito di una procedura comparativa ad evidenza pubblica*».

differenti settori di attività e dell'appartenenza dell'attività di cui trattasi a questo o a quel settore», anche l'attività privatistica sarebbe "contagiata", anche se «la soddisfazione dei bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte⁴⁵».

E tale attrazione alla disciplina pubblicistica di tutte le attività comunque poste in essere, estranee ai bisogni generali per i quali un soggetto è istituito, finalizzato e qualificato come organismo di diritto pubblico viene ribadita dalla successiva giurisprudenza, sia europea⁴⁶ che nazionale⁴⁷. In tempi recenti, anche le Sezioni Unite con la pronuncia in esame hanno pacificamente ammesso *«la possibilità che una società che si qualifichi come organismo di diritto pubblico svolga attività ulteriori rispetto a quella oggetto di interesse generale»*, aderendo, sostanzialmente, alla teoria del contagio *«non solo nel caso di organismo di diritto pubblico che opera in un sistema concorrenziale, ma anche alla società che svolga altre attività di lucro oltre a quella di interesse generale, nonché al caso in cui la stessa non sia interamente detenuta da un altro soggetto qualificabile come amministrazione aggiudicatrice ai sensi del diritto comunitario ma abbia delle partecipazioni private⁴⁸»*.

In sostanza, le Sezioni Unite, in linea con la giurisprudenza euro-unitaria, sono orientate nel senso di estendere la disciplina dei contratti pubblici *«anche agli appalti posti in essere dall'organismo nell'ambito di attività che non rispondano ad esigenze di ordine generale»*, al fine di *«evitare la formazione di zone franche all'interno delle quali si realizzi una indebita elusione della normativa comunitaria, nonché a perseguire la certezza del diritto, in forza della quale non è possibile scindere i campi di azione di un medesimo ente»*. Ed in tal senso la Suprema Corte, nella sua massima composizione, sottolinea la differenza dell'organismo di diritto pubblico rispetto alle imprese pubbliche che operano nei

⁴⁵ Corte giust., 15 gennaio 1998, C. 44/96, *Mannesmann*, par. 25.

⁴⁶ Corte giust., 17 dicembre 1998, C-306/1997, *Connemara Machine Turf Co. Ltd*; Corte giust., 10 aprile 2008, C-393/2006, *Ing. Aigner*, par. 54.

⁴⁷ Cass., SS. UU., 7 ottobre 2008, n. 24722, secondo la quale *«per la qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico non è necessario che il perseguimento di finalità generali assurga a scopo esclusivo, potendo coesistere con lo svolgimento, anche prevalente, di attività industriali o commerciali»*. V. pure Cass., SS. UU., 7 aprile 2010, n. 8225; Cons. St., Sez. VI, 24 novembre 2011, n. 3892, in cui si chiarisce che *«se A. è organismo di diritto pubblico, anche gli organi che ne sono emanazione devono seguire le relative regole, non potendo ammettersi che un organismo di diritto pubblico possa dismettere la sua veste semplicemente dando vita ad altre entità per perseguire la sua missione istituzionale»*; in tal senso, Cons. St., sez. VI 24 novembre 2011, n.6211; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 19 maggio 2016, n. 5886; ancora, Tar Lazio, II ter, n. 1778 del 2013.

⁴⁸ Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 12.

c.d. settori speciali (art. 114 d.lgs. 50/2016), alle quali non si applica la teoria del contagio alla luce della lettura incrociata dell'art. 20, comma 1, direttiva 2004/17 e art. 12 direttiva 2004/18.

Tuttavia, tale impostazione ha in sé il rischio di una clamorosa discriminazione rispetto ai soggetti privati che svolgono solo quel tipo di attività. Infatti, la ricostruzione della Corte di giustizia nella sentenza Mannesmann, poi ripresa da parte della giurisprudenza successiva e, da ultimo, anche dalle Sezioni Unite nella pronuncia in esame, viola il principio di proporzionalità, in forza del quale la regola deve essere parametrata all'obiettivo da raggiungere: infatti, l'applicazione della disciplina pubblicistica dell'evidenza pubblica all'attività privatistica risulta quantomeno sproporzionata, dal momento che limita fortemente il soggetto, sottoponendolo alle regole dell'evidenza pubblica, lì dove non sarebbe necessario.

Alla luce di tali perplessità, si sostiene che appaia più opportuno ritenere possibile l'ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*, attraverso una ricostruzione sia da un punto di vista normativo che giurisprudenziale.

Innanzitutto, che sia ammissibile l'organismo parzialmente di diritto pubblico è evidente dalle direttive UE. In particolare, l'art. 3, comma 3 della Direttiva 2014/24/UE prevede che ciascuna Amministrazione aggiudicatrice possa scegliere di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte, ciascuno dei quali soggetti a regimi giuridici diversi, in base alle caratteristiche della parte distinta di cui trattasi.

Inoltre, la ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua* emerge anche dall'art. 3 d. lgs. 50/2016, il quale, nel definire l'organismo di diritto pubblico, alla lett. t) utilizza la locuzione «*ai fini del presente codice*», chiarendo, dunque, che la nozione è limitata al Codice dei contratti pubblici.

Ancora, sempre nell'ambito del d. lgs. 50/2016, all'art. 28, si fa riferimento alla disciplina dei contratti misti, la quale può essere diversa a seconda del «*tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione*»; dunque, il contratto è unico, ma sono previste discipline diverse a seconda del tipo di appalto: è, cioè, contemplato un regime *in parte qua*.

Inoltre, l'art. 22, lett. e) l. 241/90 prevede che il diritto di accesso trovi applicazione anche in relazione a soggetti privati, «*limitatamente all'attività di interesse pubblico svolta*»: da tale norma emerge l'idea della possibilità che la disciplina pubblicistica si applichi solo *in parte qua*, cioè esclusivamente per una porzione di attività, ossia quella tesa allo svolgimento di attività di pubblico interesse. Ancora, sempre nell'ambito della legge sul procedimento

amministrativo, l'art. 29 prevede che essa si applichi anche alle società con totale o prevalente capitale pubblico, *«limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative»*: quindi, la norma non ne ammette una applicazione generalizzata, ma limitata a quella porzione di attività che sia espressione del potere pubblico⁴⁹.

Peraltro, la ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua* è stata più volte affermata anche a livello pretorio: infatti, la giurisprudenza ha chiarito in più occasioni la *«l'irrilevanza dello svolgimento da parte dell'organismo di altre attività»*, dal momento che *«il requisito del fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale, non implica che il soggetto sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere, ed anzi consente l'esercizio di altre attività»⁵⁰*. Coerentemente, anche le Sezioni Unite recentemente hanno chiarito che *«non risulta necessario che l'organismo eserciti [...] attività di interesse generale in modo esclusivo, potendo il medesimo soggetto svolgere altre attività, addirittura con carattere prevalente»⁵¹*.

In tal senso, particolarmente rilevante è la pronuncia dell'Adunanza plenaria, n. 16/2011, in tema di imprese pubbliche nei cc. dd. settori speciali. Per "impresa pubblica" ex art. 3, co. 2 lett. t) d. lgs. n. 50 del 2016 (nonché ex art. 2, lett. b, direttiva 2004/17; art. 3, comma 28, d. lgs. n. 163/2006) si intende quella su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione. E tale influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, oppure hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

⁴⁹ In tal senso, M. SANTISE, *Coordinate di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p. 68.

⁵⁰ Così, ad esempio, Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2001, n.1206, *Soc. Poste Italiane c. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato e altri*, cit., par. 2.4.

⁵¹ Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11. In senso analogo, Cons. St., 12 dicembre 2018n. 7031, secondo cui *«l'organismo di diritto pubblico si caratterizza per il suo asservimento al soddisfacimento di esigenze di interesse generale che persegue lasciandosi guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, quand'anche parte della sua operatività sia svolta sul mercato»*; cfr. pure Cons. St., 18 dicembre 2017, n. 5930; Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25770;; Corte Giustizia UE 5 ottobre 2017, C-567/15; 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99 e 10 novembre 1998, C-360/96).

La differenza tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica è nell'aspetto funzionale, come sottolineato dalla Corte di giustizia: «*la nozione di impresa pubblica è sempre stata diversa da quella di organismo di diritto pubblico, in quanto quest'ultimo è creato per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale, mentre le imprese pubbliche operano per rispondere ad esigenze di carattere industriale o commerciale*⁵²». Ebbene, quando la prima opera in settori speciali (ad esempio, Enel, Enigas), il legislatore compensa il monopolio con l'imposizione della procedura ad evidenza pubblica, ma in relazione ad attività connesse a tali particolari ambiti (ad esempio, erogazione del gas), nei quali il servizio di vigilanza all'interno dell'impresa pubblica è soggetta alle norme pubblicistiche. L'Adunanza plenaria n. 16 del 2011 ha chiarito che le imprese pubbliche sono attratte al diritto dei pubblici appalti (ovviamente riferendosi non a quello del 2016, ma al d. lgs. n. 163/2006), «*limitatamente ai settori speciali, e non in termini generali, [...] con conseguente inapplicabilità della teoria del contagio*⁵³». Mentre con riferimento alle attività che non sono direttamente espressione di settori speciali, cioè che non siano connesse ad essi da un rapporto di strumentalità, trova applicazione la disciplina privatistica. Ebbene, l'Adunanza plenaria ha stabilito che un'impresa pubblica segue la disciplina pubblicistica solo con riguardo alla parte di attività che attiene ai settori speciali. In sostanza, il d. lgs. n. 163 del 2006, prima, e il d. lgs. n. 50/2016, poi, hanno disposto che nei cc. dd. settori speciali l'impresa pubblica sia sostanzialmente ricondotta nella nozione di Pubblica Amministrazione, nel senso che deve ritenersi «*amministrazione aggiudicatrice*», soggetta alle regole dell'evidenza pubblica, al chiaro fine di tutelare la concorrenza ed il mercato. In sostanza, le imprese pubbliche sono imprese private che non sono soggette a regole pubblicistiche, ma in determinati settori speciali (gas, energia) sono tenute all'evidenza pubblica. Viceversa, allorché si tratti di appalto escluso dall'ambito dei settori speciali, l'applicabilità della disciplina di evidenza pubblica deve essere esclusa⁵⁴. Ancora, in giurisprudenza particolare rilievo ha assunto la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 13 del 2016, la quale ha chiarito che la nozione di organismo di diritto pubblico comporta «*l'ingresso della nozione funzionale di ente pubblico*». Ebbene, accogliendo tale nozione è possibile superare la teoria

⁵² Corte giust., 15 maggio 2003, C- 214/00, *Commissione C. Regno di Spagna*, cit., par. 44.

⁵³ Così, Cons. St., A.P., 2011, n. 16, cit., par. 21. In tal senso, cfr. anche Corte giust., 10 aprile 2008, C-393/06, *Aigner*, parr. 26, 27, 30

⁵⁴ Sul tema, cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, pp. 205 s.

del contagio per accedere alla diversa teoria in forza della quale le norme pubbliche devono essere applicate ai soggetti privati solo limitatamente all'attività di pubblico interesse svolta. Dunque, se si ammette la nozione di ente a geometria variabile, in un'ottica funzionale, allora la teoria del contagio affermata dalla sentenza Mannesmann non può che essere superata, attraverso la applicazione della disciplina pubblicistica solo limitatamente alla attività di pubblico interesse perseguita⁵⁵. L'Adunanza plenaria, alla luce di ciò, chiarisce che si applica la disciplina sull'accesso anche ai dipendenti di Poste Italiane S.p.A., solo limitatamente all'attività di pubblico interesse, ossia agli ambiti aventi *«autonoma rilevanza pubblicistica (e non di quotidiana gestione del contratto di lavoro)»*. Ad esempio, con riguardo *«alle prove selettive per l'assunzione del personale, alle progressioni di carriera e a provvedimenti attinenti l'auto-organizzazione degli uffici quando gli stessi incidano negativamente sugli interessi dei lavoratori»*, in tutti gli altri casi di applica la disciplina privatistica.

In altri termini, sulla questione della ammissibilità o meno dell'organismo parzialmente di diritto pubblico (o organismo di diritto pubblico *in parte qua*) sembra più opportuno sottolineare che la nozione funzionale di ente pubblico renda i tempi maturi per ammettere il superamento della teoria del contagio e la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*. Infatti, se è vero che la giurisprudenza ha riconosciuto che *«uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando, rispetto ad altri istituti, regimi normativi di natura privatistica»*⁵⁶, allora l'interprete deve di volta in volta *«domandarsi quale*

⁵⁵ Più nello specifico, l'Ad. plen. n. 13 del 2016 ha chiarito che se è indubbio che *«la possibilità di applicare una disciplina differenziata a soggetti cui sono affidate funzioni di interesse pubblico, ma operanti anche in ambito industriale o commerciale incide [...] sul principio di certezza del diritto»*, è anche vero che essa *«rispetta la sovranità degli Stati chiamati a scegliere il modulo organizzatorio per l'espletamento di attività di interesse generale, nel presupposto che efficienza e buon andamento dell'amministrazione possano essere assicurati anche attraverso gestioni, ispirate a criteri economici di stampo imprenditoriale»*.

⁵⁶ Così, Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Urb. e app.*, 2015, 663, cit., par. 16. In senso analogo, Cons. Stato, sez. VI, 1 giugno 2016, n. 2326, in cui si chiarisce che *«la perimetrazione della nozione di ente pubblico [può] variare sia in relazione ai settori, generali o particolari, che vengono in rilievo, sia in relazione, quando l'ente pubblico è identificato, alla specifica attività che deve svolgere»*. Analogamente, già F. DE LEONARDIS, *Soggettività pubblica ed azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, il quale afferma che non c'è *«alcuna difficoltà di carattere sistematico a sottoporre contemporaneamente un soggetto a regole pubblicistiche per ciò che riguarda l'esercizio della funzione, ossia in relazione a quegli atti che incidono sulla sfera giuridica dei destinatari dell'azione, e a regole sancite per i soggetti che operano nella sfera dell'autonomia privata per ciò che riguarda [...] atti che esauriscono la loro efficacia all'interno della persona*

sia la funzione di un certo istituto, quale sia la ratio di un determinato regime 'amministrativo', previsto dal legislatore, per poi verificare, tenuto conto delle caratteristiche sostanziali dal soggetto della cui natura si controverte, se quella funzione o quella ratio richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica⁵⁷».

È dunque più opportuno ritenere che solo all'attività di interesse generale e avente carattere non industriale o commerciale possa ritenersi applicabile la disciplina comunitaria in tema di appalti; invece, «con riguardo alla porzione relativa all'attività imprenditoriale non è necessario imporre limitazioni per la tutela della concorrenza⁵⁸».

5. Conclusioni.

Ebbene, se da un lato la tendenza è ad ampliare la nozione di organismo di diritto pubblico, ammettendo la compatibilità di esso con il mercato concorrenziale, dall'altro si tende a restringerla, ritenendo possibile la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*.

Appare più coerente, infatti, applicare il modulo dell'organismo di diritto pubblico non in maniera estensiva, ma proporzionata al caso concreto: come chiarito dalle Sezioni Unite 2019, infatti, possono essere ricondotti alla categoria di organismo di diritto pubblico non solo i soggetti che operano in un sistema concorrenziale,

giuridica in seno alla quale vengono ad essere. [...] la concreta disciplina [...] può (anzi deve) essere diversificata e differenziata», cit., p. 317 s. V. pure G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in «*Diritto pubblico*», 1998, pp. 661 ss.

⁵⁷ In tal senso, in dottrina R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, in cui si sottolinea come il riconoscimento della natura pubblica o meno di un determinato soggetto si fonda non su criteri «statici e formali, ma dinamici e funzionali, a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato», cit., p. 106.

⁵⁸ Così, M. SANTISE, *Coordinate di diritto amministrativo*, Torino, 2018, cit., p. 68. Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, «il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, non implica automaticamente la integrale sottoposizione dello stesso alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione», cit., 105. In tal senso, cfr. anche G. STRAZZA, *Organismo di diritto pubblico*, in *l'amministrativista.it*, 13 febbraio 2018, 11 e ss. Cfr. pure N. MACDONALD, *Ammissibilità o inammissibilità dell'organismo di diritto pubblico in parte qua*, in *SalvisJuribus*, 23 settembre 2017, secondo il quale «una tale estensione generalizzata della normativa comunitaria, da applicarsi prescindendo dall'accertamento del connotato pubblicistico proprio della singola attività svolta dall'organismo di diritto pubblico, appare esagerata ed irrazionale: *in primis*, appare in contrasto con quella libertà di impresa riconosciuta e tutelata dall'art. 41 della Costituzione come fonte di benessere e di sviluppo del singolo individuo e quindi della collettività, ma anche con la stessa *ratio* della disciplina comunitaria, la quale mira solo ad evitare che un ente operante nel sistema economico europeo alteri la concorrenza nel mercato, lasciandosi guidare da considerazioni non economiche nella scelta dei soggetti con cui contrarre».

«*ma anche [...] società che svolga[no] altre attività di lucro oltre a quella di interesse generale, nonché [il] caso in cui la stessa non sia interamente detenuta da un altro soggetto qualificabile come amministrazione aggiudicatrice ai sensi del diritto comunitario ma abbia delle partecipazioni private*⁵⁹». Tuttavia - alla luce della nozione sostanzialistica di soggettività pubblica cui si è ampiamente fatto riferimento e in un'ottica di proporzionalità - con riguardo alla porzione di attività imprenditoriale non appare necessario imporre il rispetto dei principi della evidenza pubblica, che è la *ratio* della creazione stessa del modulo di organismo di diritto pubblico.

Dunque, al fine di definire la natura di organismo di diritto pubblico di un soggetto, alla luce dei criteri enucleati all'art. 3, lett. d), d. lgs. 50/2016, chiariscono le Sezioni Unite che è necessario tenere conto innanzitutto del «*tipo di attività svolta dalla società e all'accertamento che tale attività sia rivolta alla realizzazione di un interesse generale, ovvero che sia necessaria affinché la pubblica amministrazione possa soddisfare le esigenze di interesse generale alle quali è chiamata*». Inoltre, occorre che «*tale società si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche*», ossia che essa «*non fondi la propria attività principale su criteri di rendimento, efficacia e redditività e che non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività i quali devono ricadere sull'amministrazione controllante*».

In altri termini, «*ai fini della qualificazione di una società come organismo di diritto pubblico, per stabilire se essa agisca per un fine di interesse generale, occorre procedere ad una valutazione in concreto degli elementi di fatto e di diritto che connotano l'agire della stessa*⁶⁰».

In sintesi, quindi, l'organismo di diritto pubblico è un criterio di qualificazione, volta ad imporre ad un soggetto sostanzialmente pubblico l'applicazione della disciplina pubblicistica, ma limitatamente all'attività di pubblico interesse da esso svolta, ove si ammetta, come sembra opportuno per le ragioni enunciate, la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*.

C'è chi, tra l'altro, ricostruisce il modulo dell'organismo di diritto pubblico come totalizzante, nel senso che l'ente pubblico sarebbe definito tramite gli indici di riconoscimento dell'organismo di diritto pubblico, che rappresenterebbe figura

⁵⁹ Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 12.

⁶⁰ Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 15. In tal senso già Cass., SS. UU., 10 aprile 2010, n. 8225, in cui espressamente si specificò la necessità di «*valutare l'esistenza o meno di un bisogno avente carattere non industriale o commerciale, tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali i fatti che hanno presieduto alla creazione dell'organismo interessato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività*».

di riferimento generale: in sostanza, parte della dottrina attribuisce alla figura dell'organismo di diritto pubblico «la somma funzione di nuovo paradigma della soggettività pubblica in grado, mediante l'applicazione di noti indici sintomatici, di discriminare il pubblico dal privato e di scorgere la vera natura dei soggetti⁶¹». E la giurisprudenza definisce l'organismo di diritto pubblico come «*criterio di qualificazione*», nel senso che la rispondenza a determinati criteri di quel soggetto comporta delle rilevanti conseguenze.

Tuttavia, sebbene ci sia chi, in un'ottica panpubblicistica, sostiene che stia diventando ininfluyente interrogarsi sulla natura giuridica dei vari enti, dal momento che «le regole pubblicistiche ben possono applicarsi anche a soggetti aventi natura autenticamente privata, qualora siano preposti alla cura di interessi generali⁶²», è opportuno chiarire che la qualificazione in termini pubblicistici o privatistici si ponga ancora con grande attualità⁶³, poiché utile a valutare l'applicabilità o meno di determinati regimi normativi che presuppongono una nozione sostanziale di pubblica amministrazione.

Se si ritiene che l'organismo di diritto pubblico rappresenti un criterio qualificante che nasce nell'ambito del diritto europeo al fine di attrarre nella sfera di

⁶¹ Così, F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, cit., p. 52. In tal senso, v. anche E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, fa riferimento ad un «criticabile atteggiamento volto ad abbandonare quella prospettiva strumentale che considera l'organismo come figura strettamente – e limitatamente – legata al problema dell'applicazione della disciplina sugli appalti, per accedere invece all'idea secondo cui il diritto dell'Unione europea avrebbe addirittura modificato i confini della nozione di amministrazione pubblica, nel senso che l'organismo andrebbe qualificato nel diritto interno come ente pubblico a tutti gli effetti», cit., p. 108.

⁶² Così M. CARRA', W. GASPARRI, *Elementi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, cit., p. 89. Sul punto, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, il quale chiarisce che il fenomeno amministrativo è «ormai retto da combinazioni variamente articolate di norme pubbliche e regole civilistiche», al punto da non prestarsi più «ad essere letto attraverso la lente della grande dicotomia. [...] Le sue categorie non si determinano più per confronto e in opposizione al diritto civile, ma in relazione a discipline, disaggregabili e scomponibili e con confini mai fissi e netti, di attività oggettivamente valutate per il carattere funzionale e per i riflessi sui terzi», cit., 235, 244. In senso analogo, G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Servizi Pubblici e appalti*, II, Milano, 2004, secondo il quale «pur esistendo le due polarità, pubblico e privato, fra le due esiste una serie frastagliata di fattispecie che hanno profili dell'una e dell'altra: le figure possono essere pubbliche in vario modo, così come private in vario modo», cit., 226. Sull'argomento, cfr. anche V. CERULLI IRELLI, *Verso la contrazione dell'area pubblica: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in S. CASESE, G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000.

⁶³ Sull'argomento, S. PUGLIATTI, voce «Diritto pubblico e privato», *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, cit., 696. «ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, e quanto più acuta è la crisi i più inclinano a negare la distinzione, cioè si fermano alla superficie e dimenticano che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento, la sistematicità, è nella dinamica dei due termini: pubblico e privato», cit. p. 696.

operatività della disciplina dei contratti pubblici soggetti sostanzialmente pubblici indipendentemente dalla loro forma giuridica, in realtà occorre chiarire che tale nozione assume rilevanza soltanto in tale ambito, producendo degli effetti giuridici ad esso limitati. Infatti, il modulo dell'organismo di diritto pubblico deve essere tenuto distinto dalla nozione di "pubblica amministrazione" o di "soggetto pubblico": in particolare, esso è «*equiparato all'ente pubblico quando aggiudica contratti, rimanendo, però, di regola, nello svolgimento di altre attività un soggetto che tendenzialmente opera secondo il diritto privato*⁶⁴». In sostanza, un determinato soggetto che sia in possesso di tutti i requisiti tipici dell'organismo di diritto pubblico - delineati dalla giurisprudenza, prima, e dal legislatore, poi - senz'altro è tenuto al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, al pari della pubblica amministrazione; tuttavia, con riferimento ad altri fini e ad altri istituti, viene meno la rilevanza dell'organismo di diritto pubblico, trattandosi di una qualificazione che entra in gioco solo con riguardo ad un determinato ambito del diritto⁶⁵.

⁶⁴ Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Urb. e app.*, 2015, p. 663.

⁶⁵ In tal senso, cfr., ad es., G. GARGANO, *Contributo allo studio della soggettività pubblica. Gli effetti della soggettività "speciale" tra natura del soggetto e volontà del legislatore nazionale e comunitario*, Napoli, 2017, pp. 294 s. In senso analogo, M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2005, pp. 186 ss.

Fatturazione elettronica: tra lotta all'evasione e tutela della Privacy.

di Alessia TOMO*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** L'obbligo generalizzato di fatturazione elettronica. **2.1.** IVA e fatturazione elettronica, tra Italia ed Unione Europea. **2.2.** L'autorizzazione del Consiglio ed il quadro europeo. **3.** Il dialogo tra Agenzia delle Entrate e Garante Privacy in tema di conservazione dei dati personali delle fatture elettroniche. **4.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: *Problems related to taxpayers' privacy are objects of increasing attention, because of the introduction of the UE Regulation 2016/679 of 27th April 2016, the so-called G.D.P.R. General Data Protection Regulation, and the introduction of the generalised electronic invoicing obligation for all the VAT operation, B2G, B2B and B2C, since 1st January 2019.*

The aim of this paper is to analyse this recent obligation, that the Italian Legislator introduced with the aim of help combat fraud and evasion, boost efforts at digitalisation and simplify tax collection.

However the Italian Data Protection Authority, that is the supervisory authority responsible for monitoring application of the General Data Protection Regulation, established that this Italian legislation concerning the generalised electronic invoicing obligation infringed the GDPR.

This pronouncement is an interesting way to analyse the necessity to interest balancing between the contrast to tax evasion and the privacy rights.

It appears interesting to analyse if the new Italian measure is really necessary and if it could be considering proportionate, because we must consider that the Italian Fiscal Administration is not able to use all the data that it already have. So the question is: is it really necessary to keep new taxpayers' data to fight the tax evasion?

1. Introduzione.

**Dottoranda di ricerca in "Diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo", presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope e Cultore della materia in Diritto finanziario presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

Sviluppo tecnologico, digitalizzazione e scambio di dati hanno avuto un *boom* senza precedenti negli ultimi anni.

L'affermarsi della diffusione delle tecnologie digitali sta portando ad una produzione di dati ormai quasi incalcolabile¹.

Titolari dell'incameramento di tali dati in questo contesto della c.d. *I.o.T.* – *Internet of Things* non sono solo le società, che utilizzano tali dati ai fini dell'incremento della propria attività produttiva, ma anche le Pubbliche Amministrazioni² ed in particolare, per quel che interessa nella presente sede, l'Amministrazione Finanziaria. Quest'ultima, in particolare, si "serve" degli sviluppi tecnologici, al fine di rendere più efficace ed efficiente l'attività di controllo e, di conseguenza, di lotta all'evasione fiscale.

Nel contempo, sviluppo tecnologico e digitalizzazione hanno contribuito all'incremento della crescente attenzione al trattamento dei dati personali, la cui disciplina assume un ruolo sempre più rilevante nell'ordinamento italiano ed europeo. Tale tendenza ha senz'altro subito un ingente potenziamento con l'entrata in vigore del Regolamento 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, c.d. *G.D.P.R. General Data Protection Regulation*³.

¹ A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018, la quale osserva che "è stato calcolato che solo nel 2012 sono stati prodotti più dati che nei precedenti 5000 anni".

² Al riguardo si riporta il contenuto del Considerando 6 al Regolamento UE 2016/679, che prevede: "La rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che le riguardano. La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali".

³ L'entrata in vigore di tale Regolamento ha comportato, in Italia, l'abrogazione degli articoli di cui al d.lgs. 196/2003 con esso incompatibili. Per una analisi del nuovo Regolamento EU, si vedano, tra i più recenti, D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, in *Federalismi.it*, n. 20 del 24/10/2018; C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi.it*, n. 22 del 21/11/2018; L. CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in *Federalismi.it*, n. 4 del 14/2/2018; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, Milano, 2018; F. DI RESTA, *La nuova 'Privacy europea': I principali adempimenti del regolamento UE 2016 e profili risarcitori*, Torino, 2018; L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; G. FINOCCHIARO, *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali – Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*,

È innegabile che la crescente attenzione alla tutela del trattamento dei dati personali derivi anche da una crescita senza eguali dello scambio e incameramento di dati tramite il *web*, avvenuta negli ultimi anni in una *società dell'informazione e della comunicazione*⁴ sempre più distante da quel desiderato "right to be let alone"⁵.

In realtà, nello specifico ambito dei rapporti tra contribuente ed Amministrazione finanziaria, le problematiche sono tutt'altro che recenti. Basti ricordare la nota *querelle* relativa all'utilizzo ed alla conservazione dei dati personali in sede di accertamenti sintetici ed induttivi, che ha richiesto l'intervento del Garante della *Privacy* e la successiva modifica dello strumento del "redditometro"⁶. Ed ancora le note problematiche relative alla violazione della *privacy* derivante dalla pubblicazione delle dichiarazioni dei redditi⁷.

E difatti il Garante per la protezione dei dati personali è chiamato con cadenza frequente a fornire pareri all'Amministrazione finanziaria in ragione dell'immensa quantità di dati sensibili che quest'ultima si trova a dover "gestire" quotidianamente.

È facilmente intuibile come tali pareri si rendano necessari, poiché oggi il Fisco, grazie ai dati posseduti nell'Anagrafe tributaria, forniti dagli stessi contribuenti, è addirittura in grado di "redigere" le c.d. dichiarazioni pre-compilate.

Torino, 2016; G. BUTTARELLI, *The EU GDPR as a clarion call for a new global digital gold standard*, in *International Data Privacy Law*, n. 2/2016; L. BOLOGNINI, E. PELLINO, C. BISTOLFI (a cura di), *Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016; S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova 2016; G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Roma, 2016.

⁴ A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, cit.; Id., *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009.

⁵ S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, n. 5/1980.

⁶ Senza alcuna pretesa di esaustività, sulla problematica relativa alla disciplina del c.d. "nuovo redditometro" si rinvia a A. MARCHESELLI, A. CONTRINO, *Il "redditometro 2.0" tra esigenze di Privacy, efficienza dell'accertamento e tutela del contribuente*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4/2014, pp. 679 e ss.; F. AMATUCCI, *L'accertamento sintetico e il nuovo redditometro*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 3/2014; N. RAGGI, *Stop al nuovo redditometro in nome della "privacy"*, in *GT- Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, n. 2/2014, pp. 170 e ss.; F. TERRUSI, *La prima dirimente giurisprudenza di merito sul nuovo redditometro: la tutela del contribuente e i problemi di privacy, giurisdizione e retroattività*, in *Rivista di Diritto Tributario*, n. 12/2013, pp. 1219 e ss.; S. SICA, *"Redditometro" e protezione dei dati personali: una difficile coabitazione*, in *Corriere Giuridico*, n. 5/2013, pp. 597 e ss..

⁷ Sulla problematica relativa all'intervento del Garante privacy in tema di pubblicazione delle dichiarazioni si rinvia a P. BORIA, *La privacy dei contribuenti e la dichiarazione tributaria*, in *Aa. Vv., Consenso, equità e imparzialità nello statuto del contribuente*, (a cura di) G. MARONGIU, 2012; Id., *La privacy dei contribuenti e la dichiarazione tributaria*, in *Rivista di Diritto Tributario*, n. 1/2006, pp. 183 e ss..

La problematica, in realtà, è sempre la medesima: il trattamento e la conservazione dei dati sensibili dei contribuenti di cui l'Amministrazione finanziaria viene in possesso.

Tra questi, grande impatto, anche mediatico, hanno avuto i provvedimenti negativi resi negli ultimi anni dal Garante, dapprima nel 2013 in tema di redditometro ed appena pochi mesi fa in tema di fatturazione elettronica.

Proprio in tale settore, di recente l'Autorità garante, non preventivamente consultata, è intervenuta per "bocciare" i provvedimenti adottati dall'Agenzia delle Entrate relativamente alle modalità di gestione e conservazione dei dati sensibili – non fiscalmente rilevanti – dei contribuenti; dati di cui l'Amministrazione viene oggi a conoscenza, all'esito del generalizzato obbligo di emissione di fatture in formato elettronico.

In particolare, nella presente sede, ci si soffermerà sulla disciplina della fatturazione elettronica in vigore dal 1° gennaio 2019, nonché sulle più recenti pronunce rese in merito dal Garante del trattamento dei dati personali.

È inevitabile anticipare sin d'ora che tali ultimi provvedimenti "negativi" resi dall'Autorità, avrebbero potuto essere evitati mediante una consultazione preventiva all'emissione dei provvedimenti resi dal Dirigente dell'Agenzia delle Entrate⁸.

Del resto *"Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerata alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità"*⁹. E difatti, l'obiettivo è anche di interrogarsi sul se possa ritenersi utile che l'Amministrazione finanziaria, già in possesso di grandi quantità di dati dei contribuenti, ne incameri di ulteriori¹⁰ e se, effettivamente, tale attività possa ritenersi utile al fine di rendere più efficace ed efficiente l'attività di lotta all'evasione. Ciò soprattutto in campo IVA, nel quale, come tristemente noto,

⁸ Ciò sulla scorta di quanto previsto dall'art. 36, paragrafo 4, del citato Regolamento UE.

⁹ Così il secondo periodo del Considerando n. 4 al Regolamento UE.

¹⁰ Art. 5.1, lett. c) del Regolamento UE che disciplina il c.d. "principio di necessità" che richiede che i dati raccolti siano collegati ad un nesso di pertinenza rispetto alle finalità perseguite, al fine di evitare che vengano raccolti dati eccedenti. Sul punto si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività a C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, cit.; L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016; P. GUARDA, *Profili giuridici della sicurezza informatica*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Santarcangelo di Romagna, 2016; R. D'ORAZIO, *Il principio di necessità nel trattamento dei dati*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007.

l'Italia occupa il gradino più alto del podio europeo come Stato membro con *Tax Gap* più elevato¹¹.

2. L'obbligo generalizzato di fatturazione elettronica.

2.1. IVA e fatturazione elettronica, tra Italia ed Unione Europea.

Nell'ambito della disciplina comune dell'imposta sul valore aggiunto, si ricorda brevemente che la fattura¹² è lo strumento mediante il quale si realizza il meccanismo di detrazione e rivalsa, volto alla realizzazione della "neutralità" dell'imposta in questione nei c.d. "passaggi intermedi" tra i diversi soggetti passivi d'imposta. In tal modo l'imposta è destinata ad incidere, in misura pari al valore aggiunto nel procedimento produttivo, esclusivamente sul consumatore finale, definito, difatti, "soggetto inciso"¹³.

Ai fini del corretto funzionamento di tale meccanismo, è necessario che gli acquisti per i quali il soggetto passivo ha corrisposto l'IVA vengano impiegati per la produzione di beni e/o servizi che formano oggetto della sua attività, a loro volta soggetti ad IVA. In tal caso, egli avrà il diritto di detrarre dall'importo dell'IVA da versare all'erario, l'importo dell'IVA dovuta o assolta per i beni e/o per i servizi che gli sono resi da un altro soggetto passivo IVA.

¹¹ Per *Tax Gap IVA*, c.d. *VAT Gap*, si intende la differenza tra l'IVA da incassare e l'IVA effettivamente riscossa nei diversi Stati membri. In merito si veda "Study and Reports on the VAT Gap in the EU-28 Member States: 2017 Final Report", TAXUD/2015/CC/131, in https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/study_and_reports_on_the_vat_gap_2017.pdf.

¹² Dati normativi di riferimento in merito alla definizione, contenuto ed emissione delle fatture, Direttiva n. 2006/112/CE, Capo II e, per la relativa disciplina italiana, d.P.R. 633/1972, art. 21, rubricato proprio "Fatturazione delle operazioni".

¹³ Si vedano, senza pretesa di esaustività, M. BASILAVECCHIA, *La detrazione IVA tra forma e sostanza*, in *Corriere tributario*, n. 1/2019, pp. 35 e ss.; M. GREGGI, *Frodi fiscali e neutralità del tributo nella disciplina dell'IVA*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, I, 115; ID., *Il principio di inerenza nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto*, Pisa, 2013; M. DAMIANI, *La detraibilità IVA nel «Reverse charge» spetta anche in caso di violazioni contabili-«Reverse charge»: riconosciuto il carattere formale delle violazioni ma resta il nodo sanzioni*, in *GT-Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2015, VII; N. FORTE, *Il nuovo manuale dell'IVA 2015*, Seconda Edizione, 2015, 773; A. MONDINI, *Il principio di inerenza nel sistema dell'IVA tra "mito" e perfettibile realtà*, in Aa.Vv., *I principi europei di diritto tributario*, (a cura di) A. DI PIETRO, T. TASSANI, Padova, 2013; H. KOGELS, *Making VAT as Neutral as Possible*, in *EC Tax Review*, 2012, V, 203; M. AUJEAN, *Harmonization of VAT in the EU: Back to the Future*, in *EC Tax Review*, 2012, III, 134; F. TESAURO, *Il principio europeo di neutralità dell'IVA e le norme nazionali non compatibili in materia di rimborso dell'indebito*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 1238; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Seconda Edizione, Milano, 2007, 366; L. SALVINI, *Rivalsa, detrazione e capacità contributiva nell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rivista di Diritto tributario*, 1993, I, 1287; F. GALLO, *Profili di una teoria dell'imposta sul valore aggiunto*, Roma, 1974, *passim*; A. FANTOZZI, *Presupposto e soggetti passivi dell'IVA*, 1972, *passim*.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁴ ha più volte ribadito che la necessaria salvaguardia del principio di neutralità esige che, se gli obblighi sostanziali sono soddisfatti, la detrazione a monte deve essere garantita. Pertanto, l'Amministrazione finanziaria di uno Stato membro non può imporre condizioni supplementari che abbiano l'effetto di pregiudicare l'esercizio del diritto alla detrazione.

Tuttavia, sebbene la previsione di limiti da parte delle legislazioni nazionali si rende necessaria al fine di contrastare le pratiche abusive cui la disciplina dell'IVA tende, tristemente, a prestarsi¹⁵, tale potere esercitato dagli Stati membri, seppur con il "lodevole" fine di preservare i crediti erariali, non deve eccedere quanto necessario al raggiungimento di tale scopo¹⁶. In caso contrario verrebbe minato il corretto esercizio del diritto alla detrazione IVA, corollario del principio di neutralità.

In ogni caso, la nota consapevolezza dell'evasione in campo IVA, ha portato l'Unione Europea ad apportare modifiche all'impianto della disciplina comune e, in particolare, al fine di promuovere la diffusione della fatturazione con modalità

¹⁴ Tra le più recenti, si vedano, Corte Giust. UE, sent. 7/8/2018, C-16/17, sent. 16/3/2017, *Bimotor*, C-211/16; sent. 15/9/16, *Barlis*, C-516/14, sent. 6/12/2012, *Bonik*, C-285/11; sent. 18/12/2014, *Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti*, C-131/13, C-163/13 e C-164/13; sentenza 11/12/2014, *Idexx Laboratories Italia*, C-590/13.

¹⁵ M. BASILAVECCHIA, *La neutralità dell'IVA, tra effettività e cautele*, in *Rassegna tributaria*, 2016, IV, 901; A. COMELLI, *L'armonizzazione (e il ravvicinamento) fiscale tra lo "spazio unico europeo dell'iva", la direttiva del Consiglio "contro le pratiche di elusione fiscale" e l'abuso del diritto, in Diritto e Pratica Tributaria*, 2018, IV, 1397; H. KOGELS, *The Sweet Dream of a Simple VAT Rate Structure*, in *EC Tax Review*, 2017; A. GIOVANARDI, *Le frodi iva: Profili ricostruttivi*, Torino, 2013; M. BEGHIN, *Le frodi iva e il malleabile principio di neutralità del tributo*, in *Corriere Tributario*, 2010, 1511; L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione europea*, Milano, 2010, p. 26.

¹⁶ Sul punto, si rinvia, senza pretesa di esaustività, a quanto riconosciuto in tema di "principio di proporzionalità", F. AMATUCCI, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Quarta Edizione, Torino, 2018; G. PETRILLO, *L'esigenza di individuare una netta linea di demarcazione fra abuso ed evasione nell'art. 10-bis l. n. 212/2000*, in Aa.Vv., *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale*, (a cura di) F. AMATUCCI e R. CORDEIRO GUERRA, Roma, 2016, p. 151.; G. PETRILLO, *Il principio di proporzionalità nell'azione amministrativa di accertamento tributario*, Roma, 2015; A. DI PIETRO, T. TASSANI (a cura di), *I principi europei del diritto tributario*, Padova 2013, *passim*; F. AMATUCCI, *Il rafforzamento dei principi comunitari europei e l'unicità del sistema fiscale nazionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, 2013, I, 4; A. MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europeo*, Pisa, 2012; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Settima Edizione, 2012, p. 109; G. MELIS, *L'interpretazione del diritto tributario europeo e internazionale*, in Aa.Vv., *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, (a cura di) C. SACCHETTO, Torino, 2011; P. MARCHESSOU, *Uguaglianza e proporzionalità nel diritto tributario*, in Aa.Vv., *Per una Costituzione fiscale europea*, (a cura di) A. DI PIETRO, Padova, 2008; A. MELONCELLI, *Il controllo di proporzionalità e la giurisprudenza comunitaria in materia fiscale*, in *Rivista di Diritto tributario*, 2005, VII-VIII.

elettroniche, è stata ampiamente modificata la previgente disciplina di cui alla Direttiva 2006/112/CE¹⁷.

Come è noto, a livello dell'Unione europea, non è previsto ancora alcun obbligo generalizzato di fatturazione elettronica, tranne che in determinati settori, quale quello degli appalti pubblici. In tale settore, difatti, la Direttiva 2014/55/UE ha imposto agli Stati membri l'obbligo di recepire l'esclusività della fatturazione con modalità elettroniche entro il 27 novembre 2018, al fine di omogeneizzare i sistemi fiscali in tale specifico settore, di sviluppare l'economia digitale e di agevolare i controlli da parte delle Amministrazioni fiscali nazionali ed al fine di ridurre il c.d. "VAT Gap", obiettivo costantemente monitorato dall'Unione europea¹⁸.

La definizione di "fattura elettronica" può essere ricavata dalla disposizione di cui all'art. 218 della Direttiva 2006/112/CE che prevede testualmente che *"Ai fini della presente direttiva gli Stati membri accettano come fattura ogni documento o messaggio cartaceo o elettronico che soddisfa le condizioni stabilite dal presente capo"*.

La nozione di fattura elettronica è stata introdotta nell'ordinamento italiano nel 2004¹⁹, mediante la modifica del previgente e richiamato art. 21 del d.P.R. 633/1972, recante *"Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto"*, ulteriormente modificato, da ultimo, nel 2018²⁰.

In Italia, dal 2014 la fatturazione elettronica è divenuta obbligatoria per le fatture emesse nei confronti dei Ministeri, delle Agenzie fiscali e degli Enti nazionali di previdenza. Tale obbligo è stato poi esteso, dal marzo 2015, alle fatture emesse nei confronti di tutte le Pubbliche Amministrazioni (c.d. *B2G – Business to Government*)²¹. Ancora tale obbligo è stato esteso, dal luglio 2018, a tutte le

¹⁷ Tale modifica è stata apportata dalla Direttiva 2010/45/UE, c.d. "Seconda Direttiva UE".

¹⁸ Si rinvia al Report 2017, nota 3.

¹⁹ D.lgs. 20 febbraio 2004, n. 52, recante *"Attuazione della direttiva 2001/115/CE che semplifica ed armonizza le modalità di fatturazione in materia di IVA"*.

²⁰ D.l. 23 ottobre 2018, n. 119, recante *"Disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria"*, convertito con modificazioni in l. 17 dicembre 2018, n. 136.

²¹ La legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 1, comma 209, recante *"Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)"* ha introdotto l'obbligo di trasmissione elettronica delle fatture emesse nei confronti della Pubblica Amministrazione *"al fine di semplificare il procedimento di fatturazione e registrazione delle operazioni imponibili"*. In attuazione di tale disposizione, il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 55 del 3 aprile 2013, recante *"Regolamento in materia di emissione, trasmissione e ricevimento della fattura elettronica da applicarsi alle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 1, commi da 209 a 213, della legge 24 dicembre 2007, n. 244"*, ha introdotto l'obbligo di fatturazione elettronica per le fatture emesse nei confronti dei Ministeri, delle Agenzie fiscali ed enti nazionali di previdenza

prestazioni rese da subappaltatori e subcontraenti che operano nella filiera delle imprese degli appalti pubblici, nonché alle cessioni di benzina o gasolio destinati all'utilizzo come carburanti per motori.

In particolare, per quanto inerente la presente analisi, si evidenzia che la legge di bilancio 2018²² ha esteso l'obbligo di fatturazione elettronica alle cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra due soggetti passivi IVA (operazioni c.d. *B2B – Business to Business*), nonché alle operazioni effettuate nei confronti del consumatore finale (operazioni c.d. *B2C – Business to Consumer*)²³.

In realtà, come anticipato, per quanto attiene le operazioni c.d. *Business to Business*, la possibilità di emettere fatture elettroniche era già consentita, ma era una mera facoltà offerta agli operatori.

Ed invece, dal 1° gennaio 2019²⁴, è divenuta obbligatoria l'emissione di fatture in formato elettronico per tutte le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate tra soggetti residenti o stabiliti in Italia²⁵.

La disciplina dell'emissione, trasmissione e conservazione delle fatture elettroniche è stata adottata mediante due provvedimenti resi dal Direttore dell'Agenzia delle Entrate: provvedimento n. 89757 del 30 aprile 2018 e provvedimento n. 291241 del 5 novembre 2018. Tale disciplina è stata poi opportunamente modificata all'esito dell'intervento del Garante per la protezione dei dati personali, di cui si dirà innanzi²⁶.

a far data dal 6 giugno 2014 ed ha previsto l'estensione di tale obbligo alle fatture emesse nei confronti di tutte le altre Pubbliche Amministrazioni a far data dal 31 marzo 2015.

²² Legge 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1, comma 909, recante "*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*" ha modificato l'art. 1 del d.lgs. 5 agosto 2015, n. 127, che, al fine di incentivare la fatturazione elettronica, aveva predisposto la possibilità di utilizzare gratuitamente dal 1° luglio 2016 il servizio di generazione, trasmissione e conservazione delle fatture in formato elettronico fornito dall'Agenzia delle Entrate

²³ Tale obbligo di emissione di fatture elettroniche, come anticipato, era già previsto per le prestazioni rese da un soggetto passivo IVA nei confronti di una Pubblica Amministrazione.

²⁴ Ciò ai sensi del disposto di cui all'art. 1, comma 916, della richiamata legge di bilancio 2018, dal 1° gennaio 2019. Per quanto attiene la disciplina di dettaglio, la legge di bilancio 2018 ha stabilito che il formato della fattura sia quello stabilito con l'allegato A al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, n. 55 del 3 aprile 2015. Tale decreto è stato adottato di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, e reca "*Regolamento in materia di emissione, trasmissione e ricevimento della fattura elettronica da applicarsi alle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 1, commi da 209 a 213, della legge 24 dicembre 2007, n. 244*". Oggi, per fattura elettronica si intende quel file, in formato XLM trasmesso dall'emittente al ricevente attraverso il Sistema di Interscambio (c.d. SdI), messo a disposizione dei soggetti passivi IVA dal Ministero dell'Economia e Finanze e gestito dall'Agenzia delle Entrate.

²⁵ Sono esonerati da tale obbligo gli operatori che rientrano nei regimi c.d. forfettari, soggetti ad imposizione sostitutiva IRPEF, per i quali l'emissione della fattura in formato elettronico – sebbene consentita – rimane una mera facoltà.

²⁶ Si rinvia al successivo paragrafo 3.

2.2. L'autorizzazione del Consiglio ed il quadro europeo.

Occorre ricordare che, al fine di "generalizzare" tale obbligo di fatturazione elettronica, l'Italia ha dovuto richiedere l'autorizzazione del Consiglio ad *"introdurre misure speciali di deroga alla presente direttiva, allo scopo di semplificare la riscossione dell'imposta o di evitare talune evasioni o elusioni fiscali"*²⁷. In particolare, tale richiesta italiana era volta ad ottenere l'autorizzazione a derogare al disposto di cui agli articoli 218 e 232 della medesima Direttiva IVA, al fine di poter generalizzare l'obbligo di fatturazione elettronica²⁸.

L'Italia ha motivato tale richiesta di deroga evidenziando che l'introduzione di un obbligo generalizzato di fatturazione elettronica possa essere un utile strumento di lotta all'evasione per differenti motivi. *In primis* la gestione del Sistema di Interscambio consentirebbe all'Agenzia delle Entrate di avere conoscenza immediata ed automatica delle informazioni fiscalmente rilevanti contenute nelle fatture emesse e ricevute. Inoltre, tale modifica sarebbe utile a promuovere la "digitalizzazione"²⁹ ed, altresì, garantirebbe una più efficace riscossione.

A fronte di tale richiesta italiana, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione³⁰, ha autorizzato l'Italia ad *"accettare come fatture documenti o messaggi solo in formato elettronico se sono emessi da soggetti passivi stabiliti sul territorio italiano diversi dai soggetti passivi che beneficiano della franchigia per le piccole imprese di cui all'articolo 282 della predetta direttiva"*.

La Commissione, tuttavia, nel parere fornito, non nasconde la preoccupazione che tale misura potrebbe comportare dei *"cambiamenti per i soggetti passivi"*, i

²⁷ Ciò ai sensi dell'art. 395, paragrafo 2 della Direttiva 2006/112/CE. Tale richiesta è stata avanzata dall'Italia mediante lettera inviata in data 27 settembre 2017.

²⁸ La richiesta di deroga ha riguardato tali due disposizioni, poiché il richiamato art. 218 della Direttiva 2006/112/CE (che prevede testualmente: *"Ai fini della presente direttiva gli Stati membri accettano come fattura ogni documento o messaggio cartaceo o elettronico che soddisfa le condizioni stabilite dal presente capo"*), equipara la fattura in formato elettronico con la fattura in formato cartaceo. Pertanto, l'Italia ha dovuto richiedere l'autorizzazione al Consiglio, poiché tale novella ha "imposto" l'utilizzabilità del solo formato elettronico. L'art. 232 della medesima Direttiva (che prevede testualmente: *"Le fatture emesse a norma della sezione 2 possono essere trasmesse su carta oppure, previo accordo del destinatario, possono essere trasmesse o messe a disposizione per via elettronica"*), prevede l'accordo del destinatario della fattura. Tale elemento risulta mancare nella disciplina della fatturazione elettronica.

²⁹ L'obiettivo della digitalizzazione è perseguito dall'Unione europea mediante la c.d. *"Digital Single Market Strategy for Europe"*, COM (2015) 192 final, adottata il 6 maggio 2015, volta al raggiungimento di un "mercato unico digitale".

³⁰ Ciò ai sensi del paragrafo 1 del medesimo articolo 395 della Direttiva IVA.

quali, dunque, *"dovrebbero sostenere costi aggiuntivi connessi all'attuazione e alla gestione di un nuovo sistema di fatturazione"*.

Per tale motivo, il Consiglio ha autorizzato tale deroga solo per un periodo di tempo limitato, ovvero fino al 31 dicembre 2021 evidenziando che, qualora l'Italia voglia ottenere una proroga, sarà onerata dal dover presentare alla Commissione una relazione dalla quale si evinca l'efficacia di tale misura, in termini di lotta all'evasione IVA.

Ad oggi, l'Italia ed il Portogallo³¹ sono gli unici due Stati membri dell'Unione Europea ad aver generalizzato l'obbligo di fatturazione elettronica, sulla scorta di quanto "positivamente" sperimentato in Paesi extra-UE, quali, in particolare, dell'America Latina³².

3. Il dialogo tra Agenzia delle Entrate e Garante *Privacy* in tema di conservazione dei dati personali delle fatture elettroniche.

Come anticipato, la disciplina di dettaglio relativa all'emissione ed alla conservazione delle fatture elettroniche è stata adottata con i citati provvedimenti resi dal Direttore dell'Agenzia delle Entrate.

Tuttavia tali provvedimenti sono stati adottati in violazione dell'art. 36, paragrafo 4, del Regolamento UE³³, ovvero senza aver preventivamente consultato il Garante per la protezione dei dati personali.

³¹ In Portogallo la fattura elettronica è obbligatoria dal 24 agosto 2012, da quando si è registrato un incremento delle entrate pari al 8,1% ed, in particolare, un incremento dell'IVA riscossa pari al 5,5% - dati tratti dal citato *"Study and Reports on the VAT Gap in the EU-28 Member States: 2017 Final Report"*. Tale studio ha rilevato che l'introduzione dell'obbligo generalizzato di fatturazione elettronica sia stato lo strumento grazie al quale il Portogallo è riuscito ad uscire della crisi finanziaria in corso.

³² L'America Latina è il continente ove si è sperimentato, con successo, l'utilizzo della fatturazione elettronica obbligatoria come strumento di lotta agli elevati tassi di evasione, come si evince dal Report *"E-Invoicing/E-Billing"*, pubblicato dalla Società di ricerca Billentis e consultabile sul sito www.billentis.com. Per un focus più approfondito sulla situazione della fatturazione elettronica negli altri Paesi Extra-UE si rinvia alla ricerca pubblicata dalla Fondazione Nazionale dei Commercialisti il 2 luglio 2018, consultabile sul sito www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it.

³³ In realtà il primo di tali provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, n. 89757 del 30 aprile 2018 è stato emesso in violazione del previgente art. 154, comma 4, del d.lgs. 196/96, c.d. Codice della Privacy, che prevedeva che *"Il Presidente del Consiglio dei ministri e ciascun ministro consultano il Garante all'atto della predisposizione delle norme regolamentari e degli atti amministrativi suscettibili di incidere sulle materie disciplinate dal presente codice"*. Il successivo provvedimento, n. 291241 del 5 novembre 2018, è stato emesso in violazione dell'art. 36, paragrafo 4 del Regolamento che prevede *"Gli Stati membri consultano l'autorità di controllo durante l'elaborazione di una proposta di atto legislativo che deve essere adottato dai parlamenti nazionali o di misura regolamentare basata su detto atto legislativo relativamente al trattamento"*.

Pertanto, come probabilmente prevedibile, l'Autorità Garante è intervenuta sulla disciplina del trattamento e della conservazione dei dati sensibili dei contribuenti contenuti nelle fatture elettroniche, dapprima con provvedimento del 15 novembre 2018 e successivamente con provvedimento del 20 dicembre 2018. Con il primo di tali provvedimenti, il Garante, premessi brevi cenni sull'estensione dell'obbligo di fatturazione elettronica anche ai rapporti tra soggetti passivi IVA e privati (B2C), ha evidenziato che tale nuova disciplina *"presenta rilevanti criticità in ordine alla compatibilità con la normativa in materia di protezione dei dati personali"*, poiché *"determina, inoltre, un trattamento sistematico di dati personali su larga scala, anche di categorie particolari di dati, potenzialmente relativi ad ogni aspetto della vita quotidiana"*.

In particolare, l'Authority ha palesato una possibile violazione del disposto di cui all'art. 25 del Regolamento UE³⁴, poiché i provvedimenti adottati dall'Agenzia delle Entrate non hanno tenuto conto dei rischi cui sono esposti i diritti e le libertà dei contribuenti, proprio perché non sono state adottate misure tecniche e organizzative adeguate per garantire la protezione dei dati personali. Tale evidenza avrebbe, pertanto, richiesto l'adozione della valutazione d'impatto di cui all'art. 35 del Regolamento³⁵, viceversa disattesa dall'Agenzia delle Entrate.

³⁴ Art. 25 Regolamento, rubricato *"Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita"*, prevede al paragrafo 1, che *"Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati"*

³⁵ Art. 35 Regolamento, rubricato *"Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati"*, che prevede *"1. Quando un tipo di trattamento, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali. Una singola valutazione può esaminare un insieme di trattamenti simili che presentano rischi elevati analoghi.*

2. Il titolare del trattamento, allorquando svolge una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, si consulta con il responsabile della protezione dei dati, qualora ne sia designato uno.

3. La valutazione d'impatto sulla protezione dei dati di cui al paragrafo 1 è richiesta in particolare nei casi seguenti: a) una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche; b) il trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10; o c) la sorveglianza sistematica su larga scala di una zona accessibile al pubblico.

Difatti, ai sensi di tale disposizione, il provvedimento dell'Agencia delle Entrate avrebbe dovuto essere emesso solo all'esito della preventiva valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali, c.d. *privacy impact assessment*³⁶. L'Autorità ha, difatti, evidenziato che le fatture, nella loro interezza, contengono non solo dati fiscalmente rilevanti, ma anche dati ed informazioni di carattere strettamente personale, quali, a titolo esemplificativo, abitudini di consumo, descrizione delle prestazioni sanitarie o delle prestazioni legali – ciò proprio in ragione dell'obbligo di descrizione della prestazione effettuata, richiesto dalla richiamata disciplina di cui al d.P.R. 633/1972, art. 21, comma 2, lett. G).

4. L'autorità di controllo redige e rende pubblico un elenco delle tipologie di trattamenti soggetti al requisito di una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati ai sensi del paragrafo 1. L'autorità di controllo comunica tali elenchi al comitato di cui all'articolo 68.

5. L'autorità di controllo può inoltre redigere e rendere pubblico un elenco delle tipologie di trattamenti per le quali non è richiesta una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati. L'autorità di controllo comunica tali elenchi al comitato.

6. Prima di adottare gli elenchi di cui ai paragrafi 4 e 5, l'autorità di controllo competente applica il meccanismo di coerenza di cui all'articolo 63 se tali elenchi comprendono attività di trattamento finalizzate all'offerta di beni o servizi a interessati o al monitoraggio del loro comportamento in più Stati membri, o attività di trattamento che possono incidere significativamente sulla libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione.

7. La valutazione contiene almeno: a) una descrizione sistematica dei trattamenti previsti e delle finalità del trattamento, compreso, ove applicabile, l'interesse legittimo perseguito dal titolare del trattamento; b) una valutazione della necessità e proporzionalità dei trattamenti in relazione alle finalità; c) una valutazione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati di cui al paragrafo 1; e d) le misure previste per affrontare i rischi, includendo le garanzie, le misure di sicurezza e i meccanismi per garantire la protezione dei dati personali e dimostrare la conformità al presente regolamento, tenuto conto dei diritti e degli interessi legittimi degli interessati e delle altre persone in questione.

8. Nel valutare l'impatto del trattamento effettuato dai relativi titolari o responsabili è tenuto in debito conto il rispetto da parte di questi ultimi dei codici di condotta approvati di cui all'articolo 40, in particolare ai fini di una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati.

9. Se del caso, il titolare del trattamento raccoglie le opinioni degli interessati o dei loro rappresentanti sul trattamento previsto, fatta salva la tutela degli interessi commerciali o pubblici o la sicurezza dei trattamenti.

10. Qualora il trattamento effettuato ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere c) o e), trovi nel diritto dell'Unione o nel diritto dello Stato membro cui il titolare del trattamento è soggetto una base giuridica, tale diritto disciplini il trattamento specifico o l'insieme di trattamenti in questione, e sia già stata effettuata una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati nell'ambito di una valutazione d'impatto generale nel contesto dell'adozione di tale base giuridica, i paragrafi da 1 a 7 non si applicano, salvo che gli Stati membri ritengano necessario effettuare tale valutazione prima di procedere alle attività di trattamento.

11. Se necessario, il titolare del trattamento procede a un riesame per valutare se il trattamento dei dati personali sia effettuato conformemente alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati almeno quando insorgono variazioni del rischio rappresentato dalle attività relative al trattamento."

³⁶ Tale istituto è volto alla responsabilizzazione del titolare del trattamento dei dati personali, in un'ottica di tutela preventiva.

In particolare, il Garante ha evidenziato che il trattamento di una tale mole generalizzata di dati *“non appare proporzionato all’obiettivo di interesse pubblico, pur legittimo, perseguito”*, in presunta violazione con gli artt. 6, paragrafo 3, lett. b), e 9, paragrafo 2, lett. g), del Regolamento.

Difatti, nell’originaria formulazione del provvedimento, era prevista l’archiviazione integrale dei dati contenuti nelle fatture e, conseguentemente, la possibilità di utilizzare tali dati per eventuali accertamenti tributari, effettuati anche dalla Guardia di finanza³⁷.

Come si evince dal provvedimento del Dirigente, l’Agenzia delle Entrate era consapevole della presenza di dati sensibili dei contribuenti, non rilevanti ai fini fiscali³⁸, ma nonostante ciò non aveva adottato alcuna garanzia per il contribuente.

Ed ancora, ulteriore profilo critico evidenziato dal Garante era attinente la circostanza che le fatture elettroniche erano disponibili sul portale dell’Agenzia delle Entrate, anche in assenza di una specifica richiesta in tal senso da parte del consumatore. Ciò avrebbe comportato il trattamento generalizzato, da parte del Fisco, di dati non rilevanti ai fini fiscali, in palese violazione dei principi di *privacy by default* e di *privacy by design*³⁹.

Si ricorda brevemente che il G.D.P.R. si basa sul c.d. *Risk based approach*. Il nuovo Regolamento ha “spostato” l’attenzione dal soggetto debole al soggetto titolare del trattamento dei dati⁴⁰ ed ha richiesto a quest’ultimo di adottare tutte le misure tecniche ed organizzative idonee a garantire che l’attività si svolga nel rispetto dei diritti dell’utente. Dunque tale obiettivo si realizza con il necessario rispetto dei principi di *privacy by default* e *privacy by design*, di cui al richiamato art. 25 del Regolamento che, difatti, è rubricato proprio *“Protezione dei dati ai fini della progettazione e protezione per imposizione predefinita”*, attuabili mediante tecniche di minimizzazione e cifratura dei dati raccolti⁴¹. In virtù di tali principi, il titolare del trattamento dei dati personali è tenuto ad adottare misure idonee a proteggere i dati personali tanto al momento della progettazione dei modelli di trattamento (c.d. *data protection by design*), quanto nel corso

³⁷ In tal senso, provvedimento n. 89757 del Direttore dell’Agenzia delle Entrate, punto 10.

³⁸ In tal senso, provvedimento n. 89757 del Direttore dell’Agenzia delle Entrate, punto 1.4, ove si menzionano testualmente *“ulteriori dati utili alla gestione del ciclo attivo e passivo degli operatori”*.

³⁹ Artt. 5, comma 1, lett. c) e 25 del Regolamento.

⁴⁰ Difatti tutto il Capitolo IV del Regolamento, intitolato *“Controller and processor”*, è dedicato esclusivamente al tema dei profili di responsabilità.

⁴¹ Si ricorda che l’art. 25 del Regolamento va letto in combinato disposto con i Considerando 24-29. Da tale lettura coordinata si evincono le tecniche che devono essere adottate dai titolari del trattamento dei dati, da valutarsi caso per caso.

dell'esecuzione del trattamento e della conservazione di tali dati (c.d. *data protection by default*)⁴², anche nel rispetto del richiamato principio di necessità. Il Garante evidenzia inoltre che il provvedimento dell'Agenzia delle Entrate si poneva in contrasto con l'art. 5, paragrafo 1, lett. f) e dell'art. 32 del Regolamento, nella parte in cui l'Agenzia prevede di offrire un servizio gratuito di conservazione delle fatture basato su un accordo di servizio; ciò, tuttavia, senza prevedere nulla in merito al ruolo che l'Agenzia stessa assumeva in relazione al trattamento dei dati personali⁴³.

Pertanto, con tale provvedimento del novembre 2018, il Garante ha evidenziato che: *"L'attuazione del nuovo obbligo di fatturazione elettronica è avvenuta senza individuare, in ossequio ai principi di privacy by design e by default, misure adeguate, anche di carattere organizzativo, per garantire la protezione dei dati, anche appartenenti a categorie particolari, in ogni fase del trattamento, ivi comprese quelle appropriate per assicurare un trattamento corretto e trasparente nei confronti degli interessati, coinvolti anche in qualità di operatori economici (artt. 5, 6, paragrafo 3, lett. b), 9, paragrafo 2, lett. g), 13, 14 e 25 del Regolamento)".* Pertanto, ha segnalato l'urgenza di provvedere alla modifica della nuova disciplina, prima della sua entrata in vigore, che, come ricordato, è avvenuta il 1° gennaio 2019.

Dunque, il Garante ha ritenuto necessario avvertire l'Agenzia delle Entrate, titolare del trattamento, che i trattamenti di dati personali effettuati nell'ambito della fatturazione elettronica, potevano violare le disposizioni del Regolamento⁴⁴.

⁴² Sull'analisi dei principi di *privacy by design* e *privacy by default* si rinvia, senza pretesa di esaustività a D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, cit.; C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, cit.; L. CALIFANO, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali – Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, cit.; R. D'ORAZIO, *Protezione dei dati by default e by design*, in S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, cit..

⁴³ Sul punto il Garante, nel proprio provvedimento, ha osservato che: *"In ogni caso, da quanto emerso in alcune notizie stampa, sembrerebbe che il testo di tale accordo di servizio per la conservazione delle fatture elettroniche preveda che "l'Agenzia non potrà essere ritenuta responsabile nei confronti del contribuente né nei confronti di altri soggetti, direttamente o indirettamente connessi o collegati con esso, per danni, diretti o indiretti, perdite di dati, violazione di diritti di terzi, ritardi, malfunzionamenti, interruzioni totali o parziali che si dovessero verificare in corso di esecuzione del servizio di conservazione"*.

⁴⁴ In particolare con riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 5, 6, paragrafo 3, lett. b), 9, paragrafo 2, lett. g), 13, 14, 25 e 32 del Regolamento.

Ha pertanto ingiunto l'Agenzia delle Entrate di far conoscere all'Autorità le iniziative da assumere. Ha dunque concluso nel ritenere che:

"a) ai sensi dell'art. 58, § 2, lett. a), Regolamento avverte l'Agenzia delle entrate del fatto che i trattamenti di dati personali effettuati nell'ambito della fatturazione elettronica, ai sensi dell'art. 1 del decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 127 e dei provvedimenti n. 89757 del 30 aprile 2018 e n. 291241 del 5 novembre 2018 del Direttore, così come attualmente delineati, possono violare le disposizioni del Regolamento di cui agli artt. 5, 6, § 3, lett. b), 9, § 2, lett. g), 13, 14, 25 e 32;

b) ai sensi dell'art. 58, § 1, lett. a), del Regolamento ingiunge all'Agenzia delle entrate di far conoscere all'Autorità le iniziative assunte per rendere conformi i predetti trattamenti alle disposizioni sopra citate allorché gli obblighi di fatturazione elettronica divengano pienamente operativi".

Al fine di risolvere le problematiche individuate dal Garante, l'Agenzia delle Entrate ha proposto la costituzione di un tavolo tecnico⁴⁵.

All'esito, l'Agenzia delle Entrate, con nota del 17 dicembre 2018, ha esposto le modifiche che ha inteso apportare. Contestualmente, ed in conformità all'art. 36 del Regolamento, l'Agenzia delle Entrate ha inviato al Garante lo schema di provvedimento che intendeva emanare⁴⁶.

Il Garante con provvedimento n. 511 del 20 dicembre 2018, ha approvato le modifiche apportate, poiché ha evidenziato che l'Agenzia aveva correttamente prospettato una modifica della disciplina.

Con particolare riferimento alla conservazione integrale delle fatture⁴⁷, il Garante ha ribadito che è innegabile che queste ultime contengano anche dati non rilevanti ai fini fiscali. Pertanto, l'integrale conservazione sarebbe stato un trattamento assolutamente sproporzionato rispetto all'interesse pubblico perseguito⁴⁸. La memorizzazione "indiscriminata" del contenuto integrale di tutte le fatture elettroniche che transitano per il Sistema di interscambio, risulterebbe, difatti, in palese contrasto con i richiamati principi di *privacy by default*, minimizzazione e *privacy by design*.

⁴⁵ A tale tavolo tecnico hanno preso parte, oltre l'Agenzia delle Entrate ed il Garante stesso, anche il Ministero dell'Economia e Finanze, l'Agenzia per l'Italia digitale, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili e l'associazione di categoria AssoSoftwave, in rappresentanza dei produttori di software gestionale e fiscale.

⁴⁶ Ciò in modifica del precedente provvedimento del 30 aprile 2018.

⁴⁷ Conservazione integrale dei files contenenti le fatture in formato XML.

⁴⁸ Il trattamento non è, viceversa, qualificabile come sproporzionato nel caso in cui ci sia una richiesta in tal senso da parte del contribuente, ai fini della successiva consultazione.

I dati che emergono dalle fatture elettroniche si prestano ad essere agevolmente utilizzati dall’Agenzia delle Entrate e dalla Guardia di Finanza tanto per controlli di tipo automatizzato, quanto per controlli più approfonditi.

Per i controlli automatizzati⁴⁹ è noto che gli unici dati indispensabili per l’Amministrazione finanziaria attengono l’identificazione delle parti e gli importi delle relative transazioni, pertanto non è necessaria la memorizzazione della descrizione della prestazione, contenuta nella fattura.

Per quanto attiene i controlli che, invece, richiederebbero un esame analitico delle fatture, potrebbero occorrere anche ulteriori dati contenuti nelle fatture. Tuttavia, in sede di tavolo di lavoro è emerso che tali controlli vengono in concreto effettuati solo nei confronti di numeri ristretti di contribuenti⁵⁰. Pertanto il Garante ha evidenziato che l’archiviazione integrale di tutti i dati contenuti in tutte le fatture risulta senz’altro sproporzionata, poiché, in ogni caso, non può derivarne un’attività di controllo, con conseguente efficace contrasto all’evasione.

L’Agenzia delle Entrate, dunque, ha proposto di procedere alla memorizzazione dei soli dati fiscalmente rilevanti e, viceversa, alla cancellazione dei dati irrilevanti ai fini fiscali⁵¹ e il Garante ha valutato *"molto positivamente"* tale soluzione⁵².

In merito alle problematiche relative alla sicurezza del trattamento dei dati personali nei canali di trasmissione delle fatture, l’Agenzia delle Entrate ha affermato di aver provveduto all’attivazione di un canale cifrato⁵³.

Infine, il Garante ha prospettato la necessità di adottare sistemi di cifratura delle fatture e, pertanto, ha ingiunto all’Agenzia delle Entrate di far pervenire

⁴⁹ Sulla disciplina dei controlli di cui agli articoli 36-*bis* e 36-*ter* del d.P.R. 600/1973 si rinvia, senza pretesa di esaustività a F. AMATUCCI, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, 2018; S. FIORENTINO, *Lezioni di diritto tributario*, Napoli, 2017; A. FANTOZZI (a cura di), *Diritto tributario*, Torino, 2012; A. RENDA, *I rapporti tra controllo formale della dichiarazione e definizione agevolata delle pendenze tributarie*, in *Rassegna tributaria*, n.2/2004, pp. 611 e ss.; MAGISTRO, *Liquidazione e controllo formale della dichiarazione*, in *Corriere tributario*, 2001, pp. 54 e ss; M. BRUZZONE, *Controlli automatici e formali delle dichiarazioni*, in *Corriere tributario*, 2000, pp. 2026 e ss..

⁵⁰ Basti sol pensare che dalla documentazione fornita dall’Agenzia delle Entrate in sede di tavolo di lavoro è emerso che nell’anno 2016 sono stati effettuati 121.849 accertamenti nei confronti di soggetti con partita IVA e nel 2017 sono stati effettuati 163.339 accertamenti, a fronte di circa 4,7 milioni di contribuenti con partita IVA.

⁵¹ Dunque, alla luce di ciò, saranno oggetto di memorizzazione solo i dati richiesti dall’art. 21 d.P.R. 633/1972, ad esclusione dei dati di cui al comma 2, lettera g) di tale disposizione.

⁵² Il Garante ha, tuttavia, evidenziato perplessità in merito alla memorizzazione dei dati relativi ai “dati trasporto”.

⁵³ Si tratta di un canale cifrato basato su un protocollo SFTP.

all'Autorità un'analisi relativa alla possibilità di introdurre tali tecniche di cifrature, entro il 15 aprile 2019⁵⁴.

4. Considerazioni conclusive.

L'analisi svolta mostra come il Legislatore abbia reagito per cercare di far "perdere" all'Italia il triste primato europeo come Stato membro con "Tax Gap" IVA più elevato.

Certamente l'intervento del Garante Privacy ha evidenziato che l'introduzione di tale obbligo generalizzato di fatturazione elettronica avrebbe dovuto essere oggetto di una più attenta ponderazione degli inevitabili rischi di violazione del corretto trattamento dei dati personali dei contribuenti. Ciò soprattutto poiché, come evidenziato, l'Agenzia delle Entrate era perfettamente consapevole che tale misura riguardava l'incameramento di tutti i dati relativi alla vita quotidiana dei contribuenti, anche non fiscalmente rilevanti.

È noto che l'Amministrazione finanziaria si serva del trattamento dei dati per il raggiungimento di lodevoli finalità pubblicistiche, quali il contrasto all'evasione fiscale.

Da questo punto di vista, appare opportuno rilevare che lo strumento della fatturazione elettronica potrebbe rivelarsi un utile strumento, anche come deterrente a comportamenti elusivi di contribuenti poco virtuosi. E, difatti, come anticipato, sono positivi i risultati raggiunti dall'esperienza portoghese, unico Stato membro ad aver generalizzato tale obbligo prima dell'Italia, raggiungendo interessanti risultati in termini di contrasto all'evasione.

In Italia, a pochi mesi dall'entrata in vigore della nuova disciplina, non è ancora possibile effettuare una valutazione dei risultati raggiunti. Tuttavia non possono nascondersi delle prime perplessità.

In particolare, occorre ricordare che il Legislatore, con la Legge di bilancio 2019, ha ampliato la portata del regime forfettario⁵⁵. Come anticipato, i contribuenti che optano per tale regime sono esonerati dall'obbligo di fatturazione elettronica. Nella considerazione che, ad oggi, molti contribuenti hanno optato per tale regime, è facilmente intuibile che tale circostanza rischia di minare la effettiva portata innovativa dell'obbligo di fatturazione elettronica. Soprattutto, la contemporanea entrata in vigore di entrambe le novelle legislative, non

⁵⁴ Ad oggi, tuttavia, non risulta che tale analisi sia stata fornita.

⁵⁵ Legge di bilancio 2019 – Legge n. 145 del 2018, articolo 1, commi 9-11. Possono optare per tale regime tutti i soggetti titolari di partita IVA che presumono di conseguire ricavi o compensi in misura non superiore ad € 65.000,00.

consente un agevole confronto rispetto alla situazione di riferimento ed ai dati di cui agli anni immediatamente precedenti.

Altra perplessità deriva dal chiedersi se l'Amministrazione finanziaria non sia già in possesso di molti dati utili ai fini degli accertamenti tributari⁵⁶, tanto da "azzardare" di poter parlare della presenza di un "Grande Fratello Fisco"⁵⁷.

Ed allora, appare pertinente richiamare quanto "grottescamente" emerso dal recente rapporto reso dalla Corte dei Conti⁵⁸, la quale ha evidenziato un importante sottoutilizzo della enorme quantità di dati di cui l'Amministrazione finanziaria dispone. Pertanto, appare logico chiedersi se sia effettivamente "utile" e "proporzionato" generalizzare tale obbligo di fatturazione elettronica, al fine di raccogliere ulteriori dati dei contribuenti, peraltro non fiscalmente rilevanti. Ciò considerando che, oggettivamente, il Fisco è già in possesso di innumerevoli dati che, tuttavia, non riesce a "sfruttare" per un efficace contrasto all'evasione.

Dunque, seppur con il lodevole fine di dare un impulso alla digitalizzazione, ci si chiede se era davvero necessario generalizzare questo obbligo che, oltre alle richiamate problematiche in tema di *privacy*, sta creando problematiche anche agli operatori del sistema, nonché a possibili violazioni di segreti industriali⁵⁹.

In ogni caso, come evidenziato nel presente lavoro, la misura in vigore in Italia è eccezionale e temporanea. Qualora l'Italia vorrà ottenere una proroga del termine, attualmente fissato al 31 dicembre 2021, allora dovrà rendicontare alla Commissione europea in merito agli effettivi risultati eventualmente ottenuti in termini di contrasto all'evasione e di riduzione del "Tax Gap" IVA.

Si accenna brevemente che, all'indomani dell'entrata in vigore dell'obbligo generalizzato di fatturazione elettronica, il Garante *privacy* è già stato nuovamente consultato più volte dall'Amministrazione Finanziaria, al fine di ottenere un parere positivo per la sperimentazione di "nuovi sistemi antievasione", quali "*modelli predittivi di rischio evasione*", al fine di evitare

⁵⁶ Si pensi a tutte le informazioni presenti nell'Anagrafe tributaria.

⁵⁷ Idea tratta dalla figura del "Grande Fratello", idealizzata nel celebre romanzo "1984" di George Orwell.

⁵⁸ Corte dei Conti – Sezione Centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, *L'utilizzo dell'Anagrafe dei rapporti finanziari ai fini dell'attività di controllo fiscale*, Delibera n. 11/2017/G.

⁵⁹ Pensando alla mole di informazioni contenute nelle fatture si intuisce come anche il *know how* di una azienda potrebbe essere "a rischio".

possibili discriminazioni derivanti, nel corso di procedimenti automatizzati, dall'utilizzo di algoritmi non sempre trasparenti⁶⁰.

Alla luce delle iniziative che l'Amministrazione Finanziaria, per esigenze di "digitalizzazione" e di "lotta all'evasione", ha adottato e si appresta ad adottare in un futuro ormai imminente, appare non più rinviabile la necessità di provvedere ad un ponderato, seppur difficile, bilanciamento di interessi tra quel "dovere di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva" e quel "right to be let alone"⁶¹, entrambi pacificamente riconoscibili come proiezioni dei principi di cui all'articolo 2 della Costituzione.

⁶⁰ Si fa riferimento a due pareri sullo schema di provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, n. 9106329 del 14 marzo 2019 e n. 9106360 del 4 aprile 2019, resi dal Garante sul trattamento dei dati personali.

⁶¹ Così S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, cit..

Pubbliche amministrazioni, accesso e trasparenza alla prova del nuovo GDPR.

*di Gennaro DEZIO**

SOMMARIO: **1.** Premessa: privacy e trasparenza, l'esigenza di un equo bilanciamento. **2.** Il regolamento UE 2016/679. **3.** Il rapporto tra privacy, trasparenza amministrativa e accountability alla luce del GDPR.

1. Premessa: privacy e trasparenza, l'esigenza di un equo bilanciamento.

Quello di *privacy* può essere considerato un concetto che, a seconda del contesto di riferimento, si caratterizza per l'assumere una pluralità di distinti significati che mutano in relazione alle istanze che, nel tempo, emergono nel tessuto sociale.

Di derivazione anglosassone, il diritto alla *privacy*, nel nostro ordinamento, attiene a due diversi piani dell'esistenza umana e cioè alla dimensione fisica ed a quella digitale. I due aspetti risultano, inoltre, irrimediabilmente connessi, visto che la possibile emersione di profili di criticità nell'azione di tutela della persona nel cyberspazio finisce per riflettersi, irrimediabilmente, nel mondo fisico¹.

Tale diritto si ritiene vada identificato nel diritto alla riservatezza che è finalizzato ad assicurare alla persona uno spazio all'interno del quale si sviluppa la sua personalità e che, quale attributo di rilievo della persona, è contemplato fra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost². La riservatezza, quale potere di regolare l'accesso alla propria sfera di intimità, permettendone o vietandone l'intromissione altrui è, altresì, presa in considerazione anche dall'art 3. Cost. che, nel tutelare la dignità sociale, amplia in concreto la protezione della stessa, estendendola ad una dimensione che non è riconducibile solo alla mera individualità³.

Inoltre, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, il legislatore ha espressamente previsto che "chiunque ha diritto alla protezione dei dati

* Abilitato all'esercizio della professione forense.

¹ F. G. IBBA, *Brevi riflessioni sul rapporto tra privacy, trasparenza amministrativa e accountability alla luce del GDPR*, in *Cammino Diritto, Rivista di informazione giuridica*, 2018.

² T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Giuffrè, Milano, 1978.

³ M. FILICE, *Privacy e trasparenza: spunti di riflessione sul bilanciamento*, in *Ratio Iuris*, ISSN 2420-7888, 2018.

personali che lo riguardano⁴, con la conseguenza che il trattamento degli stessi debba essere posto in essere nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, così come della dignità dell'interessato, con particolare riguardo alla riservatezza e all'identità personale.

Parallelamente è da rilevare che, negli stessi anni, la legge sul procedimento amministrativo, in risposta ad esigenze sempre più diffuse nel tessuto sociale ha riconosciuto, invece, il diritto degli interessati a prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi⁵, anche quando all'interno degli stessi siano presenti dati di terzi soggetti (c.d. controinteressati)⁶. Emerge, così, sul versante opposto, il principio di trasparenza che, basato sull'accesso ed ostensione degli atti, salve alcune eccezioni, si fonda sulla necessità di rendere accessibile e conoscibile ai consociati l'operato della pubblica amministrazione, affinché gli stessi cittadini possano esercitare forme di controllo diffuso sull'impiego delle risorse e sull'adeguatezza delle attività e degli atti dalla stessa posti in essere. Più specificamente, il principio di trasparenza assicura la partecipazione dei cittadini allo svolgimento delle funzioni pubbliche, compatibilmente con il perseguimento dell'interesse pubblico e garantisce, inoltre, agli stessi una più chiara ed approfondita comprensione delle strategie della pubblica amministrazione. In questo modo, stimolando una maggiore efficienza ed efficacia della P.A., nonché il suo buon andamento, il principio in parola assurge ad arginare o, comunque, limitare i rischi legati alla corruzione. Tali finalità, cui si aggiunge la possibilità di esprimere un maggiore o minore gradimento sui servizi offerti, concorrono a ricostituire quel fondamentale rapporto di fiducia, in precedenza compromesso, tra la P.A. ed i cittadini, sempre più consapevoli dei diritti loro spettanti⁷.

Sebbene la trasparenza non sia espressamente prevista dalla Carta costituzionale, essa è valore fondante dell'ordinamento, poiché "concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Esso è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili politici e

⁴ Si veda la L. 31 dicembre 1996, n. 675, seguita dal codice in materia di protezione dei dati personali (D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 in vigore dal 1° gennaio 2004).

⁵ Artt. 22 ss., L. 7 agosto 1990, n. 241.

⁶ E. D'ALTERIO, *Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'ordine segreto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2019.

⁷ M. FILICE, *op. cit.*

sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino⁸.

Ad ogni modo, l'evoluzione della concezione di trasparenza, si è poi evoluta e ampliata sempre più, raggiungendo la sua massima estensione con il c.d. Foia⁹ italiano¹⁰, in base al quale "chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione [...]"¹¹.

Ed è proprio tale evoluzione a lasciar trasparire ancor di più la problematica del contemperamento tra la *privacy* e la trasparenza. Infatti, l'amministrazione con l'intenzione di assicurare il diritto alla protezione dei dati personali potrebbe, d'altra parte, con la sua stessa azione, determinare una limitazione del diritto alla conoscenza (c.d. *right to know* alla base del Foia¹² nelle sue molteplici declinazioni)¹³. Allo stesso modo, l'amministrazione assicurando pienamente la circolazione delle informazioni sia all'interno del sistema amministrativo, sia fra quest'ultimo e il mondo esterno¹⁴, nonché, quindi, il diritto di chiunque all'accesso generalizzato ai dati e alle informazioni potrebbe, nel contempo, ledere proprio il diritto alla riservatezza del cittadino¹⁵.

Posta, dunque, come inevitabile, una possibile contrapposizione con la normativa di tutela dei dati personali, anche l'Autorità Garante ha più volte specificato che, se priva di adeguati criteri discretivi, la pubblicazione, da parte delle P.A., di un capitale di informazioni così vasto ed in continuo aumento rischia

⁸ D. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, art. 1.

⁹ Il *Freedom of information act* (FOIA) previsto nell'ordinamento statunitense, è la normativa alla quale il nostro legislatore si è ispirato al fine di innovare il novero degli strumenti di trasparenza e introdurre un nuovo sistema di accesso generalizzato.

¹⁰ Sullo sviluppo del c.d. modello Foia in Italia si cfr., tra tutti, G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, 11 gennaio 2017.

¹¹ Art. 5, comma 2, D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, così come riformulato dal D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

¹² Sul funzionamento dei modelli Foia in altri ordinamenti, si veda B.G. MATTARELLA - M. SAVINO (a cura di) *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, 2018.

¹³ Tenendo conto che il mancato rispetto di una piena trasparenza avrebbe effetti negativi per il conseguimento dei risultati che essa si pone, anche per quanto concerne gli strumenti di prevenzione della corruzione quali, ad es., il c.d. *whistleblower*, i programmi per la trasparenza e l'integrità ed i piani di prevenzione della corruzione.

¹⁴ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Comunicazione pubblica del 28 febbraio 2014 ripresa da A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore. Un caso di entropia normativa?*, In *Dir. Amm.*, n. 4/2013, 749 e ss..

¹⁵ E. D'ALTERIO, *op cit.*

di portare a conoscenza circostanze e contingenze cui divulgazione è inutile ai fini del controllo sull'esercizio del potere ma, diversamente, assai pregiudizievole per l'interessato. Con la previsione di specifiche Linee guida¹⁶, finalizzate all'individuazione delle cautele che i soggetti pubblici sono tenuti ad applicare nei casi in cui diffondono dati personali sui propri siti internet istituzionali per finalità di trasparenza e/o di pubblicità dell'azione amministrativa, il Garante è intervenuto proprio per garantire l'osservanza della disciplina in materia di protezione dei dati personali nell'adempimento degli obblighi di pubblicazione. Sulla base di tali premesse, è chiaro che il principio di trasparenza si trova ad operare in un più ampio contesto rispetto al quale se ne rende ineludibile un'adeguata interpretazione ed applicazione al fine di evitare proprio la lesione del diritto alla *privacy*¹⁷, pur essendo aumentate, come si vedrà, le difficoltà nel corretto bilanciamento di tali diritti con l'entrata in vigore¹⁸ del Reg. UE n. 2016/679¹⁹.

Sebbene non manchino norme, orientamenti dottrinali e giurisprudenziali²⁰ volti all'individuazione del diritto prevalente²¹, proprio la difficoltà nel bilanciare situazioni giuridiche contrapposte, come in caso di contrasto tra diritto di accesso e diritto alla protezione dei dati personali, è, d'altro canto, un tratto tipico dell'azione amministrativa ed è quindi plausibile aspettarsi che la soluzione di

¹⁶ Del 15 maggio 2014.

¹⁷ S. CIMINI, *Accesso ai documenti amministrativi e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in Giust. civ., 2005, n. 10, 407.

¹⁸ Il regolamento, come disposto dall'art. 99, è entrato in vigore il 25 maggio 2016, ma applicato solo dal 25 maggio 2018 con la contestuale abrogazione della Direttiva 95/46/CE recante il precedente Regolamento generale sulla protezione dei dati personali.

¹⁹ M. MAGLIO, M. POLINI, N. TILLI, *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali, la Privacy dopo il regolamento UE 2016/79*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2017.

²⁰ Sul punto, particolarmente delicata è la funzione svolta dagli operatori giuridici, specie quando chiamati a contemperare i contrapposti, ma egualmente fondamentali, interessi che di volta in volta vengono in gioco, facendo prevalere, ora l'uno, ora l'altro, in considerazione delle circostanze emerse in concreto. Ad es., in materia di dati relativi alla salute, con la sentenza del TAR Cagliari, sez. I, n. 370 del 26 aprile 2018 è stato statuito che "In materia di accesso a dati relativi alla salute di terzi, l'amministrazione deve operare un motivato bilanciamento tra accesso e riservatezza, per stabilire se debba considerarsi prevalente il primo o la seconda e, all'esito, decidere se concedere o meno l'accesso richiesto; ai fini di tale operazione assumeranno rilievo l'art. 60 del d.lgs. n. 196/2003 (...) e la seconda parte dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990, secondo cui l'accesso ai dati relativi alla salute e alla vita sessuale può essere consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile alla difesa del richiedente e per la tutela di una posizione soggettiva di pari rango ordinamentale rispetto alla riservatezza del terzo controinteressato".

²¹ Si veda., ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 30 marzo 2001, n. 1882, che ha definito il rapporto tra accesso e protezione dei dati personali in termini di "aspro contrasto".

questi contrasti sia demandata all'azione concreta delle pubbliche amministrazioni.

2. Il regolamento UE 2016/679.

L'iter che ha portato all'adozione del regolamento ha inizio nel Gennaio del 2012 quando la Commissione UE decise di presentare una proposta di Regolamento Generale sulla protezione dei dati personali volta a sostituire la Direttiva 95/46/CE e ad armonizzare la normativa sul trattamento dei dati personali dei singoli Stati membri. Successivamente, tra il 2013 e il 2015, il Parlamento Europeo e il Consiglio, disposte le relative modifiche, avviarono poi dei negoziati finalizzati alla ricerca di un accordo e, effettivamente, un compromesso fu raggiunto il 15 dicembre 2015.

Solo due giorni dopo la Commissione LIBE del Parlamento Europeo palesò la disponibilità ad approvare il testo del compromesso senza proporre emendamenti. Nell'aprile del 2016 fu, poi licenziata una nuova versione del testo che, immediatamente sottoposta al Consiglio, alla Commissione LIBE e al Parlamento Europeo, nello stesso mese condusse all'approvazione del nuovo RGPD, entrato in vigore 15 giorni dopo la pubblicazione in GUCE e divenuto efficace il 25 maggio 2018²².

Il regolamento UE 2016/679²³, intitolato "Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento ed alla libera circolazione dei dati personali" e la direttiva UE 2016/680, che abroga la direttiva CE 1995/46, hanno modificato profondamente l'assetto giuridico tradizionale in materia di tutela della *privacy*, provando, altresì, ad armonizzarne la regolamentazione prevista nei diversi Stati²⁴, inaugurando una nuova stagione per i diritti dei cittadini europei nei

²² Per approfondimenti sul GDPR si veda anche G. FONDERICO, *La regolazione amministrativa del trattamento dei dati personali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018.

²³ Sui profili di criticità derivanti dall'applicazione di tale normativa si veda F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il regolamento europeo 2016/679* Torino, 2016. L'Autore precisa che "la decisione di adottare un nuovo strumento normativo nella forma del Regolamento immediatamente applicabile in tutti gli Stati membri, in sostituzione della Direttiva 95/46, trova la sua radice proprio nel fatto che, nel corso del tempo, questa si è dimostrata sempre meno idonea a garantire in tutta l'Unione, e da parte di tutte le Autorità dei Paesi membri, l'uniformità di applicazione che invece la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione richiedono". Per quanto riguarda, invece, gli orientamenti della Corte di giustizia, volti a sollecitare un'evoluzione normativa in materia di *privacy*, si veda. O. POLLICINO, *interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *Federalismi.it*, 11, 2014.

²⁴ Ciò ha comportato anche la necessità di alimentare lo sviluppo di un mercato unico digitale attraverso la creazione e la promozione di nuovi servizi, applicazioni, piattaforme e *software*.

rapporti con le pubbliche amministrazioni e le imprese²⁵. Non solo. La normativa ha, inoltre, rafforzato l'indipendenza delle *Autorithies* nazionali ed europee²⁶, le prerogative concernenti l'attività regolatoria delle stesse²⁷, con la previsione di rilevanti innovazioni relativamente agli obblighi imposti, anche alle Amministrazioni statali e Regionali, in materia di *accountability e privacy impact assessment*.

Come sottolineato da molteplici ed autorevoli orientamenti dottrinali, il cambio di passo segnato dal RGPD, non è da ricondurre meramente ai puntuali adempimenti prescritti dalla normativa, ma, più che altro, ad un più profondo cambio di prospettiva, con il passaggio da una normativa completamente incentrata sui diritti dell'interessato ad una, invece, basata sui doveri del titolare e del responsabile del trattamento dei dati.

Quindi, la nuova disciplina²⁸ se da un lato incide sui diritti e sulle libertà fondamentali degli interessati, dall'altro ha modificato, profondamente, l'assetto riguardante la titolarità e la responsabilità del trattamento dei dati personali e ciò rende, a maggior ragione necessario dopo aver brevemente delineato le principali novità introdotte, soffermarsi puntualmente sulle ricadute riguardanti il settore pubblico²⁹. Non in tutti i settori trova però applicazione il RGPD che, infatti, non si estende né al trattamento di dati personali effettuato dagli Stati membri in materia di politica estera e di sicurezza comune dell'UE, né al trattamento di dati personali da parte delle Autorità competenti a fini di

²⁵ M. MACCHIA - C. FIGLIOLIA, Autorità per la privacy e Comitato europeo nel quadro *del General Data Protection Regulation*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018.

²⁶ Si vedano sul punto, *ex multis*, N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, 2a ed., Torino, 2009; A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale nella crisi dello Stato*, in *Rass. dir. pubbl. europ.*, n. 1-2/2015; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, 158 ss. e 239 ss.

²⁷ G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, a cura di G. GITTI, Bologna, 2006, 25 ss. In giurisprudenza, cfr., tra le altre, Cass. civ., Sez. III, sent. 27 luglio 2011, n. 16401, in *Giur. it.*, 2012, 1559; Cass. civ., Sez. III, sent. 28 luglio 2011, n. 16519, in *Foro it.*, 2012, pt. III, c. 870; Cass. civ., Sez. VI-3, sent. 13 luglio 2012, n. 11992, in *Guida al diritto*, 2012, n. 37, p. 67.

²⁸ Il Regolamento non riguarda solo le organizzazioni costituite nell'U.E. ma anche le persone giuridiche che hanno sede nell'U.E. rispetto alla propria attività ed indipendentemente dal fatto che i dati siano trattati internamente o esternamente all'U.E. Riguarda anche le organizzazioni poste fuori ai confini dell'Unione in riferimento all'offerta di beni e servizi agli interessati che si trovano nell'Unione Europea compresi i loro comportamenti, nel caso in cui si verificassero all'interno dell'UE.

²⁹ G. GUZZARDO, *Accountability e pubbliche Amministrazioni nel regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali*, in *Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione*, a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", Aprile 2018.

prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, compresa la salvaguardia della sicurezza pubblica e la prevenzione di minacce alla stessa. Inoltre, il RGPD non trova applicazione relativamente al trattamento di dati per attività a carattere esclusivamente personale o domestico e quindi non connesse ad un'attività commerciale o professionale.

Ciò posto, il Regolamento si caratterizza per un approccio alla protezione dei dati fondato sul *data management*³⁰, cioè sulla previa adozione di opportune ed adeguate misure tecniche e organizzative finalizzate alla realizzazione di obiettivi di sicurezza e tutela. Finalizzata alla realizzazione di un assetto concretamente in grado di rispondere efficacemente all'esigenza di tutela, la normativa che tra l'altro non prevede prescrizioni stringenti, ma che al contrario lascia un non indifferente margine di autonomia ai soggetti chiamati ad attuarla le disposizioni, si fonda su tre fondamentali principi: *accountability*³¹ (art. 5 GDPR), *data protection by design e by default* (art. 25 GDPR)³².

Prevista nel settimo considerando del RGPD, il tema dell'*accountability*, è emerso prepotentemente nel corso dei lavori della 32ma ICDPPC (Conferenza Internazionale sulla Protezione dei Dati Personali) svoltasi a Gerusalemme nell'ottobre 2010. In quella circostanza furono trattati temi particolarmente innovativi tra cui i *Social Networks, la Privacy by Design*, il diritto all'oblio digitale e, appunto, quale elemento di maggiore novità, l'*accountability*. Inizialmente messa a punto per favorire il flusso di dati personali a livello internazionale, essa si è distinta per una portata applicativa più ampia, ergendosi quale paradigma generale nel trattamento dei dati personali³³. Nota anche come principio di responsabilizzazione, l'*accountability* attiene specificamente all'opportunità di creare un clima di fiducia tra i soggetti interessati e i titolari del trattamento al fine di garantire l'affidabilità e la competenza aziendale nella gestione dei dati personali e realizzare lo sviluppo dell'economia digitale nel mercato interno³⁴. Sulla base del principio di *accountability*, il Regolamento assicura l'attribuzione di ampi margini di autonomia ai titolari del trattamento dei dati personali che,

³⁰ Sull'organizzazione della protezione dei dati nel settore pubblico si veda F. DI RESTA, *La nuova "privacy europea". I principali adempimenti del regolamento UE 2016/679 e i profili risarcitori*, Torino, 2018.

³¹ Si veda sul tema R. CELELLA, *Il principio di responsabilizzazione: la vera novità del GDPR*, in *Cyberspazio e diritto*, 2018.

³² L. FIORENTINO, *Il trattamento dei dati personali: l'impatto sulle amministrazioni pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Dicembre, 2018.

³³ M. IASELLI, *Il principio di accountability: uno dei pilastri del GDPR*, in *altalex.com*.

³⁴ F. G. IBBA, *op cit.*

nei limiti delle disposizioni di legge, procedono ad adeguare alle proprie realtà organizzative le misure da adottare. In capo a tali soggetti, che pur devono essere in grado di dimostrare che il trattamento dei dati personali effettuato, tenuto conto della natura, del campo di applicazione, delle finalità del trattamento, nonché dei vari rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, è conforme allo stesso Regolamento³⁵, è posta quindi una responsabilità che si caratterizza da sanzioni inasprite. Su tali basi, l'*accountability* può essere ritenuta un approccio pratico alla *privacy* e al trattamento dei dati personali, volta allo sviluppo di strumenti in grado di essere utilizzati dalle organizzazioni per valutare lo stato della propria *accountability* e renderne conto alle relative *Authorities* per la protezione dei dati personali³⁶.

Il modello si completa poi con i principi di *privacy by design* e di *privacy by default*³⁷.

L'espressione *privacy by design*³⁸ fu coniata per la prima volta da Ann Cavoukian, *Privacy Commissioner* dell'Ontario (Canada), e ripresa nella già citata 32^o Conferenza Internazionale dei Garanti Privacy, tenutasi a Gerusalemme nel 2010. Il concetto in parola attiene, nello specifico, ad un disegno *ex ante* realizzato dal titolare del trattamento, che diventa attore e che operando personalmente si assume la responsabilità delle misure di sicurezza che ritiene di dover applicare alla fattispecie concreta, dopo aver soppesato i rischi, sempre nel rispetto delle prescrizioni di legge³⁹.

Egli provvede, dunque, ad incorporare la tutela della *privacy* in tutto il ciclo di attività del trattamento dati, realizzando, pertanto, prodotti e servizi che già dalla

³⁵ Art. 24 del GDPR.

³⁶ M. IASELLI, *op. cit.*

³⁷ L'art. 5 del regolamento UE 2016/679 prevede che "tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati". Il principio della "protezione per impostazione predefinita" imporrebbe al titolare del trattamento di mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo varrebbe per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. Sicché dette misure garantirebbero che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica.

³⁸ Protezione dei dati fin dalla progettazione.

³⁹ M. BIANCHI, *Privacy by Design e Privacy by Default*, in *cyberlaws.it*.

fase iniziale della progettazione siano conformi alle disposizioni in materia di protezione dei dati, in modo da minimizzare *ab initio* la raccolta dei dati medesimi e i relativi trattamenti.

In questo modo, dal principio di *privacy by design* scaturisce anche un principio di *privacy by default*⁴⁰, che si caratterizza nel prevedere, a monte, un utilizzo dei dati che sia limitato ai soli casi necessari, a seconda delle finalità prefissate e del tipo di operazioni che dovranno compiersi. Conseguentemente, dovranno essere trattati di *default* solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento e la quantità dei dati raccolti nonché il periodo di conservazione degli stessi non potranno valicare il minimo richiesto ai fini della realizzazione della specifica finalità. Tali previsioni, nel rispetto dei principi di necessità, pertinenza ed adeguatezza hanno, quindi, l'obiettivo di assicurare e realizzare la massima protezione dei dati acquisiti attraverso una utilizzazione limitata all'esclusiva realizzazione della finalità per cui sono stati rilasciati⁴¹.

Tale assetto normativo è volto alla predisposizione di un sistema che assicuri delle forme di tutela preventive evitando, attraverso un'idonea fase di progettazione, quelle criticità proprie del meccanismo di trattamento dei dati e rendendosi, per tale ragione ineludibile, una diversa e potenziata organizzazione della P.A. e dei suoi uffici⁴².

L'obiettivo di implementare la tutela della privacy è stato poi anche perseguito incrementando i poteri delle Autorità di garanzia⁴³, tenuto conto che, come precisato dalla stessa giurisprudenza europea, le *authorities* nazionali, anche se sul punto sia già pervenuta una decisione della Commissione Europea, nel momento in cui sia rivolta ad esse una richiesta di protezione della privacy, relativamente al trattamento dei dati personali, hanno piena autonomia nell'accertamento del rispetto dei requisiti previsti dalla direttiva⁴⁴.

Altra importante innovazione emergente nel nuovo quadro eurounitario è quella relativa all'istituzione di una peculiare figura nell'ambito dell'organizzazione amministrativa: il c.d. *data protection officer*. Il nuovo approccio di tutela della privacy si fonda, infatti, anche sulla previsione di specifiche professionalità in

⁴⁰ Sul punto si veda, M. VEALE - R. BINNS - J. AUSLOOS, *When data protection by design and data subject rights clash*, in *Int'l Data Privacy*, 2018, vol. 8, p.105.

⁴¹ M. BIANCHI, *op cit.*

⁴² M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in Europa e Diritto Privato, 2016.

⁴³ S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in Riv. dir. pubb. com., 2004.

⁴⁴ Tale prerogativa viene meno solo quando il Comitato per le funzioni, che svolge attività di consulenza nei confronti della Commissione, esercita poteri vincolanti.

materia, quali il titolare del trattamento/contitolare ed il responsabile della protezione dei dati personali (*data protection officer*)⁴⁵.

Il titolare è quel soggetto⁴⁶ che da solo o insieme ai contitolari, è chiamato a individuare e specificare fini e i mezzi del trattamento di dati personali e che, in base a quanto previsto dall'art. 4 del RGPD pone in essere quella molteplicità di "operazioni applicate a 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"⁴⁷.

Diversamente, il RPD⁴⁸, che rappresenta un elemento innovativo nel quadro delineato dal Regolamento, è chiamato a svolgere una pluralità di compiti connessi allo svolgimento di un'attività neutrale, di vigilanza e tecnico-consulativa in materia di trattamento e protezione di dati personali⁴⁹.

Il RDP⁵⁰ dovrà essere obbligatoriamente nominato nei casi previsti al paragrafo 1 dell'art. 37, ovvero quando: a) il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico⁵¹, eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali; b) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono in trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala; oppure c) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'art. 9 o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'art. 10.

Lo *status* giuridico del c.d. *data protection officer* si desume dagli artt. 38 e 39: tale soggetto, nello svolgimento dei suoi compiti, nel rispetto dei canoni di

⁴⁵ G. GUZZARDO, *op. cit.*

⁴⁶ Persona fisica, persona giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro tipo di organismo.

⁴⁷ L. FIORENTINO, *op. cit.*

⁴⁸ A. TORTORA, *Il nuovo regolamento europeo per la protezione dei dati (GDPR) e la figura del "Data Protection Officer" (DPO): incidenza sulla attività della pubblica amministrazione*, Commento a Reg. UE 2016/679, in *Amministrativamente*, 2018.

⁴⁹ G. GUZZARDO, *op. cit.*

⁵⁰ Il RPD potrà essere un dipendente del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento oppure svolgere tale attività in ragione un contratto di servizi. (art. 37, par. 6 GDPR). Sono altresì necessarie specifiche qualità professionali come la conoscenza specialistica della normativa e delle prassi in materia di protezione dei dati, e l'idoneità di svolgere i propri compiti.

⁵¹ Sulla nozione di organismo di diritto pubblico si veda, M. P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica Amministrazione*, Bologna, 2000.

terzietà, assenza di conflitto di interessi, vincolo derivante dalle norme sul segreto professionale, oltre a rappresentare la figura di riferimento con l'esterno rispetto alle tematiche connesse alla materia, è chiamato sia a porre in essere attività informative e di consulenza⁵² a beneficio del titolare del trattamento o del responsabile nonché a favore dei dipendenti che lo eseguono per quanto concerne gli obblighi previsti dalla normativa eurounitaria, sia a svolgere attività di sorveglianza rispetto all'attuazione del Regolamento⁵³.

3. Il rapporto tra privacy, trasparenza amministrativa e accountability alla luce del GDPR.

La fiducia reciproca che deve caratterizzare il rapporto tra interessato e titolare nel trattamento dei dati personali, tuttavia, non può non tener conto di un diverso interesse giuridico potenzialmente confliggente con quello della privacy: la trasparenza amministrativa, in base alla quale ogni cittadino ha il diritto a ricevere informazioni, comprensibili, chiare e trasparenti in ogni fase del rapporto con chi eroga il servizio⁵⁴.

La trasparenza, oggi, è il frutto delle innovazioni legislative che negli ultimi tempi hanno fortemente inciso la materia: già con il D.lgs. n. 150/09 "Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni" e con la c.d. legge anticorruzione, del 6 novembre 2012, n. 190, era emersa con forza la volontà del legislatore di implementare la trasparenza negli uffici mirando a ricostituire un saldo un rapporto di fiducia tra cittadini e pubblica amministrazione, resosi ancor più necessario dopo inchieste e fatti di cronaca che lo avevano pesantemente minato.

Tale finalità ha rappresentato il principale obiettivo anche dei successivi interventi del legislatore, ovvero prima del c.d. decreto trasparenza, D.lgs. n. 33 del 2013, e poi del D.lgs. 97 del 2016, "Recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione pubblicità e trasparenza correttivo della legge 6 novembre 2012, n.190 e del decreto legislativo 14 marzo

⁵² G. SCIULLO, *Interessi differenziati e procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 58 ss.; V. PARISIO, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 802 ss..

⁵³ Tanto con riferimento agli adempimenti tecnici, tanto sollecitando la filiera descritta in precedenza all'osservanza degli obblighi di cui al regolamento o comunque previsti dalle altre fonti in materia di protezione dei dati.

⁵⁴ M. FILICE, *op. cit.*.

2013, n. 33⁵⁵ ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazioni delle amministrazioni pubbliche”.

Attualmente, la trasparenza, a seguito delle predette riforme e con l'introduzione del nostro contesto ordinamentale dei principi del *Freedom of Information Act* (FOIA), è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sul corretto utilizzo delle risorse pubbliche⁵⁶.

È evidente che, così congegnata la trasparenza amministrativa presenti punti di attrito con la tutela della riservatezza. Tuttavia, il legislatore europeo, nel rispetto dei profili di peculiarità che caratterizzano l'organizzazione amministrativa dei diversi Stati membri, ha previsto per gli stessi una certa discrezionalità nel recepimento, nei distinti contesti ordinamentali, delle disposizioni sovranazionali in materia, proprio nei casi in cui il trattamento dei dati personali rilevi nell'ambito dell'azione amministrativa. Prevede infatti il Regolamento che “i dati personali contenuti in documenti ufficiali in possesso di un'autorità pubblica o di un organismo pubblico o privato per l'esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico possono essere comunicati da tale autorità o organismo conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti, al fine di conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento⁵⁷”

Specifica poi la norma, senza indicare specifici criteri o principi, che all'interno degli ordinamenti nazionali è necessario trovare un punto d'incontro tra accesso

⁵⁵ Il decreto in parola ha previsto per la prima volta l'“accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”. Altra fondamentale è quella relativa all'istituto dell'accesso civico, previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, in base al quale nel caso in cui sia stata omessa la pubblicazione obbligatoria di dati, documenti o informazioni, chiunque avrà diritto a richiederli, senza limitazione e senza obbligo di motivazione. Giova ricordare che in precedenza ai fini di procedere all'accesso era sempre stato caratterizzato dal fatto che dovesse sussistere un interesse congruamente motivato dal soggetto.

⁵⁶ A. SIMONATI, *L'accesso civico come strumento di trasparenza dell'azione amministrativa: luci ombre e prospettive future (anche per gli enti locali)*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2016.

⁵⁷ Il regolamento precisa che la Direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sul riutilizzo delle informazioni nel settore pubblico, “non dovrebbe applicarsi ai documenti il cui accesso è escluso o limitato in virtù dei regimi di accesso per motivi di protezione dei dati personali, e a parti di documenti accessibili in virtù di tali regimi che contengono dati personali il cui riutilizzo è stato previsto per legge come incompatibile con la normativa in materia di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali”.

del pubblico ai documenti ufficiali e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico con il diritto alla protezione dei dati personali.

Conseguentemente, lo spazio di autonomia previsto per i singoli Stati nel disciplinare i casi di accesso a documenti contenenti dati personali detenuti dalle pubbliche amministrazioni ha fatto sì che venisse ad emergere un sistema variamente congegnato in cui alle diverse modalità di accesso si accompagnano altrettanti differenziati criteri di valutazione del rapporto con la tutela dei dati personali, previsti dalle norme interne⁵⁸, le quali dovranno sempre essere proporzionate⁵⁹ rispetto alla finalità perseguita e sempre caratterizzate dalla presenza di misure appropriate e specifiche a salvaguardia dei diritti fondamentali e degli interessi delle persone cui i dati si riferiscono⁶⁰.

Ciò, tuttavia, avverrà comunque, nel rispetto dell'assetto giuridico tratteggiato dal RGPD affinché possano essere assicurati sia dei livelli minimi di tutela nei diversi Stati membri, sia un'applicazione omogenea delle tutele previste⁶¹.

Il legislatore nazionale ha provveduto ad adeguare l'apparato normativo interno alle previsioni del Reg. UE n. 2016/679 con il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101: tali modifiche hanno determinato il sorgere di una pluralità di questioni, derivanti perlopiù dalla sussistenza, nel nostro ordinamento, di diverse tipologie di accesso.

Posto che la P.A., una volta ricevuta una richiesta d'accesso dovrà procedere a verificare quale sia la disciplina applicabile alla fattispecie, indipendentemente dalla qualificazione fatta da chi abbia posto in essere la richiesta, le principali criticità sorgono proprio in tale fase di individuazione del regime di accesso applicabile.

Tale operazione non si presenta particolarmente agevole, richiedendo una specifica ed approfondita conoscenza della materia, con la conseguenza che spesso le amministrazioni, nelle ipotesi più problematiche di contrasto tra privacy e trasparenza tendono o lasciare inevasa la domanda di accesso, divenendo inadempienti, o a rigettare la richiesta, riservandosi di chiedere il parere al Garante per la protezione dei dati personali, nel caso in cui venga proposto il

⁵⁸ E. D'ALTERIO, *op. cit.*

⁵⁹ Sull'inquadramento del principio di proporzionalità si veda il recente contributo di D. U. GALETTA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in AA.VV., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M. A., Milano, II ed, 2017.

⁶⁰ G. GUZZARDO, *op. cit.*

⁶¹ Considerando 10 del regolamento UE 2016/679.

riesame presso il Responsabile per la prevenzione della corruzione e la trasparenza⁶².

La caratteristica che contraddistingue le diverse modalità attraverso cui esercitare il diritto di accesso è che in ogni caso bisognerà operare un di un contemperamento tra il diritto alla protezione dei dati personali del controinteressato e le situazioni giuridiche soggettive riferibili al richiedente, che possono ricondursi a tali categorie: interesse qualificato nell'accesso previsto dalla 241/90, un interesse all'integrità e anticorruzione nell'accesso civico semplice previsto dal D.lgs 33/2013 e, infine, un diritto alla conoscenza nell'accesso civico generalizzato introdotto con il FOIA italiano.

In riferimento alla prima ipotesi considerata, il rapporto tra la protezione dei dati personali e l'accesso qualificato è regolato dagli artt. 59 e 60 del D.Lgs. n. 196/2003 in base ai quali in via generale a prevalere sarà il diritto di accesso⁶³, salvo i casi in cui l'accesso stesso inerisca atti riguardanti la salute, la vita o l'orientamento sessuale: in tali ipotesi, necessario sarà procedere ad un bilanciamento più specifico⁶⁴. Da considerare è anche l'art. 3 del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, che statuisce l'obbligo di notifica ai controinteressati quando l'accesso abbia ad oggetto atti contenenti dati personali⁶⁵.

Posta l'operatività del limite assoluto, previsto dall'art. 24, comma 1, lett. d), L. n. 241/1990, in base al quale è esclusa la possibilità di accederei documenti

⁶² Specifica il comma 7 dell'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013 che: "Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all'art. 43, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta".

⁶³ "Fatto salvo quanto previsto dall'art. 60, i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati di cui agli articoli 9 e 10 del regolamento e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso".

⁶⁴ Nel nostro ordinamento è previsto che diritto di accesso possa essere limitato "quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono". Ad ogni modo, "deve comunque essere garantita ai richiedenti la visione degli atti dei procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro stessi interessi giuridici".

⁶⁵ E. D'ALTERIO, *op. cit.*

contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi⁶⁶, sono altresì presenti limiti meno stringenti, indicati alla lett. g), comma 2, dell'art. 9, del Reg. UE n. 2016/679. Sul punto, il regolamento prevede che "il trattamento [...] necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri [...] deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato". L'art. 60, invece, precisa che: "quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale".

Posto che nella prassi in presenza di una richiesta di accesso qualificato, adeguatamente ed esaustivamente motivata, il diritto di accesso risulterà prevalere rispetto alla protezione dei dati personali del controinteressato, in entrambe le circostanze la P.A. si trova a doversi districare tra questioni profondamente complesse visto che, nel primo caso, l'ufficio chiamato ad occuparsi della richiesta di accesso dovrà verificare che l'accesso all'atto, contenente dati personali, non oltrepassi i limiti posti. Nelle altre circostanze, invece, occorrerà contemperare il diritto alla riservatezza del titolare dei dati e quello alla base della richiesta di accesso che, tuttavia, sarà ritenuto prevalente ove di rango almeno pari o consistente in un diritto della personalità o libertà fondamentale.

L'accesso civico previsto dal D.Lgs. n. 33/2013 si fonda sulla pubblicazione sul sito *web* dell'amministrazione di tutta una serie di dati personali al fine di consentire ai cittadini di operare un controllo diffuso sull'operato della P.A., per meglio perseguire una maggiore integrità dell'azione amministrativa⁶⁷ e le finalità previste dalla L. n. 190/2012 in materia di anticorruzione.

Per quanto concerne invece il bilanciamento tra accesso civico e diritto alla protezione dei dati personali⁶⁸, l'ordinamento tende ad attribuire prevalenza alla richiesta di accesso civico che, riguardando una tipologia di documenti per i quali

⁶⁶ Bisogna altresì considerare che con regolamento governativo possono essere apposti Vi sono anche limiti c.d. eventuali.

⁶⁷ E. D'ALTERIO, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Milano, 2015.

⁶⁸ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, n. 8, 2013.

sono previsti obblighi di pubblicazione, sarà accolta automaticamente dall'amministrazione ricevente nel caso in cui l'atto o il dato non sia presente *online*⁶⁹.

L'amministrazione, in questo caso, non darà luogo ad alcuna valutazione, avendo il legislatore operato *ex ante* il bilanciamento tra i due diritti nel momento in cui ha previsto specifici obblighi normativi. Con l'accoglimento della richiesta si provvederà a pubblicare l'atto o il dato⁷⁰ mancante sul sito dell'amministrazione coinvolta, specificando, a chi ne aveva fatto richiesta, il relativo *link* per facilitare il reperimento dei contenuti richiesti⁷¹.

Anche in questa circostanza sono comunque previste delle limitazioni per la P.A. che dovrà: rendere anonimi i dati di pubblicazione facoltativa, criptare specifici dati personali⁷², rispettare i requisiti di indispensabilità e pertinenza, escludere dalla pubblicazione i dati c.d. sensibilissimi.

Previsto dal D.Lgs. n. 97/2016, l'accesso civico generalizzato è un mezzo volto a realizzare e concretizzare la libertà di informazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni⁷³. Può essere posto in essere chiunque, senza che sia necessaria qualsivoglia qualificazione o motivazione⁷⁴, sia in presenza di un interesse individuale sia da un interesse pubblico generale.

In questo caso, a differenza di quanto visto in precedenza, a risultare prevalente è il diritto alla protezione dei dati rispetto al diritto d'accesso. Infatti, il D.Lgs. n. 33/2013 all'art. 5 bis, comma 2, lett. a), specifica che il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dell'interesse alla protezione dei dati personali, conformemente alla disciplina legislativa in materia. Quindi, in presenza di qualsivoglia dato personale l'amministrazione verificherà, a seguito di un necessario bilanciamento, esclusivamente la sussistenza del pregiudizio concreto, anche solo potenziale.

⁶⁹ Come specificato anche dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3079; T.A.R. Lombardia, III, 14 luglio 2014, n. 1876), gli obblighi di pubblicazione dei documenti previsti dal D.Lgs. n. 33/2013 fanno riferimento al periodo successivo all'entrata in vigore del decreto e non anche a quello precedente.

⁷⁰ Resi anonimi nel caso in cui la pubblicazione non sia obbligatoria, visto che le amministrazioni possono pubblicare ulteriori dati rispetto a quelli oggetto degli specifici obblighi di pubblicazione.

⁷¹ E. D'ALTERIO, *op. cit.*

⁷² Ad es. nell'ambito della valutazione dei dipendenti pubblici, come previsto dall'art. 7 bis del D.Lgs. n. 33/2013.

⁷³ E. D'ALTERIO, *op. cit.*

⁷⁴ E. D'ALTERIO, *La trasparenza amministrativa*, in B.G. MATTARELLA - E. D' (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge n. 124 del 2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, 2017.

Infine, in riferimento all'effettività ed alle misure sanzionatorie, di natura preventiva e repressiva, il regolamento prevede che saranno gli Stati membri a disciplinare gli ambiti e la portata delle sanzioni da irrogare, siano esse a carattere amministrativo o penale e sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza e omogeneità tra i differenti ordinamenti.

Concludendo, il nuovo Regolamento fa della tutela della privacy uno tra gli obiettivi a cui tende tutta l'azione dei soggetti sia pubblici sia privati, con un necessario cambio di rotta nella definizione delle politiche di tutela dei dati personali, che dovrà portare all'elaborazione di un innovativo modello di organizzazione per le pubbliche amministrazioni.

La responsabilità del venditore per i vizi della cosa: morfologia giuridica e regime processuale, alla luce della recente giurisprudenza di legittimità.

di Sisto MACCHIARELLI*

SOMMARIO: **1.** La compravendita come modello negoziale paradigmatico nell'ambito della teoria dei contratti; **2.** Il sistema delle garanzie contrattuali quale vincolo legale che rafforza l'attribuzione traslativa; **3.** Il regime processuale della responsabilità speciale del venditore per i vizi della cosa; **4.** La controversa questione degli atti interruttivi della prescrizione annuale di cui all'art. 1495, co. 3, c.c..

ABSTRACT: *The United Sections resolved, through the examined judgment, the jurisprudential conflict concerning the applicability of the principle of law about the seller's responsibility for defects of goods, enunciated by the U. S. themselves with sentence n. 13533 of 2001. The Supreme Council undertook a prior examination of the legal nature of the obligation of guarantee, which art. 1477, n. 3 seems to qualify as an obligation of the seller in the technical sense, and reached a negative solution of the conflict. A careful analysis of the main corresponding successive doctrinal positions together with the systematic classification of the rules governing the sale, led the United Sections to qualify this duty as a legal constraint that strengthens the conveyancing commitment, from whose violation derives a special contractual responsibility of the transferor, not subject to the evidentiary regime pursuant to art. 1218 c.c. Moreover, this pronouncement offers a possible reading key to solve the different issue about the suitability of the extra-legal manifestations of will to interrupt the short term of one-year statute of limitation, pursuant to art. 1495 from civil code, for building actions.*

1. La compravendita come modello negoziale paradigmatico nell'ambito della teoria dei contratti

* Laureato con lode presso la Seconda Università degli Studi di Napoli con tesi in diritto penale, parte speciale, dal titolo "principio del ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato, praticante avvocato, già tirocinante ex art. 73 d. l. n. 69 del 2013 presso Trib. Pen. Nap., Sez. II.

La compravendita costituisce l'archetipo dei negozi sinallagmatici ad affetti reali, sia per la rilevanza economica che assume nella pratica degli affari la funzione di scambio, sia per la varietà di sottotipi e di clausole che possono caratterizzarne il programma contrattuale¹.

Invero, la fattispecie riflette l'atteggiamento di favore del legislatore storico per l'accelerazione dei traffici giuridici, in forza di una direttrice che affonda le sue radici nell'art. 1125 del codice civile del 1865 e viene ribadita anche dall'art. 1376 del codice in vigore.

Difatti, l'operatività del principio consensualistico comporta il trasferimento del diritto reale, ossia uno dei risultati finali voluti dai paciscenti, con il perfezionamento dell'accordo, in deroga al formalismo della tradizione romanistica e degli ordinamenti di area tedesca.

In particolare, il diritto romano prevedeva la necessità della consegna della cosa ai fini dell'effetto traslativo, cosicché si distingueva tra *titulus acquirendi*, rappresentato dalla fonte dell'obbligazione di dare, e *modus acquirendi*, costituito, invece, dalla *traditio*, ovvero dagli altri negozi astratti della *mancipatio* o dell'*in iure cessio*, che erano assoggettati alle formule sacrali del diritto dei Quiriti².

In età intermedia le fattispecie richiamate furono sostituite dalla clausola di spossessamento, il c.d. costituito possessorio, in base alla quale l'alienante cessava di essere proprietario-possessore per diventare automaticamente mero detentore della cosa, con obbligo di consegnarla all'acquirente³.

Tale istituto può continuare a trovare applicazione, secondo la prevalente giurisprudenza⁴, solo quando il contratto contenga la relativa clausola, di talché il negozio diviene fonte per l'acquisto a titolo derivativo anche del possesso.

¹ In materia v. *amplius* D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 1 e ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 2 e ss.

² Sul punto G. FRANCIOSI, *Le "obligationes consensu contractae". La "emptio-venditio"*, in *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 343 e ss.

³ Per un maggiore approfondimento si rimanda a P. STANZIONE-B. TROISI, *Il principio consensualistico*, in *Principi generali del diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 139 e ss.

⁴ Tra le pronunce più significative Cass. Civ., Sez. II, 18 marzo 1981, n. 1613, secondo la quale «nella vendita con effetti reali la volontà di vendere non si accompagna necessariamente alla perdita dell'"animus possidendi" e all'automatico trasferimento del possesso in favore dell'acquirente, poiché l'art. 1476 c.c. non prevede un "constitutum possessorium ex lege", mentre considera la consegna della "res" come obbligazione del venditore e non come effetto immediato e necessario del contratto stesso. In particolare, a differenza del codice abrogato, quello attuale non determina forme tipiche di trasferimento del possesso; l'interprete deve, caso per caso, valutare se le forme sono idonee o meno all'acquisto del possesso, inteso come disponibilità attuale della "res", che non presuppone necessariamente l'apprensione materiale o fisica».

La soluzione predetta è conforme al principio generale sancito dall'art. 1146, co. 1, c.c., secondo il quale il possesso continua automaticamente per legge solo in capo all'erede nell'ambito della successione a titolo universale.

Peraltro, non si ritiene condivisibile l'argomento per cui l'obbligo di consegnare il bene previsto dall'art. 1476 c.c. sarebbe incompatibile con *l'animus rem sibi habendi*, cioè uno degli elementi costitutivi della relazione di fatto con la cosa, della quale resta possessore il venditore se non è diversamente pattuito o la *res* non viene trasferita contestualmente alla conclusione dell'accordo.

La *traditio*, inoltre, come precisa la Relazione Ministeriale di accompagnamento al codice civile al n. 629, «*non è stata richiamata dall'art. 922 c.c. quale modo d'acquisto della proprietà, a conferma che, in mancanza di apposita disposizione, essa viene considerata quale semplice atto d'adempimento dell'obbligazione di consegnare una cosa già trasferita in dominio*» al compratore.

Occorre, peraltro, osservare che il principio in esame ha valenza assoluta solo nei rapporti *inter partes*, atteso che per l'opponibilità ai terzi l'ordinamento giuridico, in continuità con la tradizione previgente, impone l'osservanza di regole formali al fine di garantire la certezza dei traffici giuridici e, in via indiretta, il legittimo affidamento dei privati.

Pertanto, da un lato l'alienante è tenuto a garantire la titolarità del diritto trasferito per tutelare l'acquirente contro l'evizione, anche nell'ambito della cessione del credito, come si ricava dall'art. 1266 c.c.; dall'altro, in caso di contrasto tra più aventi causa del medesimo autore, non vale la regola compendiata dal brocardo *prior in tempore potior in iure*, che lascerebbe prevalere colui che per primo ha acquistato il diritto, bensì il canone per cui è preferito colui che per primo acquista il possesso di buona fede ex art. 1155 c.c., se si tratta di beni mobili, ovvero colui che ha trascritto per primo l'atto di acquisto negli appositi registri ai sensi dell'art. 2644 c.c., quando la lite cade su beni immobili.

Ciò induce parte della dottrina a ravvisare una «perfetta antitesi»⁵ tra il principio consensualistico e il principio pubblicitario, dacché se il consenso è sufficiente a far acquistare il diritto, non è di per sé idoneo a conservarlo, in quanto il secondo acquirente può prevalere sul primo se trascrive prima il proprio titolo nei pubblici registri, ovvero se si perfeziona il possesso di buona fede.

In questo modo l'ordinamento giuridico finisce per condizionare risolutivamente l'attribuzione traslativa all'adempimento formale, risultando incoerente rispetto

⁵ Cit. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, XVII Edizione, 2015, p. 309.

a quei sistemi che subordinano l'operatività dell'effetto reale a uno specifico *modus acquirendi*.

Inoltre, lo stesso comportamento viene ad essere considerato come un illecito civile, ogniqualvolta il secondo avente causa agisce in male fede cooperando all'inadempimento del venditore, e come un valido atto di acquisto del diritto, per soddisfare superiori esigenze di certezza e stabilità giuridica.

Il principale corollario della regola del consenso traslativo è rappresentato dal trasferimento del rischio di perimento della cosa sull'acquirente-proprietario⁶, che è tenuto a sopportare l'alea delle sopravvenienze secondo il canone *res perit domino* di cui all'art. 1465 c.c., purché il contratto non abbia la fisionomia delle c.d. vendite "speciali", per le quali l'effetto reale è differito a una circostanza successiva alla formazione dell'accordo, come l'individuazione, nel caso di vendita di cose generiche *ex art. 1378 c.c.*, ovvero la venuta ad esistenza della cosa, nel caso di vendita di cose future

2. Il sistema delle garanzie contrattuali quale vincolo legale che rafforza l'attribuzione traslativa

L'art. 1476 c.c. annovera tra le obbligazioni del venditore quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa, ossia due fenomeni patologici aventi diversa natura.

Invero, l'evizione riguarda la condizione giuridica del bene venduto, che presenta un difetto relativo alla situazione di appartenenza, tale da impedire l'attuazione dell'effetto traslativo a causa di un fatto preesistente al contratto che si manifesta dopo la stipula, determinando lo spossessamento dell'acquirente⁷; il vizio, invece, consiste in un difetto materiale del bene, che ne pregiudica il pieno ed esatto godimento.

Dal punto di vista sistematico il vizio si distingue dalla mancanza di qualità e dall'*aliud pro alio* per presupposti e tutele esperibili dall'acquirente.

Il codice civile, infatti, considera la mancanza di qualità come una forma speciale di inadempimento del venditore, che ricorre quando la cosa è inidonea all'uso a cui è destinata a causa di carenze strutturali, come la mancanza di materia, di tessuto o di colore.

⁶ Per un'analisi approfondita delle singole fattispecie che derogano al principio del consenso traslativo si rimanda a P. STANZIONE- B. TROISI, *op.cit.*, pp. 140-141; per i profili d'indagine relativi al contratto di compravendita e, segnatamente, della dibattuta possibilità per l'autonomia negoziale di derogare alla regola in questione si veda LUMINOSO, *op.cit.*, pp. 2 e ss.

⁷ V. *amplius* F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 1101.

Il tenore letterale dell'art. 1497 c.c. corrobora questa esegesi, in quanto la norma richiama le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, purché il difetto ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi secondo il canone di cui art. 1455 c.c., subordinando l'operatività del rimedio allo stesso regime processuale previsto dall'art. 1495 c.c.

In particolare, tale disposizione individua negli otto giorni dalla scoperta del vizio e nell'anno dalla consegna i termini di decadenza e prescrizione per l'esercizio delle azioni edilizie, così definite perché in età romana disciplinate per la prima volta dagli editti degli Edili Curuli.

Il compratore è legittimato ad esperire la tutela redibitoria, ovvero quella estimatoria, in quanto titolare del diritto alla garanzia, sempreché le parti non l'abbiano esclusa o limitata a mente dell'art. 1490, co. 2, c.c.

Peraltro, il relativo patto è inefficace se il venditore ha taciuto l'esistenza del difetto in mala fede, situazione soggettiva che la giurisprudenza ritiene non equiparabile alla colpa grave⁸.

La dottrina prevalente⁹ non considera decisivo l'argomento letterale che una parte della prassi valorizza – anche alla luce della volontà manifestata dal legislatore storico¹⁰ – per giustificare le differenze di regime giuridico tra le forme

⁸ Invero, la prassi ritiene non condivisibile la tesi che equipara la mala fede alla colpa grave per ragioni di coerenza sistematica con le regole sancite dagli artt. 1229 e 1147, co. 2, c.c., per la parte in cui dispongono la nullità dei patti di esonero da responsabilità per colpa grave e l'irrelevanza della buona fede quando dipende da colpa grave. Difatti, l'art. 1490 c.c. è norma speciale rispetto all'art. 1229 c.c. e fa riferimento alla situazione vigente al momento dell'accordo, mentre l'altra disposizione concerne un inadempimento successivo, relativo alla fase del rapporto contrattuale. Peraltro, l'art. 1147 c.c. è una norma dettata in materia di possesso, che non è estensibile alla materia contrattuale. Tra le pronunzie più recenti si segnala Cass. Civ., Sez. II, 11 maggio 2016, n. 9651, che ha enunciato il seguente principio di diritto «*in tema di garanzia per i vizi della cosa venduta, l'art. 1490 secondo comma c.c. - secondo cui il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa - presuppone che il venditore abbia raggirato il compratore tacendo consapevolmente i vizi della cosa venduta dei quali era a conoscenza, inducendolo così ad accettare la clausola di esonero dalla garanzia che altrimenti non avrebbe accettato; ne deriva che non rientra nella sfera di applicazione della norma il caso in cui il venditore sia rimasto all'oscuro dei vizi della cosa venduta ancorché per sua colpa grave*».

⁹ Di questo avviso F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 1109; A. LUMINOSO, *op. cit.*, pp. 283 e ss.

¹⁰ Il riferimento è alla Relazione Ministeriale di accompagnamento al codice civile, che al n. 670, par. 2, precisa «*il nuovo sistema, racchiuso nelle norme degli articoli 1490 a 1497, nonché dell'art. 1511, si può così riassumere: i vizi apprezzabili e non facilmente riconoscibili e i difetti di qualità non tollerabili, per quanto diano luogo a due diverse azioni, e cioè, rispettivamente, alla redibitoria (in alternativa con la quanti minoris) ed all'ordinaria risoluzione, sono unificati nell'ulteriore trattamento perché entrambi devono essere denunciati entro otto giorni a pena di decadenza e fatti valere in giudizio entro il termine prescrizione di un anno. Questo semplificato meccanismo fissa in brevi termini la posizione delle parti rispetto all'esecuzione del contratto. Finora, tra l'altro, sotto la pressione delle cose e delle complicate sanzioni, la giurisprudenza, per ragioni pratiche,*

di tutela esperibili dall'acquirente per le ipotesi di vizi della cosa e di mancanza di qualità promesse.

Invero, si osserva che già sul piano logico, prima che giuridico, la mancanza di qualità consiste in un difetto materiale della *res* che preesiste alla formazione dell'accordo e pregiudica l'attribuzione traslativa, determinando una violazione della *lex contractus* analoga, se non più radicale, a quella realizzata dal vizio redibitorio.

Pertanto, è ragionevole ritenere analogicamente applicabile la stessa disciplina prevista dagli artt. 1490 e ss. c.c. anche alla mancanza di qualità, ivi inclusa la possibilità per l'acquirente di esercitare l'azione *quanti minoris* per ottenere la riduzione del prezzo, attraverso un intervento manutentivo del giudice sull'equilibrio economico del contratto, subordinato all'impulso di parte in ossequio al principio della domanda *ex art. 112 c.p.c.*¹¹.

La categoria dell'*aliud pro alio*, invece, esula dalla disciplina speciale dettata dal codice in materia di compravendita perché costituisce una forma di inadempimento assoggettato alle regole generali di cui agli artt. 1218-1453 c.c. In particolare, secondo l'interpretazione evolutiva avallata dalla Suprema Corte, l'*aliud pro alio* ricorre non solo quando il bene consegnato appartiene a una categoria merceologica diversa rispetto a quella dedotta in contratto, ma anche quando la *res* si riveli assolutamente inadatta ad assolvere alla funzione economico-sociale che soddisfa l'interesse dell'acquirente, come nel caso della vendita di immobile ad uso abitativo senza certificato di agibilità¹².

La fattispecie ha in comune con le ipotesi di vizi della cosa e di mancanza delle qualità promesse l'esperibilità, da parte del compratore, dell'azione di risarcimento del danno secondo il paradigma della responsabilità per colpa presunta¹³ *ex art. 1218 c.c.*

era stata indotta a deviare dai precisi concetti di vizio e di difetto di qualità; mentre adesso; l'aliud pro alio, ai fini di evadere dal secondo comma dell'art. 1497, si avrà soltanto quando la cosa rientri in un genere del tutto diverso da quello contrattato».

¹¹ In termini dubitativi M. FRATINI, *La vendita*, in *Il sistema del diritto civile, i singoli contratti*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017, pp. 24 e ss., secondo il quale è controversa «l'esperibilità dell'azione *quanti minoris* in caso di mancanza di qualità; non si dubita, invece, che lo stesso risultato pratico possa essere raggiunto attraverso il rimedio risarcitorio, nella forma della riduzione del prezzo dovuto».

¹² Tra le sentenze più recenti e rilevanti in materia Cass. Civ., Sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 622; Cass. Civ., Sez. II, 20 gennaio 2017, n. 2294; Cass. Civ., Sez. II, 29 agosto 2011, n. 17707.

¹³ L'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza considera la colpa un elemento costitutivo della fattispecie, in quanto il risarcimento del danno, dal punto di vista tassonomico, si qualifica come rimedio a carattere sanzionatorio che presuppone un giudizio di responsabilità incentrato sull'elemento soggettivo. Avvalora questa soluzione la Relazione Ministeriale di accompagnamento al codice civile, che al n. 568 chiarisce la ragione per cui il legislatore storico

Tuttavia, a differenza dell'art. 1453 c.c., le norme sulla vendita non legittimano l'acquirente ad agire per ottenere l'esatto adempimento dell'alienante, che gli consentirebbe di domandare l'eliminazione del vizio, ovvero la sostituzione del bene.

Invero, dal sinallagma contrattuale non nasce un obbligo di *facere* in capo al venditore, ma solo un obbligo di dare, come si ricava dall'art. 1476 c.c., di talché il rimedio non è configurabile.

La tesi minoritaria considera l'obiezione non decisiva, in quanto lo stesso risultato potrebbe essere raggiunto dall'acquirente attraverso la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, atteso che l'art. 1494 c.c. fa' salvo il relativo diritto del compratore quando sussiste la colpa dell'altra parte.

L'orientamento prevalente muove di diverso avviso, considerando questo assunto non meritevole di accoglimento per plurime argomentazioni.

In primo luogo, pur non sussistendo nella disciplina generale prevista dal codice civile una gerarchia tra le due forme di risarcimento del danno, atteso che l'art. 2058 c.c. si limita solo a individuare le condizioni ostative alla tutela in forma specifica, nell'ambito della compravendita le norme che disciplinano le azioni esperibili dal compratore si riferiscono solo al risarcimento per equivalente economico, in forza del rinvio ai criteri di cui all'art. 1223 c.c.

Inoltre, quando il legislatore ha considerato azionabile anche questa forma di tutela lo ha previsto espressamente, secondo il canone *ubi vult dicit, ibi noluit tacuit*.

Difatti, l'art. 1512 c.c. contempla l'obbligo di *facere* nel contenuto della garanzia quando è pattuito il buon funzionamento della cosa, ovvero la disciplina consumeristica di cui agli artt. 129 e ss. d.lgs. n. 206/2005 riconosce all'acquirente il diritto a domandare la sostituzione, ovvero la riparazione del

all'art. 1218 c.c. si è limitato a richiamare solo l'elemento oggettivo dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore quale causa di esonero da responsabilità. In particolare «è noto che a gravissime discussioni diedero luogo i concetti di caso fortuito e di forza maggiore, cui faceva riferimento l'art. 1226 del codice 1865; in più recente tendenza della dottrina era nel senso di identificare quel concetto con l'assenza di colpa, da parte del debitore, nella determinazione dell'evento da cui dipendesse l'inadempimento o il ritardo. Per questo, nell'art. 1218 a dirimere ogni questione si parla puramente e semplicemente di causa non imputabile al debitore; la non imputabilità dell'evento, ossia l'assenza di colpa riguardo al verificarsi del medesimo e al conseguente impedimento ad adempiere, costituisce il requisito subiettivo, che deve concorrere con quello obiettivo dell'impossibilità della prestazione, perché il debitore inadempiente sia esente da responsabilità». Per un maggiore approfondimento si rimanda a M. FRATINI, *La disciplina della responsabilità da inadempimento*, in *Le obbligazioni*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2018, pp. 213 e ss.

bene, perché il venditore è per legge tenuto a consegnare beni conformi al contratto¹⁴.

L'alienante, tuttavia, può assumere spontaneamente l'impegno di eliminare il vizio, mediante una promessa unilaterale che rende strutturalmente incompatibile la fattispecie con la novazione, dacché l'effetto estintivo e sostitutivo delle garanzie legali postula l'accordo contrattuale tra le parti, nell'ambito di un negozio bilaterale di secondo grado che manifesta l'*animus novandi* in ossequio alla disciplina di cui all'art. 1230 c.c.

Pertanto, la giurisprudenza considera tale promessa un *quid pluris* che si affianca agli strumenti previsti dal codice per ampliare il fascio di tutele del compratore, ma l'azione di adempimento resta assoggettata al termine ordinario di prescrizione decennale ai sensi dell'art. 2936 c.c.¹⁵

La questione maggiormente controversa in dottrina e giurisprudenza concerne la natura giuridica della responsabilità del venditore in caso di vizi della cosa.

Sul punto sono state formulate molteplici elaborazioni teoriche, che possono essere stigmatizzate intorno a tre principali approcci esegetici.

Una prima tesi¹⁶ qualifica la garanzia come un'obbligazione in senso tecnico a cui è tenuto per legge il venditore, come attesta il tenore letterale dell'art. 1476 c.c.

Pertanto, la consegna di un bene viziato, sarebbe fonte di responsabilità da inadempimento assoggettata a una disciplina speciale solo per i brevi termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c.

¹⁴ Parte della dottrina considera l'idoneità del bene come un requisito dell'attribuzione traslativa solo nella disciplina codicistica, mentre nel modello di derivazione europea della vendita di beni di consumo costituirebbe requisito della prestazione di consegna a cui è tenuto *ex art.* 129 cod. cons. il venditore. In particolare, A. LUMINOSO, *op.cit.*, p. 351, osserva che «*sembra doversi ritenere che, in base alla disciplina di fonte comunitaria, per quanto il venditore sia impegnato ad un risultato traslativo perfetto, la non conformità del bene al contratto assume rilevanza, ai fini della tutela del compratore, non come inesattezza dell'attribuzione traslativa ma come inesatto adempimento dell'obbligazione di consegna*», che è fonte di responsabilità *ex art.* 1218 c.c.

¹⁵ Sul punto Cass. Civ., Sez. Un., 13 novembre 2012, n. 19702 ha chiarito che l'impegno del venditore alla eliminazione dei vizi, accettato dal compratore, fa sorgere un diritto soggetto a prescrizione decennale, mentre resta fermo il termine breve annuale per l'esercizio delle azioni edilizie. Invero, la disciplina prevista dagli artt. 1490 e ss. c.c. è completa, non essendo configurabile in capo al venditore un'obbligazione di *facere* avente ad oggetto il dovere di eliminare i vizi, ovvero di sostituire la *res*.

¹⁶ Tale orientamento è condiviso da Cass. Civ., Sez. II, 21 settembre 2017, n. 21927 e Cass. Civ., Sez. II, 3 settembre 2013, n. 20110.

Questo indirizzo non è stato condiviso dalle Sezioni Unite¹⁷, che con la pronuncia n. 11748 del 2019 hanno accolto il prevalente orientamento giurisprudenziale e dottrinale¹⁸.

Invero, i termini garanzia e obbligazione si considerano tra loro inconciliabili, non tanto e non solo perché il risultato traslativo si realizza senza l'intermediazione di un obbligo del venditore in virtù del principio consensualistico *ex art. 1376 c.c.*, bensì perché l'utilità perseguita dal compratore prescinde da una prestazione del venditore.

Pertanto, non sussiste il secondo termine di comparazione della relazione obbligatoria, ossia il carico prestazionale del debitore che è strumentale a soddisfare l'interesse del creditore ai sensi dell'art. 1174 c.c.

Il dato positivo conferma questo assunto, atteso che dalla disciplina dell'obbligazione di consegna di cui all'art. 1477 c.c. si trae la conferma che degli obblighi enunciati dall'art. 1476 c.c., solo quello di consegnare il bene costituisce un dovere giuridico in senso tecnico.

In particolare, l'alienante è tenuto consegnare la cosa "nello stato in cui si trovava al momento della vendita", laddove il termine vendita viene inteso in senso lato come sinonimo di "trasferimento della proprietà"¹⁹, così da adeguare la previsione anche alla vendita di cose generiche, che presuppone l'individuazione della *res* per la produzione dell'effetto reale.

Pertanto, l'immunità dai vizi non assurge a contenuto del precetto negoziale, atteso che, come ha chiarito il Supremo Consesso, «l'obbligazione può avere ad oggetto una prestazione futura, ma non il modo di essere attuale della cosa dedotta in contratto»²⁰.

Inoltre, neppure è condivisibile la diversa tesi dottrinale²¹ che riconduce la fattispecie in esame al modello dell'assicurazione o della garanzia pura, sul presupposto che con l'accordo il venditore si accollerebbe il rischio di eventi che non è obbligato a evitare.

¹⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 3 maggio 2019, n. 11748

¹⁸ Sul Punto L. MENGONI, *Gli «acquisti a non domino»*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 25 e ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, Utet, 1993, pp. 703 e ss.; A. LUMINOSO, *op. cit.*, pp. 225 e ss.

¹⁹ *Ex multis* Cass. Civ., Sez. II., 28 aprile 2011, n. 9466.

²⁰ Sull'esclusione del contenuto precettivo dell'art. 1476 n. 3, c.c. è concorde anche la dottrina. In particolare si veda D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 634 e ss.; MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, ora in Castronovo-Albanese-Nicolussi, *Obbligazioni e negozio*, *Scritti II*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 392 e ss.

²¹ L'orientamento richiamato è sostenuto da GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, Utet, 1937, pp. 88 e ss.; analogamente F. GALGANO, voce *Vendita (Diritto privato)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, pp. 491 e ss.

Siffatta ricostruzione, invero, si scontra con l'obiezione di carattere logico per cui il vizio redibitorio consiste in un difetto materiale del bene che preesiste al contratto, perciò rientrando nella sfera di controllo del venditore, a differenza del rischio giuridico che sorregge la causa del contratto di assicurazione.

Peraltro, appare controversa la possibilità di ricondurre i rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo allo schema indennitario che trova applicazione in materia assicurativa.

Alla stregua delle considerazioni che precedono è possibile affermare che laddove l'art. 1476 c.c. qualifica la garanzia per vizi come oggetto di una obbligazione, va inteso nel senso che il venditore è legalmente sottoposto all'esercizio delle tutele in cui si sostanzia la garanzia stessa, ossia le azioni edilizie, versando in una situazione di soggezione che riflette la qualificazione del rapporto tra le parti.

Difatti, in base ai principi generali la situazione di soggezione si considera il secondo termine della relazione in cui l'altro contraente è titolare di un diritto potestativo, specularmente alle fattispecie del recesso convenzionale, ovvero dell'opzione, a mente degli artt. 1331 e 1373 c.c.

Per queste ragioni la garanzia dai vizi della cosa assume la natura giuridica di vincolo legale che è implicato dall'impegno traslativo del venditore; la consegna di un bene che presenta difetti materiali configura una violazione della *lex contractus* che prescinde dall'inadempimento, perché si basa su differenti presupposti, dando luogo a una forma di responsabilità contrattuale speciale.

Invero, il giudizio di responsabilità prescinde dalla colpevolezza dell'alienante e si fonda sul dato obiettivo dell'esistenza del vizio, a differenza dei rimedi a carattere sanzionatorio previsti dagli artt. 1218 e 1453 c.c.

Peraltro, il venditore è esposto all'azione del compratore a causa dell'imperfetta attuazione del risultato traslativo, non perché non ha eseguito diligentemente la prestazione di consegna nascente dal contratto.

3. Il regime processuale della responsabilità speciale del venditore per i vizi della cosa

Le considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità del venditore per i vizi della cosa di cui si è dato atto nel paragrafo precedente rappresentano il presupposto logico-giuridico per l'esame di due ulteriori questioni che hanno richiesto l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, delle quali solo una è stata già risolta con la sentenza n. 11748/2019.

In particolare, il contrasto giurisprudenziale è stato rilevato da due ordinanze²² sia in ordine alla possibilità di applicare alla fattispecie in esame il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 13533 del 2001 in materia di responsabilità da inadempimento, sia in relazione alla configurabilità di idonei atti interruttivi della prescrizione di cui all'art. 1495, comma 3, c.c., ai sensi degli artt. 2943 e ss. c.c., diversi dalla proposizione dell'azione giudiziale.

In ordine al primo quesito la Suprema Corte ha risposto negativamente, dopo aver chiarito che il venditore è assoggettato al diritto potestativo del compratore alle garanzie legali.

Invero, l'insussistenza di un rapporto obbligatorio rende inapplicabile il principio della presunzione di persistenza del diritto di credito che le Sezioni Unite hanno valorizzato, insieme ai canoni della *vicinitas* e di *negativa non sunt probanda*, per affermare che il creditore è tenuto a provare la fonte (negoziale o legale) del proprio diritto e ad allegare il fatto negativo dell'inadempimento, ovvero dell'inesatto adempimento, nell'ambito di ogni azione contrattuale, ivi inclusa quella di risoluzione *ex art.* 1453 c.c.

La natura della posizione giuridica soggettiva di cui è titolare il compratore induce la Cassazione ad enunciare una diversa regola, che si basa sull'art. 2697 c.c., in forza del quale chi vuole esercitare un diritto in giudizio è tenuto a provarne i fatti costitutivi.

In particolare, le Sezioni Unite hanno stabilito che «*in materia di garanzia per i vizi della cosa venduta di cui all'articolo 1490 c.c., il compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui all'articolo 1492 c.c. è gravato dell'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi*».

La conclusione testé indicata risulta conforme alle regole che la stessa giurisprudenza ha indicato nel 2001 a sostegno dell'opzione ermeneutica che pone sul debitore l'onere di dimostrare di aver profuso la diligenza richiesta dalla natura della prestazione per andare esente da responsabilità, anche quando l'altra parte domanda la caducazione del negozio.

In particolare, quanto al principio di vicinanza della prova, per il quale *l'onus probandi* grava sul soggetto nella cui sfera d'azione ricadono le circostanze da dimostrare al fine di rendere effettiva la tutela giurisdizionale ai sensi dell'art. 24 Cost., il compratore risulta essere la parte che può agevolmente offrire la prova del vizio, in quanto il bene rientra nella sua disponibilità materiale e giuridica.

²² La seconda questione è stata rimessa al Supremo Consesso con l'ordinanza Cass. Civ., Sez. II, 2 ottobre 2018, n. 23857.

Quanto al canone *negativa non sunt probanda* la soluzione accolta dal Supremo Consesso risulta armonica con la tradizione giurisprudenziale, dacché, a differenza dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento, la prova dell'esistenza del vizio è una prova positiva, che va giudicata più agevole di quella (negativa) dell'inesistenza del difetto materiale.

Inoltre, le Sezioni Unite hanno chiarito che questo orientamento trova conferma anche nella prassi relativa ai contratti di appalto e di locazione.

Difatti, nell'appalto tra i plurimi effetti prodotti dall'accettazione dell'opera²³ vi è quello della distribuzione dell'*onus probandi* fra i contraenti, in quanto l'accettazione e la verifica positiva, anche *per facta concludentia*, trasla sul committente, nella cui disponibilità rientra il bene, l'onere di dimostrare l'esistenza dei vizi e delle conseguenze dannose.

Allo stesso modo nell'ambito dell'azione di risoluzione del contratto di locazione *ex art. 1578 c.c.* compete al conduttore di dimostrare i vizi che diminuiscono in maniera apprezzabile l'idoneità del bene all'uso pattuito.

Peraltro, la medesima soluzione trova accoglimento nella disciplina europea dei contratti del consumatore, nonostante le differenze morfologiche tra la garanzia di conformità del bene al contratto e la garanzia dai vizi della cosa.

In particolare, come si ricava dall'art. 132, co. 3, cod. cons., spetta al consumatore dimostrare il difetto di conformità del bene, perché la *res* rientra nella propria disponibilità, sempreché il vizio non si sia manifestato entro sei mesi della consegna.

In questa ipotesi, infatti, opera una presunzione di persistenza del difetto materiale già al momento della consegna, che trova fondamento nella peculiare natura della responsabilità del venditore dei beni di consumo.

Invero, l'art. 130 cod. cons. rende l'alienante responsabile per ogni difetto di conformità esistente al momento della *traditio*, realizzando una forma tutela dell'acquirente più intensa rispetto alla disciplina codicistica, perché in deroga alla regola *res perit domino* di cui all'art. 1465 c.c.²⁴

²³ In particolare, l'accettazione dell'opera libera l'appaltatore da ogni responsabilità per i vizi o le difformità sconosciuti dal committente o riconoscibili, purché non taciuti in mala fede ai sensi dell'art. 1667, co. 1, c.c.; inoltre, l'accettazione, salva diversa pattuizione o uso contrario, rende esigibile il prezzo dovuto all'appaltatore e dà diritto al committente di pretendere la consegna dell'opera, oltre a determinare il passaggio del rischio di perimento o di deterioramento della cosa sul committente *ex artt. 1665-1667 c.c.* Per un maggiore approfondimento critico si rinvia a M. FRATINI, *L'appalto, op. cit.*, pp. 113 e ss.

²⁴ M. FRATINI, *op. cit.*, p. 29 osserva che «nel quadro delle misure di realizzazione del mercato interno, la normativa comunitaria ha previsto un elevato standard di tutela dei diritti del compratore non professionale, integrando le previsioni più generali del diritto uniforme della

Difatti, la dottrina prevalente osserva che «sarebbe del tutto illogico affermare che il rischio passa al momento del trasferimento del diritto (ai sensi dell'art. 1465) ma il venditore risponde comunque di ogni difformità sopravvenuta fino alla consegna. Ma una volta riconosciuta, a favore del compratore di beni di consumo, una deroga alla regola dell'art. 1465 per i deterioramenti, non si può non ammettere *a fortiori* una identica deroga per il perimento della cosa»²⁵.

4. La controversa questione degli atti interruttivi della prescrizione annuale di cui all'art. 1495, co. 3, c.c.

La soluzione accolta dalla Sezioni Unite in merito alla natura della responsabilità del venditore per i vizi della cosa rileva anche riguardo alla questione, ancora pendente, della configurabilità di idonei atti interruttivi della prescrizione di cui all'art. 1495, co. 3, c.c. diversi dalla proposizione dell'azione giudiziale, ossia la modalità di esercizio del diritto presa in considerazione dall'art. 2943, co. 1, c.c. Giova premettere che, nonostante il lessico normativo sembri deporre per un differente inquadramento, l'istituto della prescrizione non costituisce una causa di estinzione del diritto, ma una peculiare sanzione che la legge ricollega al mancato esercizio della posizione giuridica soggettiva protratto nel tempo²⁶.

Invero, questa interpretazione appare più coerente con la disciplina di riferimento, atteso che, da un lato, al giudice dovrebbe essere riconosciuta, anziché negata *ex art.* 2938 c.c., la facoltà di rilevare d'ufficio la prescrizione quale difetto di legittimazione ad agire se la fattispecie avesse natura di causa di estinzione del diritto secondo il tenore letterale dell'art. 2934 c.c.; dall'altro, questa ricostruzione mal si concilierebbe con la possibilità di rinunciare alla prescrizione quando è compiuta, come dispone l'art. 2937, co. 2, c.c.

La teleologia della fattispecie è controversa: dalla Relazione Ministeriale di accompagnamento al codice civile²⁷ trae fondamento la tesi che individua nella

vendita internazionale di cose mobili (Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci dell'11 aprile 1980)».

²⁵ Cit. A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 342; la stessa tesi è sostenuta da G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, Cedam, 2000, pp. 160 e ss.

²⁶ In questo ordine di idee F. GAZZONI, *op. cit.*, pp. 109 e ss., che precisa come «l'inerzia è a volte sanzionata con la perdita del diritto nei soli limiti in cui ad essa si accompagni l'esercizio in fatto del diritto stesso da parte di un altro soggetto. In tale evenienza, senza soluzione di continuità, il diritto viene meno in un patrimonio e nasce in un altro, ma non è configurabile un trasferimento essendo l'acquisto a titolo originario e non derivativo».

²⁷ Il riferimento è al n. 1199, che spiega la *ratio* dell'inderogabilità delle norme sulla prescrizione ai sensi dell'art. 2936 c.c. In particolare, la Relazione chiarisce che «coerentemente alla finalità d'ordine pubblico che informa l'istituto della prescrizione, ho sancito (art. 2936) la nullità di

certezza dei traffici giuridici la finalità di ordine pubblico soddisfatta dalla prescrizione.

Diversamente osserva la giurisprudenza più recente²⁸ della Suprema Corte, che riconosce all'istituto la funzione di tutelare un interesse disponibile delle parti – e, segnatamente, del debitore, – con conseguente venir meno della *ratio* pubblicistica che osta alla derogabilità del regime legale ai sensi dell'art. 2936 c.c.

La questione che ha richiesto l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite vede contrapposti due orientamenti.

qualsiasi patto diretto a modificarne la disciplina legale. Non è dato, pertanto, alle parti non solo di prolungare i termini stabiliti dalla legge – e dell'esclusione di tale facoltà, che importerebbe una preventiva rinuncia alla prescrizione, non si è mai dubitato – ma neanche di abbreviarli. Le ragioni che si adducono per giustificare le clausole di abbreviazione muovono dall'erroneo presupposto che la prescrizione sia stabilita nell'interesse del debitore, disconoscendo così il carattere pubblico dell'istituto, posto in luce dalla migliore dottrina».

²⁸ Tra le pronunce più rilevanti in materia Cass. Civ., Sez. III, 18 gennaio 2011, n. 1084.

Un caso di cooperazione colposa omissiva: riflessioni sulla responsabilità medico-chirurgica di *équipe*.

di **Fabrizia CESARANO***

SOMMARIO: **1.** Premessa; **2.** Le questioni giuridiche. L'evoluzione dell'*ars medica* da scienza individuale ad attività plurisoggettiva; **3.** La delicata problematica dell'accertamento causale nei reati omissivi impropri nell'ambito della responsabilità medica; **4.** (*Segue*) L'efficacia impeditiva dell'evento doveroso: analogie e differenze tra causalità normativa ipotetica e causalità reale; **5.** Incidenza del principio di affidamento nell'ambito dell'attività medica da *équipe*; **6.** La controversa distinzione tra cooperazione colposa *ex art. 113 c.p.* e concorso di cause colpose indipendenti *ex art. 41 c.p.*; **7.** Considerazioni conclusive e riconduzione a sistema: un caso di cooperazione colposa omissiva.

ABSTRACT: The *ars medica* is a complex field, in which the need to guarantee adequate protection to fundamental rights, such as life and physical safety, must be balanced with the interest of protecting the professionals who exercise this ability. It is in fact a function that, although risky, is considered socially useful and necessary. Since technical-scientific progress has made it increasingly necessary for professionals with different specializations to collaborate, the usual dogmatic categories - forged on the liability of the individual - are now inadequate for the identification of the person criminally responsible. In view of the therapeutic activity of a team, the investigation to be carried out inevitably revolves around the question of the morphological profiles of the culpable liability of the healthcare professional, with regard to the extent of the necessary cautions that he is called upon to observe. It is therefore a question of establishing whether and under what conditions the individual subject, who is part of the group, is responsible for the negligent behaviour of other members and to what extent he extends his duty of care and of diligence when he finds himself participating in a therapeutic activity together with other people.

1. Premessa.

* Dottoressa in giurisprudenza.

La quarta sezione della Suprema Corte, nell'ottobre 2017, si è pronunciata nuovamente in materia di *équipe* medica¹, in relazione ad un interessante caso nel quale più medici, cooperando tra loro con condotte non contestuali, hanno causato il decesso di un paziente.

Più nel dettaglio, la vicenda coinvolge quattro sanitari, tutti condannati dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Salerno per il reato di cui agli artt. 41, 110, 113 e 589 cod. pen. e trae origine da un grave errore, concernente la somministrazione di sacche di sangue di differente gruppo sanguigno rispetto a quello del ricevente, da cui era derivata la morte dello stesso.

Analizzando i comportamenti posti in essere, si evidenzia come ognuno costituisca un'ineliminabile tessera di una catena causale da cui è scaturito l'esito infausto: di conseguenza, il decorso eziologico, pur se innescato da una prima e singola condotta, rientrerebbe nell'alveo della multidisciplinarietà. Ed invero, il tecnico del servizio trasfusioni aveva consegnato le sacche all'infermiere del reparto di ortopedia senza verificarne la compatibilità e dando così inizio alla serie causale; il primo medico in servizio presso il reparto non aveva controllato la compatibilità delle stesse con il gruppo sanguigno del ricevente; il secondo medico aveva perseverato nell'errore, disponendo la somministrazione di altre sacche; infine, il medico anestesista rianimatore, chiamato in consulenza, non aveva approfondito la genesi della crisi ipotensiva. In tale contesto, è evidente come le condotte contestate agli imputati si inseriscano tutte nella medesima area di rischio, correlata tanto alla consegna delle sacche contenenti sangue incompatibile con quello del paziente, quanto all'ordine di procedere e proseguire alla trasfusione nonché all'omessa diagnosi differenziale.

La Corte d'Appello confermava la condanna di primo grado, individuando il tecnico come l'agente che aveva innescato la serie causale, ma affermando al contempo che i medici, sui quali gravava una posizione di garanzia, avrebbero dovuto verificare la corrispondenza tra le sacche e i dati del paziente e fare una diagnosi più approfondita sulle cause della crisi che lo avevano poi portato al decesso.

Ricorrevano per Cassazione tutti e quattro gli imputati, contestando tanto l'equiparazione delle loro condotte senza diversificazione di ruoli, qualifiche e

¹ Cfr. Cass. Pen., sez IV, 22 marzo 2013, n. 13542, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 3 ss.; Cass. Pen., sez. IV, 26 maggio 2011, n. 21028, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 4-5; Cass. pen., sez. IV, 2 aprile 2010, n. 19637, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 820 ss.; Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2005, n. 18548; Cass. pen., sez. IV, 1 ottobre 1999, n. 2285, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 469; Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 1999, n. 2440, in *Cass. pen.*, 2000, p. 583; Cass. pen., sez IV, 28 giugno 1996, in *Cass. pen.*, 1007, p. 3034.

mansioni, quanto l'erronea applicazione dell'art. 41 c.p., relativamente all'interruzione del nesso di causalità.

La soluzione fornita dalla Suprema Corte è nel senso di confermare la responsabilità di tutti i soggetti comunque intervenuti nell'*iter* trasfusionale, anche se per gli ultimi due sanitari è sopravvenuta la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

L'errore commesso in sede di emotrasfusione è talmente grave da avere un'esclusiva forza propria nella determinazione dell'evento. Posta questa premessa, i giudici di legittimità hanno precisato che la cooperazione tra più sanitari, pur se non svolta contestualmente, impone ad ognuno, non solo il rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, ma anche l'osservanza degli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico, senza che possa invocarsi il principio di affidamento da parte dell'agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l'altrui condotta colposa. Ciò in quanto la sua responsabilità persiste in base al principio di equivalenza delle cause, salva l'affermazione dell'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta che presenti il carattere di eccezionalità ed imprevedibilità².

2. Le questioni giuridiche. L'evoluzione dell'ars medica da scienza individuale ad attività plurisoggettiva.

Pur non innovando rispetto alla ormai consolidata posizione della giurisprudenza di legittimità in tema di errore di trasfusione, la sentenza in commento è di particolare rilevanza per il percorso logico-giuridico del dispositivo, che si presta ad interessanti spunti di riflessione.

La Corte sviluppa un percorso argomentativo che si fonda, infatti, su tre questioni: la prima concerne l'efficienza causale che si deve attribuire all'errore nella trasfusione di sangue rispetto all'evento consistito nel decesso del paziente; la seconda riguarda il criterio logico-giuridico che il giudice di merito deve seguire per valutare l'efficienza causale di una condotta o di una omissione in un caso caratterizzato dall'intreccio di plurime condotte od omissioni; la terza, infine, si incentra sul valore esimente o meno del principio di affidamento per i medici che operano in *équipe* o che cooperano tra di loro ma con condotte indipendenti e non contestuali.

² Cass. Pen. Sez. IV, 6 febbraio 2015, n. 30991.

La tematica della responsabilità medica, infatti, costituisce da sempre un *punctum dolens* rispetto al quale dottrina e giurisprudenza hanno ampiamente disquisito nel corso del tempo, nel tentativo di chiarirne gli aspetti più problematici. In un contesto già di per sé assai complesso, nel quale le categorie dogmatiche di colpa e nesso causale, nonché di causalità attiva ed omissiva vengono a sovrapporsi³, l'accertamento del nesso subisce semplificazioni sconfinanti verso il terreno del rischio⁴ e la posizione di garanzia finisce con l'estendersi a qualsiasi operatore che entri in contatto con il paziente, si innestano le difficoltà relative all'accertamento della responsabilità colposa nelle ipotesi, ormai ordinarie, di attività plurisoggettive.

Il progresso tecnico-scientifico, infatti, rendendo sempre più necessaria una collaborazione tra professionisti con differenti specializzazioni, finalizzata al comune intento di salvaguardare la salute del paziente, ha reso ormai quasi superato l'approccio all'*ars medica* intesa come attività monosoggettiva di un solo operatore medico.

Caduto, quindi, il tradizionale binomio tra errore ascrivibile a colpa ed autore dell'errore, tipico dell'attività monosoggettiva, le consuete categorie dogmatiche – forgiate sulla responsabilità del singolo – si rivelano sovente inadeguate per l'individuazione del soggetto penalmente responsabile⁵.

³ In giurisprudenza spesso si assiste ad una commistione tra i concetti di obbligo giuridico e di dovere di diligenza e ad una conseguente trasformazione dei delitti commissivi colposi in delitti omissivi. La stessa Corte di Cassazione, peraltro, ha affermato che l'accertamento del nesso eziologico tra omissione ed evento deve necessariamente precedere quello della colposità della condotta stessa. In tal senso, Cass. pen., sez. V, 20 ottobre 1998, n. 10929, Casaccio, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1183 con nota di R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, *ivi*, p. 1188. Per un'attenta analisi dei tratti distintivi tra i due obblighi v. C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 850; cfr. inoltre F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 90 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 118 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, Padova, 2013, (nota 51, p. 177). Non mancano, infine, Autori che, pur riconoscendo la differenza concettuale fra i due obblighi, ne hanno però affermato l'interferenza in concreto. Tra questi G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, 2014, p. 653 ss.

⁴ Il riferimento è, in particolare, alla tendenza giurisprudenziale, sviluppatasi proprio nel campo della responsabilità medica, di far fronte alle difficoltà nell'accertamento del nesso causale nei reati omissivi imputando il fatto al soggetto quando la sua condotta ha provocato semplicemente un aumento, ovvero non ha ridotto il rischio di lesione del bene protetto. Sulla tendenza allo spostamento dell'accertamento della causalità sul terreno del rischio con riferimento alle strutture complesse ed all'attività medica, cfr. R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale, Tra teoria e prassi*, Milano, 2004, p. 93; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 39.

⁵ A. PALMA, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, 2016, p. XIII-XVIII.

L'indagine da svolgere, a fronte di un'attività terapeutica esercitata in *équipe*, ruota, quindi, inevitabilmente intorno alla questione concernente i profili morfologici della responsabilità colposa, in questo caso omissiva, del sanitario, con riguardo all'estensione delle cautele doverose che lo stesso è chiamato ad osservare. Si tratta, quindi, di stabilire se e a quali condizioni il singolo soggetto, partecipe del gruppo, risponda dei contegni colposi posti in essere da altri componenti e fino a che punto si estenda il suo dovere di prudenza, diligenza e perizia quando egli si trovi a partecipare ad un'attività terapeutica insieme ad altre persone. Ci si soffermerà, quindi, *in primis* sul delicato problema dell'accertamento del nesso di causalità nei reati omissivi impropri; di seguito si approfondiranno i limiti che caratterizzano il principio di affidamento in un caso come quello di specie, per poi tentare di chiarire la controversa distinzione tra cooperazione colposa ex art. 113 c.p. e concorso di cause colpose indipendenti ex art. 41 c.p. In conclusione, sulla base delle osservazioni fatte, si cercherà di ricondurre a sistema il caso preso in esame.

3. La delicata problematica dell'accertamento causale nei reati omissivi impropri nell'ambito della responsabilità medica.

In un diritto penale di orientamento "oggettivistico", ispirato alla tutela dei beni giuridici, l'imputazione di un evento lesivo richiede come presupposto di partenza, che il reo abbia materialmente contribuito alla verificazione del risultato dannoso⁶. Ma non è tutto. La ricerca di tale nesso ha la funzione di garantire dal rischio di responsabilità penale per fatto altrui, permettendo, quindi, di coordinare la *ratio* sottesa all'intervento del legislatore ordinario in materia penale, con il principio costituzionale della personalità della responsabilità penale, attraverso l'imputazione soggettiva della condotta all'evento.

L'esigenza di un legame causale tra azione ed evento è esplicitamente riconosciuta dall'art. 40, comma 1°, il quale richiede che l'evento dannoso o pericoloso, dal quale dipende l'esistenza del reato, sia conseguenza dell'azione od omissione del reo. Tuttavia, la carenza di sufficiente precisione di tale norma ha determinato il proliferare delle più disparate teorie dottrinali⁷, il cui approfondimento esula dalle finalità del presente contributo.

⁶ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Op. cit.*, p. 228.

⁷ In argomento, tra gli altri, F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934; S. RANIERI, *La causalità nel diritto penale*, Milano, 1936; G. AZZALI, *Contributo alla teoria della causalità nel diritto penale*, Milano, 1954; ID., *Il problema della causalità in diritto penale*, in *Indice pen.*, 1993, p. 249; P. CURATOLA, *Del nesso oggettivo di causalità nel diritto penale*, Milano, 1955;

Ebbene, entrando nel vivo della questione qui rilevante, va premesso che i casi di responsabilità penale del medico sono, perlopiù, casi di responsabilità per colpa, e possono derivare da un'azione – condotta commissiva – o da un'omissione – condotta omissiva – come nel caso in esame. Questa parificazione è contenuta nell'art. 40 cpv. del codice penale, secondo il quale "non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

Il reato omissivo colposo in campo medico è un reato omissivo improprio ovvero – come anche si dice – commissivo mediante omissione: tale tipo di illecito si costruisce in base all'innesto della disposizione di cui all'art. 40 cpv. sulle norme di parte speciale che prevedono le ipotesi di reato commissivo suscettive, a loro volta, di essere "convertite" in corrispondenti ipotesi omissive.

A differenza del reato omissivo proprio, in cui l'agente risponde penalmente per il mancato compimento di un'azione comandata dalla legge, in questa seconda ipotesi sarà, quindi, riconosciuto responsabile nel caso in cui contravvenga all'obbligo di impedire il verificarsi di un evento lesivo⁸: nello specifico, quindi, la sua inazione dovrà provocare la lesione del bene salute del cittadino.

Distinguere le ipotesi di responsabilità medica per commissione da quelle per omissione, nella pratica, non è sempre facile e, non di rado, le fattispecie finiscono col confondersi, posto che nella colpa è sempre insito un momento "omissivo", consistente nel mancato rispetto di una regola cautelare⁹.

P. NUVOLONE, *Osservazioni in tema di causalità nel diritto penale*, in *Studi Antolisei*, II, cit., p. 375 ss.; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, 1975; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217 ss.; ID., voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991; ID., *Giustizia e modernità*, Milano, 2002; ID., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767; ID., *L'allergia alle prove della causalità individuale – Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese*, ivi, 2004, p. 379; ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi contro fattuali – L'attività medico chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1062; A. DALIA, *Le cause sopravvenute interrotte del nesso causale*, Napoli, 1975; M. BARNI, *Il rapporto di causalità naturale in medicina legale*, Milano, 1991; G. LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996; E. MORSELLI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 879 ss.; ID., *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 1115; ID., *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2151; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, p. 140; G. FIANDACA, *Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche: il diritto e il processo penale*, in AA.VV., *Pensare la complessità. Itinerari interdisciplinari*, Palermo 2004, p. 175; ID., *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006; AA.VV., *Scienze e causalità*, C. DE MAGLIE-S. SEMINARA (a cura di), Padova, 2006.

⁸ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Op. cit.*, p. 587 e 592.

⁹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Op. cit.*, p. 619.

Perché la causazione e il mancato impedimento di un evento risultino penalmente equivalenti, non basta, però, accertare il nesso di causalità ipotetico tra l'evento e la condotta omissiva. Ciò in quanto il "meno" che la causalità omissiva possiede rispetto alla causalità commissiva, deve essere compensato da un altro elemento, che consiste, *ex art. 40 cpv.*, nella violazione di un obbligo giuridico di impedire l'evento.

4. (Segue) L'efficacia impeditiva dell'evento doveroso: analogie e differenze tra causalità normativa ipotetica e causalità reale

La riflessione dottrinale e giurisprudenziale in tema di causalità registra oggi un largo – per quanto non unanime¹⁰ – consenso attorno alla soluzione cristallizzata dalle Sezioni Unite penali nella celebre pronuncia "Franzese"¹¹.

Tale largo consenso ha fatto sì che, accanto alla tradizionale pretesa secondo cui, ai fini dell'affermazione del nesso causale – in forma di omesso impedimento – tra evento e mancata realizzazione della condotta doverosa, fosse necessaria e sufficiente una probabilità confinante con la certezza¹², si sia fatta largo in

¹⁰ I principi generali in tema di causalità formulati dalle sezioni unite con la sentenza Franzese del 2002, non sempre risultano di agevole applicazione nella prassi giudiziaria, come è peraltro dimostrato da un'analisi giurisprudenziale degli ultimi anni, fatta non a caso oggetto di crescente interesse anche da parte della dottrina: cfr. in argomento A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, p. 102 ss.; ID., *La giurisprudenza in tema di responsabilità professionale segue i principi affermati dalle sezioni unite nella sentenza "Franzese"?*, in *Foro.it*, 2006, II, p. 62; AA.VV., *Medicina e diritto penale*, S. CANESTRARI-F. GIUNTA-T. PADOVANI (a cura di), in *Criminalia (Studi-discipline penalistiche)*, 2009, p. 107 ss. e 145 ss. Cfr. altresì R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale, Tra teoria e prassi*, Milano, 2004.

¹¹ Cass., sez. un. pen., 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 ss.

¹² Pagando, però, come costo, la rinuncia a esercitare la repressione penale in molti dei casi in cui questa quasi-certezza non è conseguibile; cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Op. cit.*, p. 635-37.

dottrina e in giurisprudenza un'alternativa, volta a flessibilizzare la causalità omissiva, ricostruendola in una prospettiva probabilistica, ancorata alla teoria del rischio¹³. L'alternanza di tali interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali negli ultimi decenni ha sollecitato un intervento volto a superare i contrapposti citati orientamenti.

Le Sezioni Unite, nella menzionata sentenza "Franzese", hanno evidenziato che le incertezze applicative riscontrate in ambito giurisprudenziale in relazione al problema delle valutazioni probabilistiche, non devono condurre ad intaccare l'unitario modello condizionalistico. Al contrario, la problematica va colta e risolta nella sua sede propria, che è quella dell'accertamento della connessione causale in ciascun caso considerato: il concetto stesso di causa penalmente rilevante si considera come significativamente debitrice nei confronti del momento dell'accertamento processuale, il quale resta decisivo per la comprensione dei decorsi causali rispetto al singolo evento, soprattutto in presenza dei complessi fenomeni di causazione multipla legati al moderno sviluppo delle attività¹⁴.

La presa di posizione della Corte è estremamente coerente e coglie, seppur implicitamente, la diversità di piani sui quali può essere compiuto il raffronto tra causalità attiva ed omissiva. Da un punto di vista strettamente fisico, infatti, c'è una netta diversità tra la concretezza naturalistica propria della causalità attiva e il contenuto squisitamente normativo di quella omissiva, determinato dalla clausola di equivalenza ex art. 40 c.p. Ciononostante, sul piano logico azione e omissione si equivalgono e rilevano solo in quanto abbiano forza condizionante, riscontrata ed espressa attraverso il giudizio controfattuale.

L'aspetto che venne in quella sede tralasciato, e che inevitabilmente caratterizza il giudizio controfattuale nelle fattispecie omissive, è la sua astrattezza: la mancanza dell'azione doverosa impone, infatti, di costruirla, immaginarla. Si tratta, in fin dei conti, di individuare la condotta positiva che, se posta in essere, avrebbe evitato il prodursi dell'evento. Di conseguenza, trattandosi di una ricostruzione logica e non basata su una concatenazione di fatti materiali empiricamente verificabili, costituisce una causalità costruita su ipotesi e non su certezze¹⁵.

¹³ Cfr. Cass. 7 gennaio 1983, in *Foro.it.*, 1986, II, 351, con nota di L. RENDA; Cass., 12 luglio 1991, *ivi*, 1992, II, p. 363, con nota di I. GIACONA; Cass., 5 ottobre 2000, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 338.

¹⁴ R. BLAIOTTA, *Op. cit.*, p. 203.

¹⁵ In tal senso, Cass., 11 luglio 2002, Macola, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3383, con nota di R. BLAIOTTA, *Causalità e neoplasie da amianto*.

Ebbene, questa ipoteticità che caratterizza la causalità omissiva e la rende inevitabilmente più vaga rispetto a quella "reale" commissiva, comporta la necessaria presenza di un ulteriore elemento ai fini dell'accertamento del nesso. Il dovere di impedire eventi lesivi a carico di bene altrui rappresenta, in buona sostanza, un'eccezione, che si ritiene ammissibile solo in presenza di un obbligo giuridico.

Ciononostante, un tale scenario espone inevitabilmente a un'intrinseca incertezza e il modello di causalità condizionalistica elaborato nel 2002, pur se concepito con l'intento di trovare un compromesso tra opposti estremismi, risulta troppo pretenzioso per poter trovare fedele applicazione nella prassi giudiziaria. Ed, invero, se si considera il panorama giurisprudenziale successivo, si ha l'impressione che i principi sanciti dalla "Franzese" vengano osservati da un punto di vista più formale che sostanziale: a dispetto dell'inserimento nei dispositivi, delle ormai canoniche formule della celebre sentenza, nella sostanza, l'*iter* motivazionale che porta al risultato, sembra rimanere ancorato al paradigma dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio¹⁶.

Tentando, però, un'applicazione delle teorie appena esposte al caso concreto in esame, spunti critici rilevano in particolare in relazione alla condotta dell'anestesista.

Ai fini dell'accertamento della causalità omissiva, ciò che rileva è, quindi, l'efficacia impeditiva dell'evento in caso di realizzazione della condotta doverosa. Occorre, quindi, *in primis*, inserire nel giudizio controfattuale un comportamento – la condotta appropriata e diligente – che non è esistito nella realtà empirica e che rileva solamente a livello ipotetico; il passaggio successivo è quello di chiedersi se tale comportamento avrebbe consentito il venir meno dell'evento, con la ragionevole probabilità logica richiesta dallo statuto della causalità condizionalistica.

Sorge spontaneo, pertanto, domandarsi, seguendo la ricostruzione così come impostata dalla Corte, cosa l'anestesista avrebbe dovuto e potuto fare per evitare l'evento morte del paziente, posto che questo, nel momento in cui il medico anestesista intervenne, si trovava già in condizioni ormai fin troppo critiche, tali da non consentire un possibile intervento salvifico. La Suprema Corte, tuttavia, è rimasta silente su questo punto, probabilmente in virtù del fatto che per il soggetto in questione è intervenuta declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

¹⁶ Cfr., P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1244 e ss.

5. Incidenza del principio di affidamento nell'ambito dell'attività medica di *équipe*.

Il provvedimento in commento rende necessaria anche una breve riflessione sull'incidenza del principio di affidamento nell'ambito dell'attività di *équipe* medica, fondamentale per individuare le responsabilità penalmente rilevanti nel caso in cui il trattamento sanitario affidato a una pluralità di medici sfoci in un esito infausto.

La crescente specializzazione e il progresso tecnico, come accennato, hanno reso il campo medico un ambito caratterizzato dalla multidisciplinarietà in cui una pluralità di singole prestazioni concorrono all'atto diagnostico o terapeutico complessivo.

Quando si parla, nello specifico, di *équipe* medica, si fa riferimento alla cooperazione – sincronica e diacronica - tra più operatori sanitari finalizzata alla realizzazione del fine ultimo della tutela del paziente. Tale cooperazione si fonda sul concorso di diversi apporti tecnico-scientifici e conseguentemente sulla divisione del lavoro che, pur rappresentando un fattore di sicurezza, consentendo ai medici di dedicarsi ai loro compiti specifici con la dovuta esclusività e concentrazione, comporta anche il rischio di possibili difetti di coordinamento e di informazione tra i componenti.

In tali contesti si pone il problema di stabilire, nel caso di esito negativo del trattamento sanitario, se e in che limiti il singolo medico possa rispondere dei comportamenti colposi riferibili ad altri componenti dell'*équipe* e, dunque, fino a che punto si estendano i suoi obblighi di diligenza, perizia e prudenza laddove si trovi ad operare unitamente ad altri soggetti¹⁷.

La questione è stata affrontata e risolta in dottrina e giurisprudenza facendo *in primis* riferimento al citato c.d. principio di affidamento¹⁸, e circoscrivendone poi l'operatività con l'apporto di taluni correttivi.

Nello svolgimento di attività rischiose, ma giuridicamente autorizzate¹⁹, il principio di affidamento legittima il soggetto operante in un'*équipe* a rispettare

¹⁷ R. GAROFOLI, *Op. cit.*, p. 884.

¹⁸ Cfr. sul punto A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1537-1549; R. GAROFOLI, *Op. cit.*, p. 885.

¹⁹ Trattasi di attività prodromiche alla lesione di beni giuridici, il cui svolgimento è, però, autorizzato dall'ordinamento in ragione dei profili di utilità sociale che le stesse rilevano. Il principio di non contraddizione conduce ad affermare che l'ordinamento si accoli il rischio di detti eventi nello stesso momento in cui autorizza le attività rischiose, purché contenute nei limiti indicati (cd.

le regole cautelari legate ai suoi specifici compiti e a confidare che anche gli altri osservino le doverose cautele, scritte e non, connesse alle proprie attività e previste al fine di escludere o contenere i pericoli che da queste potrebbero derivare²⁰. Assolve, dunque, a una funzione di perimetrazione degli obblighi di diligenza gravanti sui soggetti che agiscono in contesti interattivi: pertanto ciascuno sarà tenuto al rispetto dei doveri esigibili nei suoi confronti, mentre non sarà altrettanto responsabile degli eventi dannosi o pericolosi derivanti dalle inosservanze altrui.

Ferma restando l'applicazione del principio di responsabilità penale personale, occorre però porre alcune limitazioni all'operatività *tout court* del principio di affidamento, onde evitare che vi sia un eccessivo e ingiustificato smembramento delle responsabilità. Infatti, sussistono situazioni in cui la previsione o la prevedibilità ed evitabilità del rischio del comportamento altrui inappropriato impongono agli altri soggetti l'adozione di accorgimenti utili a riportare l'intervento del collega nell'ambito del rischio consentito.

Un consolidato orientamento della Corte di Cassazione²¹ ritiene, infatti, che sul singolo membro dell'*équipe* gravi sia l'obbligo di diligenza e prudenza connesso alle mansioni specialistiche di propria pertinenza, sia l'obbligo di valutare l'operato degli altri, controllando e ponendo rimedio agli errori da essi commessi qualora siano riconoscibili ed emendabili con le comuni conoscenze del professionista medio.

Nel dettaglio, nel caso di *équipe* medica, "ogni sanitario, oltre al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, è tenuto ad osservare gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente e contestuale svolta da un altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio o facendo in modo che si ponga rimedio a errori altrui che siano evidenti e non settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio"²².

rischio consentito). Cfr. F. MANTOVANI, *Op. cit.*, p. 175; ID., *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 02, p. 536.

²⁰ F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. e proc. pen.* 2009, 02, p. 536.

²¹ Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2004, n. 24036; Cass. pen. Sez. IV, 12 luglio 2006, n. 33619; Cass. pen., Sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 41317; Cass. pen., Sez. IV, 25 maggio 2010, n. 19637; Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre, 2012, n. 48226.

²² Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2004, n. 24036.

Proprio per descrivere tale regime, in dottrina²³ si è evocato il principio dell'affidamento c.d. "temperato". Nel caso in cui l'errore sia concretamente percepito o percepibile da un professionista impiegato nelle sue specifiche mansioni – errore evidente – e sia rilevabile in base al patrimonio di conoscenze comuni a qualsiasi sanitario, anche se privo delle specializzazioni del medico che lo ha commesso – errore non settoriale – il principio di affidamento subisce degli affievolimenti. Ciò in quanto, in questi contesti, è importante conciliare le esigenze di tutela della vita e dell'integrità fisica con il principio della personalità della responsabilità penale.

6. La controversa distinzione tra cooperazione colposa ex art. 113 c.p. e concorso di cause colpose indipendenti ex art. 41 c.p..

La Suprema Corte, nel dispositivo in esame, conferma la condanna per omicidio colposo in capo a tutti gli imputati perché, "mediante condotte indipendenti e/o in cooperazione colposa tra loro" avevano cagionato la morte del paziente.

Tale inciso, sul quale i giudici di legittimità non sembrano dedicare particolare attenzione, va, invece, meglio analizzato, perché offre lo spunto ad ulteriore approfondimento.

L'art. 113 del codice penale prevede che "nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso". L'introduzione di tale norma nel codice del 1930, ha fugato qualsiasi dubbio relativo all'ammissibilità di tale figura criminosa²⁴, che non resta, però, esente da dubbi interpretativi.

Una prima *quaestio* è quella relativa alla funzione – di mera disciplina²⁵ ovvero autenticamente incriminatrice – da attribuire alla disposizione in esame. Su

²³ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Tem*, 1968 p. 217 e ss.; F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980., p. 21 e ss.; P. AVECONE, *La responsabilità penale del medico*, Milano, 1981, p. 154; A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984; G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, p. 74; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, p. 155.

²⁴ La norma in questione costituisce, infatti, il punto di approdo dell'articolato dibattito che, vigente il codice Zanardelli, si era sviluppato in ordine alla teorica ammissibilità, già sul piano logico, di una tale figura di partecipazione criminosa, negandosi, da parte di alcuni, la compatibilità tra il carattere "involontario" del fatto colposo (in cui l'evento lesivo non è voluto dall'agente) ed il concorso di persone nel reato, imprescindibilmente fondato sul previo "concerto". In questa prospettiva, l'introduzione di tale precetto esprime, quindi, la scelta del legislatore di apprestare un'apposita disciplina per i casi di concorso colposo ad un altrui fatto, esso pure colposo, con l'effetto di superare ogni residua perplessità in merito. Così Cass. pen., Sez. III, 7 febbraio 2014, n. 20238. Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit, p. 1253.

²⁵ M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso*, Milano, 1957, p. 113 e ss.

questo secondo, e nettamente maggioritario, fronte interpretativo, si pongono quanti rilevano che l'ordinamento italiano non conosce soltanto reati colposi di evento a forma libera, ma prevede fattispecie colpose strutturate in vario modo, con la conseguenza che, in relazione a tali ipotesi criminose, l'art. 113 c.p. conserverebbe un'autonoma funzione incriminatrice di tutte quelle condotte che, non essendo di per se tipiche alla stregua della fattispecie monosoggettiva colposa, non potrebbero essere altrimenti punite in assenza di un'espressa clausola di estensione della punibilità²⁶.

Preme, a questo punto, affrontare il *discrimen* che intercorre tra cooperazione colposa e cause colpose indipendenti²⁷, chiarendo in quale alveo vada ricompreso il caso di cui ci si sta occupando. Ebbene, l'ammissibilità della cooperazione colposa in relazione ai reati a forma libera – detti anche causalmente orientati – impone di reperire un elemento capace di differenziare la fattispecie disciplinata dall'art. 113 c.p. dal concorso di cause indipendenti ex art. 41 c.p.

²⁶ Sul punto C. BRUSCO, *L'effetto estensivo della responsabilità penale nella cooperazione colposa*, in *Cass. pen.*, 2014, 9, p. 2882 e ss. Tale indirizzo interpretativo è stato confermato dalle Sezioni Unite 18 settembre 2014, n. 38343 "Thyssenkrup": in particolare, in tale sentenza, i giudici di legittimità hanno ribadito che l'art. 113 c.p., non esercita una mera funzione di modulazione di disciplina, bensì una "funzione estensiva dell'incriminazione rispetto all'ambito segnato dal concorso di cause colpose indipendenti, coinvolgendo anche condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte". Sul punto R. GAROFOLI, *Op. cit.*, p. 1255.

²⁷ Sottolineano adeguatamente la differenza di disciplina tra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti, tra gli altri, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 136 e ss., e S. CORBETTA, *Commento all'art. 113 c.p.*, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, (a cura di), *Codice penale commentato, vol. I*, Milano, 2011, p. 1808 e 1819 ss. In giurisprudenza, tra le altre, Cass., Sez. IV, 19 gennaio 2010, 8 aprile 2010, n. 13237, in *Dir. pen. proc.* VII, 2010, p. 807.

Nonostante una parte della dottrina²⁸ neghi che una tale distinzione esista²⁹, si precisa che, mentre la cooperazione colposa dà luogo a un unico reato, discendente dall'interazione di diverse condotte, in caso di concorso di cause colpose indipendenti si è in presenza di una pluralità di reati, nonostante la singolarità dell'evento. In questa seconda ipotesi, quindi, l'evento si realizza per una coincidenza fortuita di più condotte, ciascuna delle quali genera separata responsabilità per distinti reati. Si tratta, inoltre di una differenziazione che non resta esente da rilevanti effetti pratici³⁰.

La cooperazione colposa si connota, invece, per la sussistenza di una qualche forma di collegamento tra i concorrenti. Collegamento che si concretizza in un legame psicologico tra i soggetti operanti in cooperazione tra loro, non ritenendosi sufficiente la mera convergenza causale delle varie condotte indipendenti verso la realizzazione dell'evento.

²⁸ M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1985, p. 167 e ss. e ID., *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato*, Padova, 1958, p. 98, sostiene che, rispetto alle fattispecie causalmente orientate, il problema della distinzione tra le due predette norme costituisce "un problema immaginario". Nello stesso senso R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1962, p. 791 e ss., il quale, inoltre, mette in rilievo che non è esatta la tesi, di prevalente elaborazione giurisprudenziale (v., ad esempio, Cass., 12 ottobre 1964, Baglietti, in *Arch. giur. circ.*, 1966, 210; Cass., Sez. IV, 3 novembre 1980, Cecchi, in *Giust. pen.*, 1981, II, p. 407; Cass., Sez. IV, 15 novembre 1986, 23 febbraio 1987, n. 2405, Rv. 175208), secondo cui nella cooperazione nel delitto colposo si avrebbe unità di reato con pluralità di soggetti, mentre nel concorso di cause colpose indipendenti si avrebbe pluralità di reati con unico evento. "Siavi o non siavi adesione psichica, non v'è dubbio che tutte le condotte colpose contribuiscono alla produzione dell'evento, il quale rappresenta la consumazione di un unico delitto, onde sarebbe contraddittorio ammettere la pluralità dei delitti in confronto ad un solo evento".

²⁹ Gli artt. 113 e 41 co. 3 c.p. individuerebbero, infatti, istituti tra loro sostanzialmente omogenei e sovrapponibili e il preteso elemento distintivo – la consapevolezza di cooperare – non troverebbe fondamento né "nel diritto positivo, né in ragioni di principio". Tale opinione, tuttavia, non è condivisibile. In primo luogo, infatti, nella Relazione Ministeriale al progetto definitivo del codice penale si legge che l'elemento soggettivo del concorso "ha un contenuto fondamentale, che è comune e identico a tutte le forme di partecipazione e rispetto a tutti i reati, e consiste nella consapevolezza di concorrere con la propria azione all'azione altrui". In secondo luogo, come bene è stato rilevato da Marcello Gallo e Antonio Pagliaro, la necessità della "consapevolezza di cooperare" con altri sembra imposta proprio da alcune norme relative al concorso di persone nel reato: si tratta, segnatamente, delle norme che prevedono le circostanze aggravanti e attenuanti, nonché degli artt. 116, 117, 118 (prima della modifica del 1990) e 119 c.p., che possono avere un senso solo nel caso in cui si accerti il predetto elemento soggettivo. In terzo luogo, lo stesso termine "cooperazione" (derivante dal latino "cooperari", composto di *co-* 'con' e di *operari* 'operare') sembra letteralmente fare riferimento all'agire congiunto di più persone, e non ad una mera intersecazione casuale di condotte tenute da più persone. Sul punto, più approfonditamente, M. BORGHI, *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p.*, in *penalecontemporaneo.it*

³⁰ Alle sole ipotesi di cooperazione colposa sono applicabili le norme di cui agli artt. 113.2, 114, 118, 119, 123, 155.2, 187.2 e 9.2 R.D. 20 luglio 1934, n. 1404.

Fermo restando che, perché ci sia concorso nel delitto colposo, occorre che i soggetti coinvolti siano consapevoli della convergenza della loro condotta con quelle altrui, senza che la stessa riguardi la realizzazione dell'evento – avendosi, altrimenti, dolo e non colpa nel concorso – si sono formati più orientamenti nel tentativo di definire in cosa consista questo *quid*.

Una prima parte della dottrina³¹ abbraccia una teoria minoritaria, ritenendo che il legame psicologico che connota il concorso colposo sia costituito dalla consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta: l'agente, quindi, dovrebbe essere a conoscenza della violazione di una regola cautelare da parte di altri.

Tale orientamento è stato però soggetto a critiche, in quanto è stato sostenuto *in primis* che, ove l'agente dovesse rappresentarsi anche il carattere colposo dell'altrui condotta, l'elemento soggettivo sarebbe erroneamente limitato alla sola colpa cosciente³². Con obiezioni ancora più stringenti c'è chi ha affermato che, se si condividessero tali conclusioni, "il compartecipe si rappresenterebbe la possibilità di realizzazione dell'evento, grazie anche al proprio contributo, e verserebbe, quindi, in una situazione di dolo eventuale"³³. Infine è stato addirittura rilevato che la teoria in parola rischia di svuotare di significato la norma in esame, dal momento che una tale consapevolezza può implicare un comportamento penalmente rilevante in via autonoma³⁴.

Una seconda parte della dottrina³⁵ ritiene che, per integrare la colpa di concorso, sia sufficiente la consapevolezza della convergenza della propria condotta con quella altrui. La cooperazione nel delitto colposo, si contraddistinguerebbe, quindi, per il legame psicologico che si instaura tra gli agenti, ognuno dei quali

³¹ Cfr. in tal senso, A. R. LATAGLIATA, *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 625. *Contra* F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, Padova, 1993, p. 452.

³² F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, 1984, p. 47.

³³ G. GRASSO, *Commento all'art. 113*, in M. ROMANO-G. GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, p. 238.

³⁴ Cass. pen., Sez. IV. 16 gennaio 2009, n. 1786.

³⁵ S. ARDIZZONE, *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, p. 155; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 124; G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949, p. 451; G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982, p. 604; G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, p. 650 e ss.; F. MANTOVANI, *Op. cit.*, p. 538; G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 240; R. MAZZON, *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, Padova, 2011, p. 540; R. A. FROSALI, *L'elemento soggettivo nel concorso di persone nel reato*, in *Arch. pen.*, 1947, I, p. 4 e ss.

è conscio della condotta degli altri: tale consapevolezza riguarda esclusivamente la partecipazione degli altri e non, invece, la realizzazione dell'evento³⁶.

Anche la giurisprudenza, nella maggior parte delle decisioni, rileva che la cooperazione colposa si distingue dal concorso di cause colpose indipendenti per la consapevolezza, presente in capo al concorrente, di cooperare all'altrui condotta. A tale consapevolezza la giurisprudenza fa riferimento utilizzando solitamente la seguente formula: "consapevolezza della convergenza del proprio e dell'altrui comportamento alla realizzazione di una condotta unitaria e comune"³⁷. Questo requisito deve essere accompagnato, in omaggio ai canoni ordinariamente vigenti in materia di responsabilità colposa, da quella previsione o, quantomeno, prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo, dal quale non è dato prescindere ai fini dell'imputazione soggettiva del fatto al concorrente.

In tempi recenti, però la stessa giurisprudenza sembra aver revisionato il proprio orientamento. Preso atto, infatti, che la prima teoria restringe in modo arbitrario l'ambito applicativo dell'art. 113, mentre la seconda finisce con l'estenderne eccessivamente la portata, si fa largo il tentativo di tipizzare i casi in cui la mera consapevolezza di convergenza di condotta può dirsi sufficiente a giustificare l'applicazione dell'art. 113 c.p. Si tratta di situazioni nelle quali il coinvolgimento di più soggetti nell'espletamento di talune tipologie di attività, tra cui, appunto

³⁶ In tal senso, Cass. pen., Sez. IV, 17 gennaio 2012, n. 1428.

³⁷ Cass., 1° dicembre 1937, in *Giust. pen.*, 1938, II, p. 438; Cass., Sez. I, 10 ottobre 1951, in *Giust. pen.*, 1952, p. 497 e ss.; Cass., 23 gennaio 1956, in *Giust. pen.*, 1956, II, p. 648; Cass., Sez. III, 13 aprile 1959, in *Giust. pen.*, 1960, 49 ss.; Cass., Sez. IV, 24 novembre 1961, Paradisi, in *Leggi d'Italia*; Cass., Sez. IV, 8 marzo 1965, 18 maggio 1965, n. 626, *Rv. 099615*; Cass., Sez. VI, 27 ottobre 1976, 29 gennaio 1977, n. 1511, *Rv. 135162*; Cass., Sez. I, 18 marzo 1982, 24 giugno 1982, n. 6247, *Rv. 154361*; Cass., Sez. IV, 6 dicembre 1982, 30 giugno 1983, n. 6134, Zanirato; Cass., Sez. III, 18 ottobre 1982, n. 5425, Grati C. Del Monaco, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 31 maggio 1983, Luciani, in *Cass. pen.*, 1984, p. 277 e ss.; Cass., Sez. IV, 15 novembre 1986, 23 febbraio 1987, n. 2405, *Rv. 175208*; Cass., Sez. II, 10 dicembre 1986, Salamina e altro, in *De Jure*; C. Ap. Bari, 7 febbraio 1987, De Nicolò e altro, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 23 novembre 1987, 21 aprile 1988, *Rv. 178202*, Mazzetti, in *De Jure* e in *Riv. pen.*, 1989, p. 188; Cass., Sez. IV, 20 febbraio 1990, 5 giugno 1990, n. 8162, Zapulla, in *Arch. giur. circ. sin.*, 1991, p. 24 e ss.; Cass., Sez. Un., 25 novembre 1998, 11 marzo 1999, n. 15, Loparco, in *Cass. pen.*, 1999, p. 986 e ss.; C. Ap. Perugia, 11 ottobre 2002, Capalbo e altro, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 30 marzo 2004, 22 novembre 2004, n. 45069, *Rv. 230280*, in *De Jure*; Trib. Sez. dist. Carrara, 1 luglio 2004, 22 aprile 2004, n. 1104, in *Riv. pen.* 2004, p. 1119 e ss.; Cass., Sez. IV, 9 luglio 2004, 13 ottobre 2004, n. 40205, in *De Jure*; C. Ap. Perugia, 26 gennaio 2005, Cipiccia e altro, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 15 dicembre 2006, 8 febbraio 2007, n. 5277, in *Leggi d'Italia*; Trib. Ravenna, 22 maggio 2007, in *Leggi d'Italia*; Cass., Sez. IV, 5 dicembre 2007, 10 gennaio 2008, n. 887, in *De Jure*; Cass., Sez. V, 11 gennaio 2008, 16 aprile 2008, n. 15872, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 12 novembre 2009, 17 dicembre 2009, n. 48318, *Rv. 245736*, in *De Jure*; C. Ap. Catania, 12 novembre 2010, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 12 febbraio 2013, 12 aprile 2013, n. 16978, in *De Jure*.

l'attività medico-chirurgica in *équipe*, è previsto dalla legge o da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio.

Tale "intreccio cooperativo" fa sì che l'intero fatto di reato sia proprio, al tempo stesso, dell'autore e del partecipe e che, dunque, l'uno non assuma rispetto all'altro veste di "terzo" sul quale fare affidamento ai fini dell'esonero della responsabilità penale per difetto di colpevolezza³⁸.

Una siffatta ricostruzione fonda l'istituto *ex art.* 113 c.p. su basi più solide e concrete della mera consapevolezza di cooperare con altri. Tale disposizione deroga sì alla necessità di riscontrare un nesso tra evento e rischio attivato dalla regola cautelare violata dal singolo – imposto nelle fattispecie monosoggettive dall'art. 43 c.p. e solitamente arginato dal principio di affidamento – ma viene rigidamente circoscritta ai soli casi in cui il rischio sfociato nella produzione dell'illecito sia comune ai diversi agenti.

Una situazione di "intreccio cooperativo" impone, quindi, un innalzamento della tutela, in virtù della quale la misura della diligenza richiesta al cooperante si estende fino a imporgli di ostacolare l'altrui prevedibile condotta causativa dell'evento giuridicamente riprovato, così da scongiurare la comune integrazione del fatto di reato.

7. Considerazioni conclusive e riconduzione a sistema: un caso di cooperazione colposa omissiva.

In conclusione, pare opportuno prendere atto di tutte le osservazioni fatte nei paragrafi precedenti e tirare le somme, riconducendo a sistema il caso in esame, classificandolo come una fattispecie di cooperazione colposa omissiva.

Riguardo ai contributi omissivi, la dottrina maggioritaria³⁹ reputa che vi possa essere responsabilità penale concorsuale nel caso in cui siano presenti i due requisiti che seguono.

Il primo è che l'inerzia costituisca violazione di un obbligo giuridico impeditivo, avente per oggetto il reato altrui, e idonea ad astrarre dall'area dell'indifferente penale il *non facere*. Siffatto requisito pare essere pienamente soddisfatto, in quanto non sembra possa porsi in dubbio che il sanitario componente di un'*équipe* ricopra la medesima posizione di garanzia – rispetto al paziente – che avrebbe qualora operasse *uti singulus*⁴⁰. Perché sia configurabile la fattispecie

³⁸ In argomento, L. DELLA RAGIONE, *Legame psicologico e "intreccio cooperativo" nella cooperazione colposa*, in *Rivista Nel Diritto*, 2014, 2, p. 279 ss.

³⁹ G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1980, p. 88 e ss.

⁴⁰ La posizione di garanzia richiamata ha uno specifico fondamento normativo nella legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833). Per approfondimenti sul punto,

del concorso omissivo colposo, è altresì necessario accertare, ricorrendo ai criteri della causalità omissiva, che l'intervento omesso avrebbe impedito la realizzazione dell'evento. Occorre, cioè, verificare che, in base al giudizio bifasico propugnato dalla nota pronuncia delle Sezioni unite⁴¹, vi sia una connessione⁴² tra l'omissione del componente l'*équipe* e l'evento lesivo.

Diversamente opinando, si giungerebbe ad avallare un paradigma di riconoscimento di responsabilità per fatto altrui o per assunzione⁴³ occulta, fondata esclusivamente sull'accertamento della posizione di garanzia, in palese violazione del principio di personalità della responsabilità penale.

Il riconoscimento del rilievo causale del contegno omissivo del sanitario, poi, passa necessariamente per l'esatta individuazione dei poteri impeditivi ad esso riconosciuti dalla legge. Detti poteri riempiono di contenuto il precetto penale, specificando il comando imposto: in altre parole, le condotte che l'ordinamento pretende siano poste in essere dal garante per impedire il reato⁴⁴.

Va inoltre evidenziata – in linea con i postulati della teoria della doppia misura della colpa⁴⁵ – la necessità che il contegno inerte del medico che compone l'*équipe* sia posto in essere in violazione di una regola cautelare (c.d. misura oggettiva della colpa)⁴⁶.

Ebbene, ragionando in questi termini, il surriferito dovere secondario di controllo sembrerebbe rappresentare, in effetti, proprio una regola cautelare che, tuttavia, sia – solo mediatamente – volta ad evitare l'evento lesivo, mirando invece a neutralizzare un comportamento altrui pericoloso⁴⁷. Trattasi di una regola cautelare la cui osservanza, chiaramente, si imporrebbe in via eventuale,

vedasi G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p. 317; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 82.

⁴¹ Cass., sez. un. Pen., 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 e ss.

⁴² Sulla natura di tale connessione cfr. *sub* 2.1.

⁴³ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 333 e ss.; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 162 e ss.

⁴⁴ M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità da posizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 978 e ss.

⁴⁵ In tale prospettiva esegetica si muove larga parte della dottrina italiana, seppur con accenti diversi. A riguardo si confronti: F. MANTOVANI, *Op. cit.*, p. 324; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Op. cit.*, p. 545; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2008, p. 238; B. ROMANO, *sub. art. 43, Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, art. 1-84, Milano, 2004, p. 457; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 207; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 350; F. C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, p. 324.

⁴⁶ Non è questa la sede per approfondire la tematica. Per chiarimenti sul punto si confronti G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 237; F. MANTOVANI, *Op. cit.*, p. 330.

⁴⁷ G. COGNETTA, *Op. cit.*, p. 63.

in quanto verrebbe in rilievo solo per effetto della cessazione dell'operatività del principio di affidamento⁴⁸.

In materia di cooperazione colposa, quindi, messo da parte l'orientamento in base al quale per la configurazione dell'illecito ex art. 113 sia necessaria la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta, l'evoluzione giurisprudenziale della tesi maggioritaria appare descrivere la fattispecie concreta. Tutti i medici, infatti, erano consapevoli di star partecipando alla condotta degli altri, in quanto, la loro cooperazione, era dettata da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio. Tale comune coinvolgimento legittima la pretesa di interazione prudente dell'ordinamento, preordinata a che ciascun agente agisca tenendo conto del ruolo e della condotta altrui secondo una razionale e giustificata "deviazione rispetto al principio di affidamento e di autoresponsabilità"⁴⁹.

In tale prospettiva, come rilevato in dottrina: "la cooperazione colposa [...] non rappresenta una «deviazione» rispetto [al principio di affidamento], ma piuttosto una conseguenza logica del suo esautoramento quando il pericolo derivante dall'altrui imprudenza sia riconoscibile, una conseguenza che comporta appunto l'accrescimento delle cautele in direzione del comportamento altrui"⁵⁰.

Alla luce delle osservazioni sviluppate, emerge che la responsabilità dei quattro sanitari va, quindi, confermata, non tanto perché non si configura un'interruzione del nesso causale, mancando una causa sopravvenuta, da sola sufficiente a determinare l'evento ex art. 41 c.p., quanto piuttosto perché la gestione del rischio era comune a tutti i compartecipi, dato l'innalzamento di tutela che pone in essere la sussistenza di un intreccio cooperativo.

In ogni caso, pur volendo ravvisare un caso di cause colpose indipendenti, la responsabilità permarrrebbe, dal momento che tutte le condotte si innescano nella medesima area di rischio: l'art. 41, infatti, si riferisce alle concause che, pur non troncando il nesso tra la condotta e l'evento, assumono un rilievo determinante in quanto straordinarie ed eccezionali. La causa sopravvenuta deve innescare un rischio nuovo e incommensurabile, del tutto incongruo rispetto al rischio originario attivato dalla prima condotta. Circostanza che, come noto, non sarebbe comunque stata rinvenibile in questa sede.

⁴⁸ G. FORTUNATO, *Ancora sui rapporti tra il principio di affidamento ed équipe medica*, in *penalecontemporaneo.it*.

⁴⁹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 18 settembre 2014, n. 38343.

⁵⁰ L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 839.

Diritti fondamentali e sicurezza pubblica: La tutela della libertà "ad essere informati" nella lotta al terrorismo internazionale.

*di Giacomo PALOMBINO**

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Il terrorismo internazionale dopo l'11 settembre: chi sono i lupi solitari? **3.** Evoluzione della normativa di prevenzione del terrorismo in Italia e nell'Unione europea. **4.** I "lupi solitari" e la libertà ad essere informati. **5.** La sicurezza pubblica come limite alla libertà d'informazione. **6.** Conclusioni.

ABSTRACT. It is evident that a constitutional state will periodically allow the compression of fundamental rights. In recent years, in particular, the state of emergency dictated by the fundamentalist threat has led to the production of a particularly restrictive prevention regulation of freedoms established by the rule of law. On these assumptions, the present work aims to analyze a specific rule, the art. 270 *quinquies* of the criminal code, as amended by the law decree 18 February 2015, n. 7; this rule sanctions the conduct of self-training, or more specifically the conduct of those who, without contact with other subjects, acquire the knowledge and information necessary for carrying out a terrorist attack. Designed to counter the phenomenon of c.d. "Lone wolves", the law seems to stress the freedom to access information, a specification of freedom of expression enshrined in art. 21 of the Italian Constitution. The paper will therefore investigate the constitutional legitimacy profiles of art. 270 *quinquies*, outlining a potential balance between freedom of information and public safety.

1. Introduzione.

A partire dagli attentati terroristici dell'11 settembre del 2001, i paesi occidentali hanno perseguito nuove strategie idonee a contrastare il terrorismo internazionale; in particolare, sono state adottate normative che «si articolano attorno all'idea chiave della prevenzione»¹.

In tal senso, emerge come siano numerose le fattispecie, previste dal codice penale italiano, che ammettono un'anticipazione della soglia di punibilità; ovvero, norme che qualificano un determinato fatto come reato pur essendo stato lo stesso compiuto in una fase "non offensiva" dell'*iter criminis*. A titolo esemplificativo, si pensi alle attività di addestramento, di reclutamento o di organizzazione di viaggi per finalità di terrorismo. In sostanza, il codice attribuisce rilevanza penale anche ad atti meramente preparatori, cioè funzionali

* Dottorando di ricerca in "Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo", Università degli Studi di Napoli Parthenope.

¹ Cit. F. VIGANÒ, *Il controllo della Corte costituzionale sulle misure antiterrorismo*, in www.cortecostituzionale.it.

alla successiva lesione di un bene giuridico protetto ma che non detengono, di per sé, una capacità offensiva².

È proprio in questa prospettiva che, già in seguito alle prime manifestazioni del terrorismo internazionale, le normative di prevenzione hanno potenziato l'attività investigativa rivolta ai mezzi di comunicazione. È stato rilevato, in sostanza, come il ricorso a determinati strumenti – con particolare riferimento alla rete internet – svolga un ruolo essenziale nella pianificazione di atti criminali e, in particolare, nella realizzazione di condotte preparatorie.

Per tali ragioni, il legislatore italiano ha modificato l'art. 270 *quinquies* del codice penale, stabilendo che l'attività di addestramento con finalità terroristiche sia tale anche quando compiuta autonomamente. La norma, infatti, sembra voler introdurre una incriminazione di carattere preventivo proprio alla luce del significativo ricorso al web da parte dei fondamentalisti islamici. Emerge, inoltre, come sia stata approvata per combattere un fenomeno specifico: quello dei c.d. "lupi solitari", individui che abbracciano la causa terroristica e, senza vantare un reale sodalizio con l'associazione criminale, si determinano singolarmente alla commissione di un attentato³.

Il presente lavoro, una volta illustrata l'evoluzione del terrorismo internazionale e della normativa – sia interna che sovranazionale – "anti-terrorismo", avrà come oggetto proprio l'art. 270 *quinquies*. Si tenterà, in particolare, di dimostrare come quanto disposto dal codice penale sia idoneo a porre in essere una lesione della libertà di espressione. Verrà, pertanto, configurato un potenziale bilanciamento tra la libertà fondamentale dell'individuo, così come sancita dall'art. 21 della Costituzione italiana, e la sicurezza pubblica, "situazione collettiva" a cui si dedicherà una specifica indagine nelle pagine che seguono.

2. Il terrorismo internazionale dopo l'11 settembre: chi sono i lupi solitari?

Le normative di prevenzione adottate in Italia e, in generale, nei paesi occidentali hanno dovuto adattarsi, nel tempo, all'evoluzione che ha caratterizzato il *modus operandi* del terrorismo internazionale. Negli ultimi venti anni, infatti, il progresso tecnologico ha determinato, inevitabilmente, un aggiornamento dell'azione della criminalità organizzata.

Il terrorismo internazionale "conosciuto" nel 2001, per esempio, agiva tramite una vera e propria struttura organizzativa: poteva vantare basi e strutture operative e si caratterizzava per la presenza di una gerarchia interna. Negli ultimi anni, al contrario, sono state registrate differenti tendenze⁴.

² G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS e M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

³ V. J. BURKE, *The myth of the "lone wolf" terrorist*, in *The Guardian*, 2017; v. anche *Non chiamiamoli "lupi solitari"* in www.ilpost.it.

⁴ Dopo aver definito "lupi solitari" gli esploratori che dalle Indie Britanniche partivano alla scoperta delle terre più a ovest (v. J. BURKE, *The myth of the "lone wolf" terrorist*, su *The Guardian*, 2017;

In particolare, l'ISIS – l' "autoproclamato" Stato Islamico – ha inaugurato la "stagione" dei c.d. "lupi solitari"⁵. Considerando gli attacchi di Parigi del 2015 e quelli, successivi, di Nizza e Berlino, emerge, infatti, come la maggior parte dei terroristi fossero cittadini europei, alcuni dei quali non si erano mai recati in Siria per ricevere un addestramento e non avevano avuto contatti diretti con esponenti dell'ISIS per pianificare gli attentati. Si sottolinea, pertanto, come le più recenti manifestazioni del terrorismo internazionale permettano di configurare una riformulazione del tradizionale concetto di "organizzazione"; pur riconducendosi, infatti, la commissione degli attacchi ad una entità associativa, è evidente come quest'ultima operi per mezzo di individui isolati che, autonomamente, si determinano al compimento di attentati. È per questo motivo che si ricorre alla già ricordata terminologia di "lupi solitari"⁶.

v. anche *Non chiamiamoli "lupi solitari"* su www.ilpost.it), la terminologia raggiunge la sua accezione moderna a partire dagli anni Ottanta negli Stati Uniti: Louis Beam, membro del *Ku Klux Klan* e dell'organizzazione neonazista *Aryan Nations*, pubblicava un manifesto contro il governo americano intitolato *Resistenza senza leadership*; nello stesso periodo, Tom Metzler, leader di un gruppo neonazista denominato *White Aryan Resistance*, pubblicava un testo dal titolo "Regole per lupi solitari". L'espressione scompare dal gergo politico, come già precisato, con la minaccia perpetrata da *al Qaida*. «*After 9/11, lone-wolf terrorism suddenly seemed like a distraction from more serious threats. The 19 men who carried out the attacks were jihadis who had been hand picked, trained, equipped and funded by Osama bin Laden, the leader of al-Qaida, and a small group of close associates. Although 9/11 was far from a typical terrorist attack, it quickly came to dominate thinking about the threat from Islamic militants. Security services built up organograms of terrorist groups. Analysts focused on individual terrorists only insofar as they were connected to bigger entities. Personal relations - particularly friendships based on shared ambitions and battlefield experiences, as well as tribal or familial links - were mistaken for institutional ones, formally connecting individuals to organisations and placing them under a chain of command*», cit. J. BURKE. D'altra parte, è da notare come predisporre mezzi di prevenzione contro un nemico individuato piuttosto che contro un individuo isolato, è stata anche una scelta di opportunità politica: indagini successive, per esempio, rivelavano che l'attentato alla stazione ferroviaria di Atocha - Madrid - del 2004, non scaturisse da uno stretto legame con la leadership di *al Qaida*. Ed infatti, nel 2008, Ayman al Zawahiri, il successore di Osama bin Laden, celebrava la "chiamata alla resistenza islamica globale". Quest'ultima definizione è il titolo di un testo dell'ideologo jihadista Abu Musab al Suri, il quale invitava a compiere attacchi anche senza legami con i vertici dell'organizzazione.

⁵ «*After 9/11, lone-wolf terrorism suddenly seemed like a distraction from more serious threats. The 19 men who carried out the attacks were jihadis who had been hand picked, trained, equipped and funded by Osama bin Laden, the leader of al-Qaida, and a small group of close associates. Although 9/11 was far from a typical terrorist attack, it quickly came to dominate thinking about the threat from Islamic militants. Security services built up organograms of terrorist groups. Analysts focused on individual terrorists only insofar as they were connected to bigger entities. Personal relations – particularly friendships based on shared ambitions and battlefield experiences, as well as tribal or familial links – were mistaken for institutional ones, formally connecting individuals to organisations and placing them under a chain of command*», cit. J. BURKE, op. cit..

⁶ «*In the most basic enabled attacks, Islamic State handlers acted as confidants and coaches, coaxing recruits to embrace violence. In the Hyderabad plot, among the most involved found so far, the terrorist group reached deep into a country with strict gun laws to arrange for pistols and ammunition to be left in a bag swinging from the branches of a tree. For the most part, the operatives who are conceiving and guiding such attacks are doing so from behind a wall of*

Questa tendenza permette di evidenziare il rilevante ruolo assunto dalla tecnologia e, in particolare, da tutto ciò che concerne l'ambito delle comunicazioni rispetto alle nuove modalità di "pianificazione del terrore". Più nello specifico, è la rete internet a svolgere, a vantaggio del terrorismo internazionale, una duplice funzione.

La prima è di carattere divulgativo e, a sua volta, mira al raggiungimento di due principali obiettivi. Da una parte, i gruppi criminali diffondono messaggi dal contenuto prettamente "ideologico", dei veri e propri manifesti politici, con la finalità di raggiungere nuovi possibili affiliati. Dall'altra parte, la condivisione tramite internet di immagini raffiguranti le vittime degli attentati ha lo scopo di intimidire la popolazione e in particolare coloro che, per ragioni geografiche o culturali, percepiscono più sensibilmente la minaccia di nuovi attacchi.

La seconda funzione, invece, è di carattere "formativo" o "preparatorio", nel senso che mira all'addestramento di nuovi potenziali terroristi. Tramite la rete internet, infatti, chiunque può acquisire le informazioni o le conoscenze necessarie alla realizzazione di un attentato. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla consultazione di pagine internet che illustrano le modalità di fabbricazione di esplosivi domestici⁷.

3. Evoluzione della normativa di prevenzione del terrorismo in Italia e nell'Unione europea.

Proprio in funzione dell'evoluzione che ha caratterizzato l'attività dei gruppi criminali, bisogna subito osservare come il legislatore, nazionale e sovranazionale, sia più volte intervenuto con l'intento di adeguare la normativa di prevenzione alle nuove forme di manifestazione del terrorismo.

Si consideri, infatti, come la minaccia terroristica globale costituisca un fenomeno relativamente recente. Basti pensare che, fino alla fine degli anni '90, la legge italiana non riconosceva una rilevanza autonoma al terrorismo internazionale, in quanto la finalità di terrorismo era prevista con esclusivo riferimento ad organizzazioni "interne". Pertanto, la tutela apprestata dall'ordinamento nei confronti del terrorismo proveniente dall'esterno corrispondeva alla qualificazione del fatto come mera associazione per delinquere o richiamava l'applicazione di reati strumentali come falsificazione o ricettazione di documenti.

In questo senso, lo spartiacque nell'evoluzione legislativa è da individuarsi nell'attentato alle Torri Gemelle di New York del 2001. Infatti, immediatamente

anonymity. When the Hyderabad plotters were arrested last summer, they could not so much as confirm the nationalities of their interlocutors in the Islamic State, let alone describe what they looked like. Because the recruits are instructed to use encrypted messaging applications, the guiding role played by the terrorist group often remains obscured". Cfr. R. CALLIMACHI, *Not "Lone Wolves" after all: how ISIS guides world's terror plots from afar*, in *The New York Times*.

⁷ La configurazione di questa duplice funzione si percepisce agevolmente dalla lettura della Direttiva dell'UE 2017/541.

dopo l'11 settembre, con Decreto legge⁸, il legislatore italiano ha aggiunto un terzo comma all'art. 270 *bis* del Codice penale, il quale stabilisce che «la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale»; è stata prevista, altresì, la fattispecie del finanziamento di associazioni con finalità di terrorismo, ora applicabile anche a quello internazionale.

In seguito, l'attentato alla metropolitana di Londra del 2005 ha segnato un'ulteriore tappa nel percorso evolutivo della legislazione interna. In particolare, il D.L. 27 luglio 2005, n. 144⁹, ha inserito, nel capo dedicato ai delitti contro la personalità dello Stato, le fattispecie dell'arruolamento e dell'addestramento a fini terroristici - rispettivamente artt. 270 *quater* e 270 *quinqüies*¹⁰. Ma ancora più incisivo risulta quanto disposto dall'art. 270 *sexies*, in cui, con l'intento di rendere più agevole il ruolo interpretativo del giudice, è stata prevista una definizione di condotte con finalità terroristica, individuandole come quegli atti che «possono recare grave danno ad un Paese o ad una organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i pubblici poteri o un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di una organizzazione internazionale (...)»¹¹.

Il passo successivo è stato quello compiuto in seguito all'attentato presso la redazione di *Charlie Hebdo*. Con l'approvazione del D.L. 18 febbraio 2015, n. 7¹², sono stati nuovamente modellati i meccanismi di prevenzione del terrorismo¹³. In particolare, l'art. 270 *quater* ha introdotto la fattispecie di organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo e della propaganda di viaggi volti al compimento delle condotte individuate dal 270 *sexies*. Inoltre, l'art. 270 *quinqüies* ora prevede, accanto alla punibilità del semplice addestrato, anche quella di chi, autonomamente, raccoglie informazioni con l'intento di compiere un atto terroristico. La norma, come già anticipato, sarà l'oggetto specifico dei paragrafi che seguono.

⁸ D.L. 18 ottobre 2001, n. 374, intitolato *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*, convertito in L. 15 dicembre 2001, n. 438.

⁹ Convertito in L. 31 luglio 2005, n. 155.

¹⁰ Tali fattispecie costituiscono l'adeguamento interno alla Convenzione sulla prevenzione del terrorismo siglata a Varsavia nel 2005, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa.

¹¹ La definizione data dall'art. 270 *sexies* riporta nel Codice quella contenuta nella Decisione Quadro del Consiglio dell'UE 13 giugno 2002.

¹² Sul punto, F. VIGANÒ, *Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il nuovo decreto in materia di contrasto al terrorismo*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

¹³ Normative adottate sulla scia della Ris. 2178/2014 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e del protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 2015.

Quanto descritto dimostra come le tappe che hanno segnato questa evoluzione normativa¹⁴ siano scandite dagli eventi che, a partire dal 2001, hanno colpito il mondo occidentale.

Senza dubbio, l'UE ha "sollecitato" tale evoluzione, con l'intento di raggiungere la configurazione di una disciplina di prevenzione del terrorismo¹⁵ omogenea e, di conseguenza, più efficace. L'ultimo passo compiuto dal legislatore euro-unitario in materia è rappresentato dalla Dir. 2017/541¹⁶. Pur adottata nell'ottica di sostituire la precedente decisione quadro 2002/475¹⁷ e la decisione 2005/671, il nuovo testo normativo non sembra detenere una rilevante portata innovativa. Immutata risulta essere, fra le altre, la definizione di reati di terrorismo individuata dall'art. 3, definiti come quelle condotte che «per la loro natura o per il contesto in cui si situano, possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale». La definizione, in particolare, si fonda su due elementi: uno di carattere oggettivo, corrispondente appunto alla natura o al contesto in cui si vanno a rintracciare le condotte incriminate; l'altro di carattere soggettivo, afferente, al contrario, all'intenzione che spinge l'individuo a porre in essere la condotta¹⁸.

Immutato risulta anche quanto disposto in tema di relazione che, ai fini della punibilità, deve sussistere fra l'attentatore e il gruppo terroristico: l'art. 4 pone sullo stesso piano, infatti, sia la direzione del gruppo che la mera partecipazione

¹⁴ Sull'evoluzione della normativa interna in materia e sul rapporto con gli atti normativi europei ed internazionali, cfr. V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, 117 ss., 209 ss.

¹⁵ Il 15 marzo 2017 è stata approvata la nuova Dir. UE/2017/541, che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio.; v. anche M. E. BARTOLONI, *La tutela giurisdizionale nell'ambito del secondo e terzo pilastro UE*, in Quad. cost. 2005.

¹⁶ Al considerando n. 4, il legislatore unitario giustifica un nuovo testo in materia chiarendo che *negli ultimi anni, la minaccia terroristica è cresciuta e si è evoluta rapidamente. Persone indicate come "combattenti terroristi stranieri" si recano all'estero a fini terroristici. I combattenti terroristi stranieri che rientrano in patria rappresentano una minaccia accresciuta per la sicurezza di tutti gli Stati membri. Combattenti terroristi stranieri sono risultati implicati in recenti attentati e complotti in diversi Stati membri. Inoltre, l'Unione e i suoi Stati membri fanno fronte a crescenti minacce rappresentate da individui che sono ispirati o istruiti da gruppi terroristici all'estero ma che rimangono in Europa.*

¹⁷ La stessa direttiva del 2017 definisce, al considerando n. 3, tale decisione come *la pietra angolare della risposta della giustizia penale degli Stati membri per combattere il terrorismo.*

¹⁸ Elemento d'interesse rispetto alla normativa italiana analizzata nel precedente paragrafo, è la preoccupazione del legislatore europeo di elencare con precisione non solo le specifiche condotte ma anche gli scopi che, determinando la volontà criminale, danno al fatto una connotazione di stampo terroristico. Più nello specifico, l'art. 3, par. 2, della direttiva 541, elenca i seguenti scopi come effettivi indici di una condotta perpetrata con finalità terroristica: *intimidire gravemente la popolazione; costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto; destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali fondamentali di un paese o di un'organizzazione internazionale.*

allo stesso, che può avvenire fornendo «informazioni o mezzi materiali, ovvero tramite qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose del gruppo terroristico»¹⁹.

Ulteriore elemento di continuità con la disciplina già esistente in materia è rappresentato da quanto disposto dall'art. 13, il quale stabilisce che «non è necessario che un reato di terrorismo sia stato effettivamente commesso né è necessario (...) stabilire un collegamento con un altro reato specifico elencato nella presente direttiva». Persiste, quindi, la necessità di un'anticipazione della soglia di punibilità e la qualificazione di condotta penalmente rilevante anche rispetto ad atti meramente preparatori; in particolare, il legislatore sovranazionale dedica ulteriore attenzione alle condotte di finanziamento, addestramento, organizzazione di viaggi²⁰, ecc.

Leggendo il testo della direttiva, è da rilevare come non siano di particolare rilievo gli interventi correttivi chiesti dall'Europa nei confronti del legislatore italiano²¹, il quale sembra aver anticipato il contenuto della stessa con il D.L. n. 7/2015 e la L. n. 153/2016.

4. I "lupi solitari" e la libertà ad essere informati.

Nonostante la normativa di prevenzione del terrorismo sia stata, negli ultimi anni, più volte oggetto di interventi legislativi, senza dubbio vi sono dei tratti comuni che permettono di configurare in maniera omogenea le condotte analizzate nel presente lavoro.

In particolare, i reati di stampo terroristico sono trattati nel libro II, titolo I, del codice penale, dedicato ai «delitti contro la personalità dello Stato»²². La *ratio*

¹⁹ Per il vero, la nozione precedente di tali reati, accolta dall'art. 2 della decisione quadro del 2002, impiegava la locuzione «organizzazione terroristica» in luogo di quella di «gruppo terroristico»; tuttavia, in entrambi i casi, la definizione fornita dai rispettivi testi di riferimento è la medesima, vale a dire quella di «un'associazione strutturata di più di due persone, stabile nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati di terrorismo», sì che al di là del differente *nomen iuris* non pare che la direttiva introduca un concetto differente. Del resto, lo stesso Protocollo addizionale non aveva introdotto una definizione di "gruppo terroristico" che viene dunque rimessa, come chiarito dal rapporto esplicativo, alle parti firmatarie. Cit. S. SANTINI, *L'Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 16.

²⁰ Sul punto, F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, 352.

²¹ Da rilevare come l'unico adeguamento richiesto al legislatore italiano discenda dall'obbligo sancito dall'art. 9 della direttiva. L'ordinamento italiano, infatti, punisce il caso di "viaggio" solo ove questo sia inquadrabile nella condotta di arruolamento. La norma europea, invece, prevede una fattispecie più ampia, qualificando come punibile anche il singolo viaggio. D'altra parte, potrebbe ritenersi non indispensabile un adeguamento nel momento in cui la norma italiana risulta comunque idonea ad una interpretazione convenzionalmente orientata.

²² È da rilevare come la dicitura utilizzata dal legislatore, per quanto esprima un concetto figurativamente chiaro, ponga nelle mani dell'interprete una fattispecie giuridica dai confini incerti. Invero, il titolo I genera perplessità con riguardo al significato di "personalità dello Stato" e alla

legislativa che sorregge la precisa individuazione della classe di reati in esame risiede nella configurazione di una peculiare caratteristica strutturale degli stessi: è da rilevare, infatti, come, per i reati di stampo terroristico, l'ordinamento dia luogo ad un'anticipazione della soglia di punibilità.

Per meglio intendere quanto appena affermato, si parta da un dato letterale, prima che tecnico: è frequente in questo settore imbattersi nella figura dell'attentato²³. Per "attentato" è da intendersi un atto non necessariamente lesivo di un interesse protetto ma, al contrario, anche meramente "diretto" alla lesione di un bene giuridico e pertanto punibile anche qualora tale lesione non si verifichi.

Ebbene, se, in generale, non può che sottolinearsi come tutti i paesi occidentali – e l'Unione europea – abbiano individuato la prevenzione quale principale arma contro il terrorismo internazionale, appare evidente come l'applicazione concreta delle norme in esame, anticipando la soglia del penalmente rilevante, sia idonea, di volta in volta, a far sorgere dubbi di legittimità costituzionale.

Più nello specifico, appare condivisibile affermare che, alla luce del ruolo assunto da internet nella pianificazione del "terrore", il legislatore – sia nazionale che sovranazionale – abbia qualificato punibili anche condotte di mero accesso a contenuto informativo. Ciò è quanto viene a configurarsi proprio grazie all'art. 270 *quinquies* del codice penale²⁴.

corretta individuazione del bene giuridico tutelato. Rispetto a tale interrogativo, una prima prospettiva è quella che prende come riferimento la relazione al codice penale, la quale pone l'accento su «tutto quel complesso di interessi politici fondamentali di altra indole, rispetto ai quali lo Stato intende affermare la sua personalità» (È da rilevare come quanto indicato dalla relazione al codice penale, non facendo riferimento esclusivo alla sicurezza dello Stato, sia in linea con quanto previsto dal previgente codice Zanardelli). In tal senso, l'oggetto del reato andrebbe a coincidere con il soggetto passivo dello stesso, configurando l'interesse protetto nella persona dello Stato in sé considerata (R. GAROFOLI, *Compendio di diritto penale - parte speciale*, Roma, 2015, 1). D'altra parte, più convincente è l'orientamento per cui, secondo un'interpretazione conforme a quel complesso di valori individuati dalla Costituzione italiana, oggetto della tutela dovrebbe individuarsi negli «interessi basilari di una convivenza sociale vista nelle sue forme istituzionali» (Cfr. B. ROMANO, *Diritto penale - parte generale*, Milano, 2016); pertanto, ciò che il legislatore mira a difendere sono gli interessi politici dello Stato, relativi alla funzionalità di quest'ultimo, unitariamente inteso. È pur vero, però, che lo Stato esiste in due diverse dimensioni: quella interna e quella esterna. Per questo motivo, secondo un *discrimen* di natura esclusivamente classificatoria, sembra opportuno suddividere i reati contro la personalità *interna* dello Stato - dove il bene giuridico tutelato è da individuarsi negli organi costituzionali e nel loro funzionamento - dai reati contro la personalità *esterna* dello Stato - dove il bene giuridico protetto corrisponde alla sicurezza interna e al prestigio della nazione. È bene ribadire, però, che questa distinzione assume un carattere prettamente descrittivo, senza intaccare il concetto di unitarietà dello Stato. Cfr. R. GAROFOLI, 2.

²³ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2015, 204 ss..

²⁴ V. Cass., Sez. V penale, 9 febbraio 2017, n. 6061, dove i giudici di legittimità affrontano una questione concernente una fattispecie di atto preparatorio perpetrato da un individuo definito dalla stessa Corte "lupo solitario" e condannato proprio per il reato di cui all'art. 270 *quinquies* c.p.

L'addestramento autonomo, infatti, essendo perseguibile a prescindere dalla lesione materiale di un bene giuridico protetto, è da qualificarsi come "atto preparatorio", ovvero quale condotta che, seppur non offensiva, è diretta e funzionale alla successiva realizzazione di un attacco terroristico. In sostanza, ciò significa che accedere a determinate pagine internet o ricercare specifiche parole sui motori di ricerca costituisce una condotta, di per sé, già penalmente rilevante²⁵.

Ebbene, a modesto avviso di chi scrive, la norma analizzata appare suscettibile di ledere la libertà di informazione ovvero, più nello specifico, la libertà ad essere informati²⁶, se non opportunamente bilanciata in sede di applicazione. Quest'ultima è generalmente ricondotta alla libertà di espressione, consacrata dall'art. 21 della Costituzione e definita dalla Corte costituzionale «pietra angolare dell'ordine democratico»²⁷.

La libertà di ricevere informazioni, al contrario, è prevista espressamente tanto dall'art. 11 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* tanto dall'art. 10 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

Emerge, d'altra parte, come, pur dovendosi riconoscere il ruolo centrale della libertà di informazione al fine di garantire la conservazione dello Stato di diritto²⁸, non possano rilevarsi i limiti a cui la stessa è sottoposta.

L'art. 21 Cost. individua, come unico limite, il "buon costume". Considerata la estrema genericità della terminologia adottata, non è agevole intercettarne il contenuto esatto. Sul punto, la Corte costituzionale afferma che con tale espressione si debba intendere la «pluralità delle concezioni etiche che

²⁵ È per questa ragione che alcuni parlano della realizzazione di "attacchi telecomandati". L'espressione è stata coniata da Rukmini Callimachi, giornalista del New York Times, in un articolo intitolato *Not "Lone Wolves" after all: how ISIS guides world's terror plots from afar*. La giornalista spiega: «*In the most basic enabled attacks, Islamic State handlers acted as confidants and coaches, coaxing recruits to embrace violence. In the Hyderabad plot, among the most involved found so far, the terrorist group reached deep into a country with strict gun laws to arrange for pistols and ammunition to be left in a bag swinging from the branches of a tree. For the most part, the operatives who are conceiving and guiding such attacks are doing so from behind a wall of anonymity. When the Hyderabad plotters were arrested last summer, they could not so much as confirm the nationalities of their interlocutors in the Islamic State, let alone describe what they looked like. Because the recruits are instructed to use encrypted messaging applications, the guiding role played by the terrorist group often remains obscured*».

²⁶ Cfr. A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018; s. fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973; Cfr. P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; R. ZACCARIA - L. CAPECCHI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1992.

²⁷ Corte cost., sent. n. 84 del 1969.

²⁸ Cfr. P. BILANCIA, *Lo Stato di diritto come valore in una dimensione "spaziale"*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2012; cfr. F. BALAGUER, *El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del derecho constitucional nacional*, en *Estudios em homenagem ao Professor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, 2012-I

convivono nella società contemporanea»²⁹, cosicché la libertà di informazione può essere limitata ogniqualvolta la comunità si senta «colpita o danneggiata» per un contenuto diffuso grazie alla stessa libertà di informazione³⁰.

L'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al contrario, è più dettagliato, in quanto afferma che la libertà di espressione possa essere limitata per ragioni legate «alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

5. La sicurezza pubblica come limite alla libertà d'informazione.

Considerato che in questa sede vuole ricollegarsi la compressione della libertà di informazione alle ragioni di prevenzione del terrorismo, emerge come sia particolarmente rilevante il richiamo, da parte dell'art. 10 CEDU, alla "sicurezza pubblica". Pur non rintracciandosi tale concetto all'interno della Costituzione italiana, si sottolinea come lo stesso possa ricavarsi in via interpretativa.

In primo luogo, il limite del "buon costume" sancito dall'art. 21 Cost. rappresenta un concetto tanto generale che, secondo l'interpretazione della Consulta già richiamata in precedenza, può includere anche la sicurezza pubblica.

In secondo luogo, in più articoli la Costituzione individua la sicurezza pubblica come limite di libertà individuali, a volte direttamente ed altre indirettamente. A titolo esemplificativo, si ricordi che l'art. 16 (libertà di circolazione) parla di «sicurezza», l'art. 14 (libertà di domicilio) fa riferimento a «sanità e incolumità pubblica», l'art. 13 (libertà personale) tratta in generale i casi di emergenza.

In terzo luogo, a parte gli articoli individuati, la Costituzione ammette che la libertà di un individuo possa essere compressa in funzione di un interesse generale o di una situazione giuridica collettiva. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 2 Cost. che, una volta riconosciuti i diritti fondamentali dell'uomo, richiede l'osservanza dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale³¹.

²⁹ Corte cost., sent. n. 293 del 2000.

³⁰ Cit. A. PAPA, *op. cit.*, 63; è stato inoltre sottolineato che «i Costituenti hanno optato per una locuzione ("buon costume", appunto) che sottende un concetto alquanto vago e proprio per questo caratterizzato da una elasticità tale da poter essere adattato nel tempo all'evoluzione sociale, soprattutto attraverso l'azione dei soggetti (giudici, ma anche componenti di commissioni in ambito cinematografico, ecc.) chiamati a dare significato al disposto costituzionale». Cit. A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in internet - Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009, 182.

³¹ Cfr. A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Zanichelli - *Foro it.*, a cura di G. BRANCA, Bologna - Roma, 50 -119; Cfr. G. Bongiovanni, *Commento all'art. 2. Diritti inviolabili e libertà*, in BARBERA (1997), 67-92; D. FLORENZANO - D. BORGONOVO RE - F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza: un'introduzione*, Torino, 2011.

Secondo la dottrina, la norma sembra disegnare una ellisse e le garanzie costituzionali si orientano tra i fuochi della figura a seconda che prevalga la tutela dell'individuo o della collettività³².

Pertanto, tramite il principio di solidarietà – in particolare nell'accezione di solidarietà sociale – sembra potersi ammettere una compressione della libertà d'informazione al fine di garantire la sicurezza pubblica.

Resta da domandarsi, però, cosa si intenda con il termine "sicurezza pubblica" e fino a che punto la stessa possa giustificare una limitazione di diritti fondamentali.

Facendo riferimento ad autorevole dottrina, è possibile affermare che la sicurezza pubblica corrisponda ad una mera condizione psicologica. La stessa Corte costituzionale afferma che la sicurezza pubblica si concretizzi quando i cittadini possono attuare le loro legittime attività senza *sentirsi* minacciati nella propria integrità fisica o morale.

Ciò, tuttavia, non è sufficiente per comprendere appieno il contenuto della sicurezza pubblica. In realtà, tramite l'art. 6 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che riconosce ad ogni persona il «diritto alla sicurezza», si potrebbe affermare che quest'ultima corrisponda proprio ad un diritto soggettivo. Non è agevole, però, accettare tale configurazione: da un lato, non può sostenersi che, tramite l'esercizio di questo diritto, chiunque possa far valere le proprie ragioni anche superando i limiti della legittima difesa; dall'altro lato, un diritto "alla sicurezza" consentirebbe ad ogni singolo individuo di pretendere l'azione della polizia ogniqualvolta percepisca una minaccia alla propria integrità fisica o morale.

È proprio con riferimento alla seconda ipotesi che vuole segnalarsi una pronuncia della Corte costituzionale. Nel 2001, la Consulta ha affermato che non può includersi fra i diritti fondamentali sanciti dall'art. 2 Cost. il diritto alla protezione della propria sicurezza contro atti che costituiscono reato e ottenere, di conseguenza, la limitazione della libertà personale di chi li commette. Secondo la Corte, infatti, è del Legislatore la competenza esclusiva a decidere i casi di emergenza che possono determinare una limitazione della libertà personale.

È per questi motivi che appare condivisibile qualificare la sicurezza pubblica come una "funzione dello Stato", oggetto di un bene giuridico protetto e riflesso di un interesse collettivo³³.

³² M. FIORAVANTI, *Art. 2 - Costituzione italiana*, Roma, 2018, 67 - 68.

³³ Cfr. A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, CLXI, 1963, 111 ss.; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, 367 ss., 372; A. CERRI, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur.*, 1990; Id., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, *ivi*, XXV, Roma 2007; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, 133 ss.

Bisogna, a questo punto, domandarsi se tale situazione giuridica possa costituire il parametro di un potenziale bilanciamento con la libertà d'informazione – e più nello specifico con la libertà ad essere informati.

In tal senso, emerge come il giudizio di bilanciamento sia la sede in cui le Corti costituzionali creano nuovi diritti e nuovi principi. Se è vero, quindi, che la sicurezza pubblica è una specificazione della solidarietà sociale, è possibile ammettere che il bilanciamento costituisca il momento in cui la sicurezza pubblica si converte in un principio del diritto. La dottrina, infatti, sottolinea come un principio, per sua stessa natura, «si limita a prescrivere un orientamento da seguire, una tendenza da rispettare, un valore che richiede di essere preso in considerazione»³⁴; la sua applicazione, dunque, «esige concretizzazione, e anzi "applicare" un principio consiste precisamente nel concretizzarlo»³⁵. Ebbene, il bilanciamento diviene la sede in cui la sicurezza pubblica, "orientamento da seguire", viene applicata e concretizzata, così trasformandosi in principio generale dell'ordinamento.

6. Conclusioni.

È già stato sottolineato come, in momenti di crisi, l'ordinamento giuridico assista alla compressione delle garanzie costituzionali³⁶. Emerge, infatti, come «tutta la nostra storia costituzionale occidentale *sia* segnata da questo problema»³⁷. Il concetto di crisi costituzionale «è immanente, costantemente attuale, nella storia costituzionale europea, che è scandita proprio dalle tappe più significative della minaccia all'ordine costituito e dalle reazioni dello Stato, tutte ispirate all'esigenza di proteggere la sicurezza collettiva anche al costo di interrompere

³⁴ Cit. M. IOVANE, *La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement*, in "Revue générale de droit international public", 112, 2015, n. 3, 492.

³⁵ Cit. R. GUASTINI, voce *Principi di diritto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Agg.*, Torino, 2011, 686 ss.

³⁶ Così come descritta, la necessità, normalmente manifestata dagli organi statali per mezzo della decretazione dello stato di emergenza, sembra coincidere, quantomeno sotto il profilo temporale e in relazione agli eventi che ne determinano la generazione, con il potere costituente. Quest'ultimo, infatti, è quel potere che, emergendo nei momenti di crisi e di rottura dei valori fondamentali di una comunità, è chiamato a rifondare la comunità stessa. Ma, se potere costituente e stato di necessità talvolta coincidono, quantomeno a causa della sovrapposizione dei momenti storici che ne determinano la formazione, gli stessi differiscono sotto il profilo della rispettiva dilatazione temporale: se il potere costituente è chiamato a dettare un ordine permanente, almeno fino ad una successiva "rottura", la necessità sospende le garanzie costituzionali ma mantenendole in vita. Se non fosse così, d'altra parte, la necessità diverrebbe a sua volta pretesto per la nascita di un nuovo potere costituente. Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009; Cfr. E. DENNINGER, *Dallo "Stato di diritto" allo "Stato di prevenzione"*, in *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, a cura di V. BALDINI, Cassino, 2005, 54.

³⁷ Cit. R. BIN, *Democrazia e terrorismo*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, Padova, 2007, 39; Cfr. A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004, 56.

le garanzie costituzionali»³⁸.

Nello specifico, la storia recente permette di rilevare come anche il legislatore italiano³⁹, durante i c.d. "anni di piombo", abbia adottato provvedimenti sensibilmente limitativi dei diritti costituzionali. A suo tempo, la Corte Costituzionale, interrogata, in particolare, sulla legittimità di norme volte ad ampliare le ipotesi di carcerazione preventiva, ha affermato che, benché ciò suscitò «immediato e profondo turbamento (...), di fronte ad una situazione d'emergenza (...) Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza»⁴⁰.

Peraltro, nella stessa sentenza, i Giudici hanno dichiarato che «l'esigenza della tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica» sono la «causa occasionale» che impone allo Stato di intervenire in questo senso.

Se si accetta quanto affermato, deve rilevarsi, però, come sia mutato il contesto in cui, negli ultimi anni, sono andate ad inserirsi le normative di prevenzione del terrorismo; è necessario richiamare, infatti, la c.d. stabilizzazione dell'emergenza, ovvero la configurazione del fenomeno da alcuni definito «terrorismo del tempo ordinario»⁴¹.

In tal senso, la storia recente dimostra come la minaccia terroristica abbia determinato l'instaurarsi di un regime di costante emergenza, dove quest'ultima non appare più coincidere, nei suoi tratti essenziali, con la provvisorietà, l'eccezionalità e – utilizzando le parole della Corte – l'"occasionalità".

D'altra parte, la discrezionalità riconosciuta – anche, come visto, dai Giudici delle leggi – a Parlamento e Governo in presenza di uno stato di emergenza non può giustificare reiterate eccezioni alle garanzie costituzionali, dovendo, al contrario, essere necessariamente limitata.

Ebbene, chiamato ad assolvere il compito di limitare la discrezionalità dei poteri legislativo ed esecutivo non può che essere il potere giurisdizionale. Appare opportuno sostenere, infatti, che la concretizzazione del diritto si riveli quale la sede più idonea a consentire l'individuazione di un discernimento tra emergenza

³⁸ R. BIN, op. cit., 40.

³⁹ Dalla Rivoluzione francese in poi, tutte le crisi sono state giustificate da reali o supposte invasioni esterne. Negli Stati Uniti, si pensi «ai provvedimenti con cui Lincoln, durante la Guerra civile, sospese la libertà di espressione e l'*habeas corpus*, facendo sottoporre i civili ai tribunali militari senza possibilità di appello; dall'Espionage Act del 1917, con cui furono incarcerati oppositori alla coscrizione e dissidenti politici, nonché introdotte pesanti limitazioni alla stampa e alla corrispondenza (misure ulteriormente aggravate dal Seditio Act del 1918), alla deportazione di massa di giapponesi e di cittadini americani di origine giapponese durante la seconda guerra mondiale: e, naturalmente, al Patriot Act con cui l'amministrazione Bush ha reagito all'11 settembre», G. STONE, *Perilous Times - Free Speech in Wartime*, New York - London, 2004.

⁴⁰ Sent. 15/1982; v. anche A. BARAK, *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2002, 3385, 3393.

⁴¹ V. G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016; Id., *La risposta europea al terrorismo del tempo ordinario*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2017.

e mera opportunità politica. Pertanto, alla luce di uno stato emergenziale non circoscritto da un punto di vista essenzialmente temporale, al giudice ordinario è affidato il compito di intendere quando la *extrema ratio* della sanzione penale sia l'unico strumento idoneo a tutelare l'interesse comune.

La resistenza a più pubblici ufficiali tra concorso apparente di norme e concorso di reati sotto la lente delle Sezioni Unite.

di Sara SPIEZIA*

SOMMARIO: **1.** Premessa: il concorso apparente di norme come problema interpretativo. **2.** Il rapporto tra il concorso di norme e il concorso effettivo di reati. **3.** Il concorso effettivo di reati. **4.** La *questio iuris* posta al vaglio delle Sezioni Unite: l'ordinanza di rimessione. **5.** La pronuncia delle Sezioni Unite n. 40981 del 22 febbraio 2018.

ABSTRACT: *The relationship between the apparent concurrence of legal provisions and the real concurrence of crimes represents one of the most controversial topics of criminal law. Indeed, the determined criteria of the concurrence of legal provisions have been debated by the doctrine, due to the legislative proliferation which has given new life to this phenomenon.*

The Reunited Branches of the Supreme Court have been called to solve the challenging issue concerning the hypothesis of a formal concurrence of crimes, instead of the continuation, when, with only one action or omission, a person, by using violence or threat, fights against several public officers or against several persons who serve for public duties.

The Supreme Court agreed with the thesis which identifies the configuration of several crimes, therefore, solving the legal issue in favour of the formal homogeneous concurrence.

1. Premessa: il concorso apparente di norme come problema interpretativo.

Il concorso apparente di norme rappresenta uno degli istituti dogmatici più controversi del diritto penale, tanto da essere definito come "vero ginepraio"¹, "matassa arruffata"² e "cervellotico congegno"³ dagli autori che, nel corso del tempo, se ne sono occupati.

* Dottoressa in giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 L. 98/13 presso la Procura della Repubblica di Roma.

¹ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato*, Milano, 1943, Vol. I, p. 275.

² F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato*, Milano, 1943, Vol. I, p. 264.

³ PALIERO, *L' autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4, 1994, p. 1224.

Tale fenomeno è stato dotato di nuova attualità con la proliferazione legislativa in materia penale.

L'ipertrofia del Parlamento degli ultimi anni, infatti, ha comportato un progressivo espandersi della normativa penale, che ha causato una frammentazione della stessa in numerose leggi speciali, comportando, quale conseguenza, che un identico fatto possa essere riconducibile sotto diverse norme penali.

Il concorso apparente di norme, dunque, si verifica allorché un complesso di azioni od omissioni risulti, almeno *prima facie*, astrattamente sussumibile sotto diverse fattispecie incriminatrici, sebbene, in concreto, sia effettivamente applicabile una sola di esse.

È evidente che tale problema abbia natura interpretativa, concretizzandosi in un plesso di operazioni intellettuali volte ad individuare la principale accezione semantica del precetto normativo in concreto applicabile. La soluzione alla *questio iuris*, che costituisce crocevia delle più disparate discussioni dogmatiche, non può che passare, ineluttabilmente, attraverso l'analisi morfologica del rapporto sussistente tra le norme, atteso che la natura di tale rapporto può determinare sia l'applicazione di una sola norma, quanto di tutte quelle norme che sono sussumibili alla fattispecie concreta. In quest'ultima ipotesi, realizzando uno stesso soggetto più fattispecie criminose, si avrà un concorso di reati, che può essere omogeneo, allorché si tratti di più violazioni della stessa norma penale, ovvero eterogeneo, quando coinvolge distinte figure di reato.

È quindi lapalissiano che il concorso apparente di norme si pone in un rapporto di alternativa logica rispetto al concorso effettivo di reati (*rectius* eterogeneo), in quanto la funzione perseguita dallo stesso consiste nel risolvere la convergenza di più norme in conflitto, determinando quale sia quella applicabile al caso concreto, mentre nel concorso effettivo vengono in rilievo norme diverse, ma non antitetiche, suscettibili di contemporanea applicazione, per cui alla pluralità delle fattispecie incriminatrici applicabili, corrisponde una pluralità di reati.

La tematica, dunque, si basa sui binomi concorso apparente di norme – unità di reati e concorso effettivo di norme – pluralità di reati, in quanto l'astratto convergere di più disposizioni penali su di un medesimo fatto, non è di per sé sufficiente a determinare una pluralità di reati. Se è vero, infatti, che il venire in considerazione di più reati dipende dal venire in considerazione di più norme

penali, non è altrettanto vero l'inverso⁴, in quanto la contestuale presenza di una pluralità di fattispecie astratte non elide il carattere unico del reato.

La tematica dei rapporti tra concorso apparente di norme penali e concorso effettivo di reati, dunque, richiedendo quale presupposto logico un atto interpretativo volto a decifrare il valore semantico delle fattispecie criminose, rientra nell'alveo del principio di legalità. Infatti, a monte dell'affermazione della sussistenza o meno di un concorso di reati, vi è una valutazione di quali e quanti fatti tipici risultano realizzati nel caso di specie, finalizzata al computo della pena complessivamente applicabile, che deve sempre essere proporzionata all'offesa del bene giuridico tutelato e, quindi, al disvalore sociale del fatto di reato.

Alla stregua dell'art. 25 Cost., infatti, è espressamente sancito che l'individuazione del *an*, del *quantum* e del *quomodo* dei reati sia di competenza del legislatore, di conseguenza, dunque, spetterà sempre al Parlamento chiarire come debbano essere risolte eventuali controversie normative in merito ad uno stesso caso di specie.

2. Il rapporto tra il concorso di norme e il concorso effettivo di reati.

Alla luce dell'art. 15 c.p. rubricato "Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale" il criterio applicabile nelle ipotesi di concorso apparente di norme è quello di specialità, in forza del quale la norma speciale prevale sulla norma generale secondo la regola "*lex specialis derogat generali*"⁵, laddove per norma speciale si intende tradizionalmente quella norma contenente tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generale con degli ulteriori requisiti propri e caratteristici in funzione specializzante.⁶

Sotto la vigenza del Codice Zanardelli l'esigenza di individuare un confine netto tra il concorso di norme e quello di reati era meno stringente, in quanto, all'art. 78 c.p., statuiva il principio di assorbimento, alla stregua del quale nel caso di concorso di reati si doveva applicare solo la pena per il reato più grave. Con l'entrata in vigore del Codice Rocco si è, invece, avvertita l'esigenza di comprimere l'ambito applicativo della disciplina del concorso di reati, a favore di quella del concorso di norme.

I criteri risolutivi del concorso di norme sono stati oggetto di un acceso dibattito dottrinale impegnato ad individuare i parametri in base ai quali verificare la

⁴ R.A. FROSALI, voce "Concorso di reati", in *Noviss. Dig. It.*, III, p. 1047.

⁵ E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Codice penale commentato - Tomo I - Artt. 1 - 313*, Ed. IV, 2015, p.331.

⁶ ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, RIDP, 1948.

natura apparente o meno del concorso e in seno al quale si sono formate due opposte tesi.

I fautori della prima teoria, c.d. monistica (*rectius*, monistiche), partendo dal dato letterale dell'art. 15 c.p., ritengono che la problematica afferente il concorso di norme possa trovare soluzione con l'applicazione del solo principio di specialità, sebbene integrato da taluni correttivi.⁷ Tali tesi presentano un approccio strutturale che fa leva sul raffronto tra le fattispecie astratte di reato.⁸ La dottrina, in particolare, ha esteso la tradizionale nozione di specialità c.d. unilaterale astratta fino a ricomprendervi anche altre categorie, quali la specialità concreta, bilaterale o reciproca, la specialità bilaterale per specificazione e la specialità bilaterale per aggiunta.

I sostenitori delle teorie c.d. pluralistiche, a sfondo valutativo-teleologico, invece, ritengono necessario affiancare al principio di specialità altri criteri sostanziali, alternativi a quello strutturale, basati su un apprezzamento di valore del caso concreto, allo scopo di estendere l'ambito applicativo del concorso apparente di norme. In particolare, in sede dottrinale, sono stati elaborati i principi-criteri di assorbimento e di sussidiarietà.⁹

La giurisprudenza¹⁰ ha in prevalenza aderito alla tesi monistica, sostenendo che, far dipendere la verifica della natura apparente o meno del concorso dall'applicazione dei criteri di assorbimento e sussidiarietà, equivarrebbe ad attribuire al giudice un ampio potere di valutazione discrezionale - dovendo questi analizzare il bene giuridico leso dalla condotta - che si pone in contrasto con il principio di legalità e con i suoi corollari. In secondo luogo, evidenzia che i suddetti parametri non presentano fondamento normativo, a differenza del principio di specialità. Non mancano, però, pronunce¹¹ che hanno riconosciuto l'operatività del principio di consunzione o di assorbimento, allorquando vi sia una norma *ad hoc* di parte speciale che li preveda.

Alla luce, dell'art. 15 c.p., dunque, i presupposti per l'applicazione del principio di specialità e, di conseguenza, anche del concorso apparente sono la pluralità di norme in rapporto di specialità e la circostanza che queste regolino la "stessa materia", intendendo, con tale espressione, l'identità di fattispecie astratte.

⁷ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* (a cura di L. Conti), Parte Generale.

⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, pp. 438 e ss..

⁹ R. GAROFOLI, *Compendio di Diritto Penale parte generale*, V ed., 2017-2018, p.542.

¹⁰ Cass. Pen., S. U., sentenza 20 dicembre 2005, n. 47164; Cass. Pen., S. U., sentenza 23 febbraio 2017 n. 20664; Cass. Pen., S. U., sentenza 28 ottobre 2010 n. 1963; Cass. Pen., S.U., sentenza 28 ottobre 2010 n. 1235; Cass. Pen., S.U., sentenza 19 aprile 2007 n.16568, Cass. Pen., S.U., sentenza 20 dicembre 2005 n. 47164.

¹¹ Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 28 febbraio 2017, n. 13849.

L'ambito applicativo del concorso di norme, quindi, è perimetrato dall'identità dell'oggetto, con la logica conseguenza che non può aversi il suddetto fenomeno nel caso in cui le fattispecie siano tra loro eterogenee.

Al di fuori del campo applicativo del concorso apparente di norme si collocano, quindi, quelle ipotesi in cui tra almeno due disposizioni penali vi è una relazione c.d. di interferenza, che ricorre allorché tali fattispecie legali presentano un nucleo comportamentale comune con degli elementi eterogenei. L'elemento comune non elide, infatti, l'eterogeneità delle ipotesi di reato, per cui, laddove ricorrano gli estremi delle diverse fattispecie si avrà concorso formale di reati. Il criterio, allora, che deve guidare l'interprete nella scelta tra concorso apparente e reale di norme è quello che si fonda sulla necessità di non attribuire ad un medesimo soggetto, per un identico fatto, una pluralità di violazioni di norme penali, ogniqualvolta una di esse esaurisca il disvalore complessivo della condotta.

Il concorso apparente di norme, infatti, è una manifestazione a livello sostanziale del principio del *ne bis in idem*, statuito all'art. 649 c.p.p., in un'ottica general-preventiva, funzionale alla rieducazione del reo, istanza che verrebbe meno allorché il soggetto venisse condannato per una pluralità di reati in concorso, in relazione ad un fatto la cui offensività è esaurita da una sola norma incriminatrice.

3. Il concorso effettivo di reati.

Quando il soggetto agente è il centro di imputazione di più reati¹², si è in presenza di un concorso di reati.

Tale istituto, giova ricordarlo, è disciplinato dagli artt. 71 e ss., che espressamente distinguono tra concorso materiale e formale di reati.

La prima figura si realizza quando il soggetto, con più azioni od omissioni, ponga in essere più violazioni della stessa (concorso materiale omogeneo) o di diverse (concorso materiale eterogeneo) fattispecie incriminatrici.

Si configura, invece, concorso formale di reati ogniqualvolta l'agente compia, con una sola azione o omissione, più reati.

Si distingue, allora, tra concorso omogeneo, che sussiste quando l'agente viola contestualmente più volte la stessa norma incriminatrice, ed eterogeneo, se le fattispecie violate sono differenti.

¹² PAGLIARO A., *Il concorso di reati*, in GROSSO C.F.- PADOVANI T.- PAGLIARO Trattato diritto penale, Milano, 2007, p. 415.

Il *discrimen* tra concorso formale e concorso materiale, dunque, verte sul concetto di unica azione o omissione.

Nell'ambito del concorso effettivo di reati la tematica dell'unità o della pluralità dell'azione è concettualmente diversa rispetto a quella dell'unità o pluralità di reati¹³. Quest'ultima, infatti, concerne tutte quelle situazioni in cui non si tratta di verificare la natura apparente o reale della convergenza di più norme, ma di valutare se la realizzazione di molteplici condotte, ognuna delle quali integra un identico fatto tipico, si risolve in un concorso omogeneo di reati o sia, invece, da considerare un reato unico.

È logico, dunque, affermare che tale problematica si ponga solo nei casi di concorso omogeneo di reati. Una plurima violazione della medesima norma di legge, infatti, comporta una alternativa logica rispetto sia al concorso apparente di norme, di cui all'art. 15 c.p., che rispetto all'ipotesi di un reato unico.¹⁴

Nei casi di concorso eterogeneo, invece, realizzandosi più fattispecie di reati, la questione concerne l'applicazione della disciplina del concorso di reati piuttosto che la normativa sul concorso apparente di norme.¹⁵

Con riferimento, dunque, alla problematica relativa all'unità o pluralità di reati è lo stesso legislatore a fornire la soluzione quando ricorrono le figure di reato abituale o permanente. Propende, infatti, per l'unità di reato, dato che l'integrazione della fattispecie richiede la reiterazione della condotta tipica o la protrazione della stessa per un lasso di tempo apprezzabile, per cui è da escludere a monte che alla pluralità di condotte tipiche corrispondano più reati.¹⁶

Più problematica è, invece, la risoluzione della tematica con riferimento all'ipotesi in cui, al di fuori dei casi di illeciti di durata, l'agente realizzi più volte la stessa condotta tipica, perché è affidata all'interprete l'individuazione dei parametri da utilizzare per decidere dell'unità o della pluralità di reati.

Il primo requisito, allora, affinché il soggetto risponda di un unico reato è la contestualità delle condotte, in quanto è pacificamente riconosciuto che, in presenza di un intervallo di tempo apprezzabile, il numero di reati coinciderà con quello delle condotte tipiche.¹⁷

¹³ Si segnalano, in particolare, le seguenti teorie: la concezione naturalistica, la concezione normativa e la concezione normativa su base ontologica. Vedi F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, 2015, p. 463.

¹⁴ MORO, *unità e pluralità di reati*, 1951, p.12.

¹⁵ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, 1966 p.178.

¹⁶ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 2015 p. 467; PROSDOCIMI, *Concorso di reati e di pene*, D. penale, II, 1988, p. 511.

¹⁷ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 2015 p. 468.

In dottrina¹⁸ il criterio prevalentemente utilizzato è quello che riguarda il rapporto tra soggetto passivo e natura del bene giuridico leso. Secondo tale orientamento, seguito inizialmente dalla giurisprudenza¹⁹, è integrato il concorso formale di reati allorquando, con un'unica azione od omissione, l'agente realizzi più lesioni di beni giuridici altamente personali di soggetti diversi, perché si ravvisano tanti reati quanti sono i soggetti lesi dalla condotta dell'agente; se, invece, l'oggetto materiale della condotta antigiuridica siano beni non personali, come il patrimonio, l'unità spazio-temporale dell'accadimento può prevalere sulla pluralità di persone offese,²⁰ potendosi configurare così un unico reato.

La giurisprudenza ritiene configurabile il concorso formale di reati ex art. 81 c.p., purché l'azione abbia ad oggetto una pluralità di beni aventi una specificità ed una autonomia.²¹

La suddetta problematica inerente la configurabilità di un unico reato o di una pluralità di reati è stata oggetto di una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione penale, che, con riguardo al reato di cui all'art. 337 c.p., dopo aver ripercorso i vari orientamenti formati in giurisprudenza ed in dottrina, hanno individuato i criteri da utilizzare per risolvere la controversia.

4. La *questio iuris* posta al vaglio delle Sezioni Unite : l'ordinanza di rimessione.

Con l'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione, Sez. VI, 12 dicembre 2017 n. 57249, le Sezioni Unite²² sono state chiamate a risolvere la seguente annosa questione: «Se, in tema di resistenza a pubblico ufficiale, la condotta di chi, con una sola azione, usa violenza o minaccia per opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, mentre compiono un atto del loro ufficio o servizio, configuri un unico reato ovvero un concorso formale di reati o un reato continuato».²³

Occorre, dunque, prendere le mosse dall'inquadramento del reato di cui all'art. 337 c.p., rubricato "Resistenza a un pubblico ufficiale", collocato nel Capo II del Titolo II "Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione" dal codice Rocco.²⁴

¹⁸ In particolare da F. MANTOVANI.

¹⁹ Cass. Pen., VI sez., sentenza del 9 gennaio 2009, n. 4537.

²⁰ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 2015 p. 468.

²¹ Cass. Pen., II sez., sentenza del 16 ottobre 2014, n. 2542.

²² Cass. Pen., S.U., sentenza 22 febbraio 2018, n. 40981.

²³ Cass. Pen., Sez. VI, ordinanza 12 dicembre 2017 n. 57249.

²⁴ Il codice Zanardelli del 1889 prevedeva l'incriminazione all'art. 190 c.p., che sanzionava il reato con pena più lieve rispetto al reato di violenza pubblica.

Il suddetto delitto comune sanziona ogni condotta violenta o minacciosa idonea a realizzare lo scopo oppositivo tipizzato dal legislatore, idonea, cioè, a coartare la volontà o a turbare il compimento dell'atto del pubblico ufficiale, dell'incaricato di pubblico servizio o di chi, richiesto, vi presti assistenza.

I concetti di violenza²⁵ o minaccia sono stati interpretati come modalità alternative di realizzazione della condotta – in cui non vi rientra la semplice disobbedienza intesa come mera resistenza passiva – che deve concretizzarsi mentre il soggetto passivo compie un atto di ufficio o di servizio.

La problematica inerente alla unicità o pluralità di reati viene in rilievo allorché l'agente con una sola azione minacciosa o violenta si opponga a più pubblici ufficiali mentre compiono un atto del loro ufficio.

In seno alla giurisprudenza, come sottolineato dai giudici della Sesta Sezione, si sono formati due contrapposti orientamenti, l'uno sostenitore della pluralità di reati in concorso formale, l'altro dell'unicità del reato di resistenza a pubblico ufficiale.

Secondo il primo orientamento²⁶ – fatto proprio dal provvedimento impugnato – qualora l'agente agisca con una pluralità di azioni minacciose o violente, allo scopo di turbare la pubblica funzione esercitata da più pubblici ufficiali, si configura una pluralità di reati avvinti dalla continuazione. Secondo tale impostazione, dunque, è ravvisabile il concorso formale omogeneo di reati se l'agente, con un'unica azione, ha commesso più violazioni di una stessa disposizione di legge nella consapevolezza di contrastare l'azione di ciascun pubblico ufficiale, configurandosi tanti reati di resistenza quanti sono i pubblici ufficiali operanti.

Tale tesi si fonda sulla considerazione che la condotta di resistenza, pur ledendo unitariamente l'interesse generale al regolare funzionamento della pubblica funzione, si risolve in altrettante offese al libero espletamento dell'attività funzionale di ciascun pubblico ufficiale.²⁷

La critica che tale orientamento giurisprudenziale muove all'opposto indirizzo che sostiene l'unicità del reato è, dunque, quella di svalutare la tutela della libertà di azione di ciascun pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, trascurando

²⁵ La nozione di violenza, oltretutto, non coincide esattamente con l'aggressione fisica, potendo, invece, indirizzarsi sulle cose o verso i terzi, purché risulti atta a coartare la volontà del pubblico ufficiale o a turbare il compimento dell'atto. Vedi Cass. Pen., Sez. VI, sentenza luglio 2017, n. 39341.

²⁶ Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 17 maggio 2012, n. 26173; Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 07 aprile 1988, n. 3546; Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 25 maggio 2017 n. 35227.

²⁷ Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 07 aprile 1988, n. 3546; Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 25 maggio 2017 n. 35227.

che la Pubblica Amministrazione è un'entità astratta. Le persone fisiche che compongono la P.A., pertanto, ne costituiscono la *longa manus*, conservando una identità distinta dalla stessa e suscettibile, quindi, di offesa come previsto dal dato letterale della disposizione.

L'opposto orientamento²⁸ di più recente emersione, infatti, propende per l'unicità del reato di resistenza a pubblico ufficiale, quando la condotta sia posta in essere nel medesimo contesto fattuale al fine di opporsi al compimento di uno stesso atto di ufficio o di servizio, anche se nei confronti di una pluralità di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio.

A sostegno di tale tesi si afferma che, alla luce del dato letterale della norma, nel reato ex art. 337 c.p. l'obiettivo della condotta criminosa è l'opposizione all'atto e non la violenza o la minaccia nei confronti del singolo pubblico ufficiale, atteso che il bene giuridico espressamente tutelato dalla disposizione in esame è il regolare svolgimento della attività dell'Amministrazione, rispetto alla quale l'offesa al pubblico ufficiale rappresenta un "danno collaterale".

L'offesa al singolo pubblico ufficiale non è, però, priva di risposta da parte dell'ordinamento, in quanto può trovare adeguata tutela in altre norme nel caso in cui la condotta minatoria o violenta superi lo stadio minimo necessario ad integrare l'elemento costitutivo della "violenza o minaccia" di cui all'art. 337 c.p., venendo così in gioco le disposizioni poste a presidio dell'integrità fisica dell'individuo.²⁹

I giudici della Sesta Sezione, a completamento dell'opera di ricostruzione della *questio iuris*, accennano alla giurisprudenza in tema di concorso formale c.d. omogeneo che, nel differenziare il caso dell'unicità del reato da quello della pluralità di violazioni, pongono l'accento sul diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo in capo all'agente. Tale giurisprudenza, infatti, afferma che, per potersi avere concorso formale di reati è necessario un "*quid pluris*" rispetto alla pluralità di persone offese, consistente nella esistenza di un particolare atteggiamento psicologico volto a realizzare l'evento tipico nei confronti di ciascuna di esse.³⁰

La sussistenza di posizioni antitetiche ha, dunque, reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

²⁸ Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 09 maggio 2014, n. 37727.

²⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 14 dicembre 2016, n. 4123.

³⁰ Cass. Pen., Sez. II, sentenza 23 settembre 1997, n. 12027; Cass. Pen., Sez. I, sentenza 07 dicembre 1987, n. 5016.

5. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 40981 del 22 febbraio 2018.

Il Supremo Consesso, chiamato a dirimere la controversia esposta dalla Sesta Sezione, ha avallato, a seguito di un complesso *iter* argomentativo, l'orientamento formatosi nella giurisprudenza di legittimità, che ravvisa nella predetta ipotesi una pluralità di reati in concorso effettivo.

Nell'aderire a tale orientamento la Suprema Corte ha, preliminarmente, preso in considerazione la struttura del concorso formale c.d. omogeneo, di cui all'art. 81 comma 1 c.p., che risulta configurabile quando il bene giuridico tutelato dalla norma sia leso più volte da un'unica azione che, sul piano fenomenico, causa una pluralità di lesioni o di eventi omogenei. Nel concetto di unica azione, secondo quanto affermato dalla Corte, rientrano sia le ipotesi in cui l'azione si risolve in un atto unico, quanto i casi in cui l'azione sia il risultato di un plesso di atti caratterizzati dalla contestualità nello spazio-tempo e dal fine unico perseguito. Tali due caratteristiche devono, secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite, essere ravvisate attraverso un raffronto costante con la fattispecie astratta.

La Corte, dunque, risolve la problematica inerente al concetto di unità e di pluralità di reati, aderendo alla teoria normativa, secondo la quale si ha concorso formale omogeneo di reati ogni qualvolta l'azione, naturalisticamente considerata, causi una pluralità di lesioni del bene tutelato. I giudici, oltretutto, negano il fondamento giuridico di quell'orientamento dottrinale³¹ che ritiene sussistente il concorso formale di reati nei soli casi in cui le offese riguardino beni giuridici altamente personali³², argomentando che, sul piano normativo, non si ravvisano dei criteri discretivi oggettivi che consentono di distinguere in modo puntuale i beni altamente personali da quelli che non lo sono.

La Corte, a completamento dell'analisi inerente al concorso formale omogeneo di reati, passa al piano applicativo, mostrando espressamente di aderire a quella tesi³³ che ravvisa la sussistenza di un concorso, non dalla circostanza che vi sia una pluralità di persone offese, ma dall'esistenza di uno specifico atteggiamento psicologico volto alla realizzazione dell'evento tipico nei confronti di ciascuna delle suddette persone.

La soluzione, dunque, ad ogni ipotesi problematica in tema di "unità o pluralità dell'azione" (*rectius* di reati), richiederebbe, secondo quanto sostenuto dalle

³¹ Tra gli altri, T. PADOVANI, *Diritto Penale*, XI, 2017, p. 139.

³² www.dirittopenalecontemporaneo.it.

³³ Cass. Pen., Sez. II, sentenza 23 settembre 1997, n. 12027; Cass. Pen., Sez. I, sentenza 07 dicembre 1987, n. 5016.

Sezioni Unite, una astratta scissione della vicenda fattuale in tante parti quanti sarebbero gli eventi giuridici, al fine di verificare se ciascuno degli autonomi frammenti integri, nelle sue componenti sia oggettive che soggettive, la fattispecie tipizzata.³⁴

Alla luce, quindi, delle predette premesse teoriche, il Supremo Consesso inquadra la problematica della resistenza a pubblico ufficiale, premettendo che, per risolvere il contrasto sottopostogli, occorre analizzare la struttura del reato *de quo* per ricavarne l'interesse tutelato.

Il ragionamento contrario, infatti, che muove dall'idea che, ai fini della verifica dell'ipotesi di concorso di reati, si debba partire dall'aprioristica individuazione del bene giuridico protetto, oltre ad essere stata ripudiata dalla giurisprudenza di legittimità³⁵, non risulta conforme alle regole sull'interpretazione delle leggi e, inoltre, incorrerebbe nel vizio logico di confondere l'oggetto materiale della condotta con l'oggetto giuridico della tutela, che perimetra i limiti entro cui il primo è tutelato.

Occorre, dunque, guardare la condotta tipica – consistente nell'uso di violenza o minaccia per opporsi a un pubblico ufficiale, ad un incaricato di pubblico servizio o a chi, richiesto, vi presti assistenza, mentre compie un atto del suo ufficio – per individuare la specifica offesa punita dalla fattispecie *de qua*. L'elemento oggettivo del reato, infatti, risulta tipizzato sia sotto il profilo modale che teleologico, riguardando tutte quelle condotte commissive – oppositive, connotate da violenza o minaccia e rivolte, sia direttamente che indirettamente, contro un pubblico ufficiale o soggetto equiparato *ex lege*, in quanto finalizzate ad ostacolarne l'esercizio della funzione pubblica.

L'espressione "mentre compie un atto di ufficio o di servizio", inoltre, ha, secondo quanto affermato dalla Corte, quale scopo ultimo quello di circoscrivere la rilevanza della condotta oppositiva nel contesto temporale ricompreso tra l'inizio e la fine dell'esecuzione dell'atto.

Alla luce delle valutazioni predette, dunque, le Sezioni Unite ritengono sia corretto individuare il bene giuridico tutelato dall'art. 337 c.p. nel regolare funzionamento della pubblica amministrazione, specie in base alla collocazione sistematica della disposizione, accogliendo la posizione espressa dalla Corte Costituzionale³⁶ secondo cui la fattispecie *de qua* non punirebbe la violazione di una posizione personale privilegiata, collegata ad una configurazione dei rapporti

³⁴ www.dirittopenalecontemporaneo.it.

³⁵ Cass. Pen., S. U, sentenza 22 giugno 2017, n. 41588.

³⁶ Corte Cost., ordinanza del 1996, n. 425.

tra cittadini e pubblici ufficiali, ma la maggiore offesa arrecata alla Pubblica Amministrazione. La Corte, così, sottolinea il rapporto di immedesimazione organica tra i pubblici ufficiali e l'amministrazione, escludendo la possibilità di considerare la norma plurioffensiva e negando il rango di interesse tutelato al bene dell'integrità psico-fisica del singolo.

Alla luce, quindi, dell'asserita esistenza di un rapporto di immedesimazione organica delle persone fisiche rispetto alla Pubblica Amministrazione, che definisce, altresì, la portata dell'interesse tutelato, il Supremo Consesso sentenza che la condotta lesiva del regolare funzionamento dell'amministrazione sia non solo la manomissione o la distrazione dei beni pubblici, ma anche l'interferenza nel procedimento volitivo o esecutivo di chi esprima la volontà dell'amministrazione.³⁷ L'interesse tutelato dalla norma, dunque, deve essere interpretato in modo ampio, nel senso di ricomprendere anche la sicurezza e la libertà di determinazione dei soggetti che, singolarmente o collegialmente, esercitano le funzioni pubbliche o ne adempiono i servizi, come previsto dagli artt. 336, 337 e 338 c.p.

In definitiva, la Corte afferma che non sia condivisibile quella tesi che individua l'oggetto materiale dell'opposizione nell'atto pubblico in sé considerato, specie in virtù della scelta legislativa di configurare, quali modalità alternative della condotta, la violenza o la minaccia. Tale scelta, infatti, finirebbe per attribuire centralità al singolo soggetto che esercita pubbliche funzioni.

Le Sezioni Unite, quindi, aderiscono a quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità che ritiene sussistente una pluralità di reati di resistenza a pubblico ufficiale nell'ipotesi in cui la condotta oppositiva abbia ad oggetto una pluralità di persone offese, dirimendo la *questio iuris* a favore del concorso formale omogeneo.

³⁷ www.dirittopenalecontemporaneo.it.

Cassazione Civile, Sezione I, sentenza 26 febbraio 2019, n. 5663, Pres. Didone - Est. Pazzi**Decorso della prescrizione dei crediti in fase di esecuzione del concordato preventivo****Concordato preventivo con cessione dei beni - Prescrizione dei crediti – Art. 2941, n.6, c.c. - Sospensione per rapporti tra creditori e debitore - Amministrazione dei beni ceduti**

«Il concordato preventivo mediante cessione dei beni ai creditori comporta il trasferimento agli organi della procedura non della proprietà dei beni, ma dei soli poteri di gestione finalizzati alla liquidazione. Ne consegue che l'art. 2941, n. 6, c.c., non è applicabile estensivamente ai rapporti tra debitore e creditori del concordato preventivo in questione, poichè la titolarità dell'amministrazione dei beni ceduti spetta esclusivamente al liquidatore, il quale la esercita non in nome o per conto dei creditori concordatari, ma nel rispetto delle direttive impartite dal tribunale, secondo l'art. 182 l.fall., nel testo vigente "ratione temporis" (anteriore alle modifiche di cui al d.lgs. n. 169 del 2007)».

Precedenti conformi:

Cass. Civ., Sez. Lav., 10.02.2009, n. 3270

IL COMMENTO**di Annalinda VERDESCA***

Nel provvedimento in esame, la Corte di Cassazione si è pronunciata in relazione alla possibilità di applicare le cause di sospensione del decorso del termine di prescrizione di cui all'art. 2941 c.c. nelle more della procedura di concordato preventivo.

La pronuncia in commento muove dalla seguente vicenda giudiziaria.

In data 21 ottobre 1999, la Società per azioni Alfa chiede al Tribunale di Verona di essere ammessa alla procedura di concordato preventivo. A fronte dell'iniziale accoglimento di tale richiesta - debitamente omologata - la medesima Autorità, con provvedimento del 22 marzo 2012, in ragione di sollecitazioni avanzate da taluni creditori, ne dichiara la risoluzione, con conseguente dichiarazione di

*Avvocato; Dottoranda di Ricerca.

fallimento della Società.

In sede di accertamento del passivo, il G.D. all'uopo designato non ammette il credito vantato da un creditore, derivante dal rapporto di agenzia intercorso con la fallita, motivando tale decisione in ragione della intervenuta prescrizione. Proposta opposizione avverso l'esclusione, il Tribunale di Verona, in linea con quanto deciso dal Giudice Delegato, la rigetta per un duplice ordine di motivi: in primo luogo, per intervenuta prescrizione dei crediti vantati, essendo il rapporto di agenzia intercorso nel 1997; in secondo luogo, per l'impossibilità di applicare estensivamente alla fattispecie in esame l'art. 2941, n. 6 c.c. in tema di sospensione della prescrizione in quanto, nel concordato preventivo con *cessio bonorum* ai creditori, i poteri di amministrazione spettanti al liquidatore sono esercitati non in nome o per conto dei creditori, bensì nel rispetto delle direttive impartite dal Tribunale.

Avverso detta pronuncia, il creditore propone ricorso per Cassazione, adducendo i seguenti motivi di impugnazione.

In primo luogo, ad avviso del ricorrente, il Tribunale avrebbe erroneamente applicato la disciplina della sospensione della prescrizione in quanto, nell'ambito del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, l'amministrazione e la legittimazione a disporre del patrimonio del debitore vengono trasferite da quest'ultimo ai creditori, i quali esercitano tali poteri per il tramite del liquidatore, in veste di loro mandatario; inoltre – sostiene il ricorrente – pur volendo argomentare nel senso di poteri gestori spettanti agli organi della procedura, si sarebbe dovuto applicare analogicamente l'art. 94 L. Fall., in base al quale la domanda di ammissione al passivo produce gli «effetti della domanda giudiziale» per tutto il corso del fallimento (in altri termini, la sospensione dei crediti insinuati al passivo di cui all'art. 2943 c.c. fino alla chiusura del procedimento). A tale argomentazione sono ancorati i successivi motivi di impugnazione, nei quali il ricorrente adduce la violazione degli artt. 168 e 184 L. Fall. e, conseguentemente, dell'art. 2935 c.c.

In particolare, il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto insussistente nella fattispecie *de qua* l'impossibilità di fatto di esercitare il diritto, come tale idonea a sospendere la prescrizione: ad avviso del ricorrente, tale presupposto sarebbe rinvenibile nel divieto per i creditori concordatari di agire in via esecutiva per il soddisfacimento dei loro crediti sino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione e, successivamente ad essa, nell'obbligo per i creditori medesimi di attenersi alle condizioni ivi previste. Pertanto, così argomentando, l'impossibilità per i creditori di esercitare i loro diritti integrerebbe una giusta

causa impeditiva del decorso del termine di prescrizione, secondo quanto stabilito dall'art. 2935 c.c.

Per entrambe le argomentazioni indicate, la Suprema Corte si è pronunciata dichiarandone l'inammissibilità.

Come innanzi accennato, il ricorrente richiama a sostegno delle sue argomentazioni l'applicabilità al concordato preventivo con cessione dei beni dell'art. 2941, n. 6 c.c., in base al quale la prescrizione rimane sospesa «*tra le persone i cui beni sono sottoposti per legge o per provvedimento del giudice all'amministrazione altrui e quelle da cui l'amministrazione è esercitata, finché non sia stato reso e approvato definitivamente il conto*», muovendo altresì dall'idea che l'amministrazione del patrimonio del debitore – in linea con quanto statuito dall'art. 1979 c.c. - è affidata ai creditori destinatari della *cessio bonorum*, i quali la esercitano in via mediata, ovvero mediante intervento del liquidatore quale mandatario dei creditori.

Nel disattendere tale impostazione, la Suprema Corte ha escluso che il liquidatore possa agire in qualità di mandatario dei creditori in quanto, richiamando taluni precedenti sul tema, evidenzia come la giurisprudenza sia ormai consolidata nel ritenere che la procedura di concordato preventivo comporti a carico del debitore uno "spossessamento attenuato", conservando questi la proprietà, l'amministrazione e la disponibilità dei propri beni nei limiti posti dalla procedura stessa.

Conseguentemente, onere del liquidatore è quello di disporre dei beni di proprietà del debitore al fine di dare attuazione al piano concordatario, in linea con le direttive impartite dal Tribunale ex art. 182 L. Fall. e non già dei creditori (cfr. Cass. Civ., n. 4728/2008; Cass. Civ. 11520/2010).

Nè sembrano condivisibili gli ulteriori motivi di impugnazione, non sussistendo nell'ambito del concordato preventivo quelle esigenze di protezione del soggetto amministrato espressamente indicate nell'art. 2941 c.c. e idonee a giustificare la sospensione del termine di prescrizione. Un'assenza questa, che, tenuto conto della rispondenza dell'istituto della prescrizione ad esigenze di ordine pubblico, preclude la possibilità di applicazione analogica ed interpretazione estensiva della richiamata norma al concordato preventivo (sul carattere eccezionale delle disposizioni in tema di sospensione della prescrizione, si segnala Cass. civ., Sez. V, n. 25764/2014).

Importante spunto critico è dato da un ulteriore elemento di doglianza, incentrato sulla ritenuta manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale - per violazione dell'art. 3 Cost. - dell'art. 169 L. Fall. nella parte

in cui non contempla l'applicabilità dell'art. 94 L. Fall., dunque la sospensione della prescrizione dei crediti inseriti nel passivo del concordato. Ad avviso del ricorrente, la violazione del principio di ragionevolezza risiederebbe nella circostanza che tanto i creditori fallimentari quanto i creditori concordatari risultano accomunati dalla medesima situazione di impossibilità di agire per soddisfare i propri crediti ed obbligati ad attendere la liquidazione dei beni.

Sul punto la Suprema Corte, nel dichiarare inammissibile tale motivo di ricorso, evidenzia la diversa *ratio* cui rispondono il fallimento ed il concordato preventivo. In particolare, a conferma del fatto che la procedura di concordato preventivo mediante cessione dei beni ai creditori comporta il trasferimento agli organi della procedura dei soli poteri di gestione finalizzati alla liquidazione, la Corte sottolinea che, mentre con la sentenza dichiarativa di fallimento il fallito viene privato sia dell'amministrazione che della disponibilità del suo patrimonio, con la sentenza di omologa della domanda di concordato preventivo il debitore riacquista la piena disponibilità del suo patrimonio seppure con le limitazioni derivanti dalla cessione dei beni ai creditori.

Una pronuncia che, nel porre in evidenza il fondamento composito dell'istituto della prescrizione – esigenza di garantire la certezza del diritto, carenza di interesse da parte del titolare di un diritto ovvero sanzione avverso la sua inerzia – funge piuttosto da monito verso i creditori affinché si eviti di dilatare sul profilo temporale artatamente le procedure concordatarie.

Cassazione Civile, Sezione I, sentenza 29 marzo 2019, n. 8980, Pres. Didone - Est. Federico.

Gli effetti della risoluzione del contratto di leasing per inadempimento dell'utilizzatore, verificatasi ante dichiarazione di fallimento.

Risoluzione del contratto di *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore -superamento della distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo - restituzione del bene e necessaria insinuazione al passivo

«Gli effetti della risoluzione del contratto di leasing finanziario per inadempimento dell'utilizzatore, verificatasi in data anteriore alla data di entrata in vigore della legge 124 del 2017 (art. 1, commi 136-140), sono regolati dalla disciplina dell'art. 72 quater l.fall., applicabile anche al caso di risoluzione del contratto avvenuta prima della dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore. Ne consegue che, in caso di fallimento dell'utilizzatore, il concedente avrà diritto alla restituzione del bene e dovrà insinuarsi al passivo fallimentare per poter vendere o allocare il bene e trattenere, in tutto o in parte, l'importo incassato. La vendita avverrà a cura dello stesso concedente, previa stima del valore di mercato del bene disposta dal giudice delegato in sede di accertamento del passivo. Sulla base di tale valutazione sarà determinato l'eventuale credito della curatela nei confronti del concedente o quello, in moneta fallimentare, del concedente stesso, da quantificarsi in misura corrispondente alla differenza tra il valore del bene ed il suo credito residuo, derivante dai canoni scaduti e non pagati ante-fallimento ed i canoni a scadere, in linea capitale, oltre al prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione. Eventuali rettifiche, sulla base di quanto effettivamente realizzato dalla vendita del bene, potranno farsi valere in sede di riparto».

Precedenti conformi:

--

IL COMMENTO

di Clementina PIETRAROLA*

* *Avvocato.*

Con la rivoluzionaria pronuncia in commento la Corte di Cassazione torna ad interrogarsi sul trattamento del credito del concedente un bene in leasing "traslativo" in caso di fallimento dell'utilizzatore, nella ipotesi in cui il contratto si sia risolto per inadempimento di quest'ultimo prima della dichiarazione di fallimento.

Il problema si è posto perché la novella L. n. 124/2017, art. 1 commi 136 – 137, che ha introdotto una definizione unitaria del contratto di leasing finanziario, disciplinandone gli effetti sia nella fase fisiologica che in quella patologica (e che avrebbe risolto la questione), non sarebbe *ratione temporis* applicabile alla fattispecie da cui origina la decisione, dal momento che essa concerne un contratto di leasing stipulato nel 2006.

Quando, cioè, la disciplina del contratto di leasing e gli effetti della sua risoluzione erano desumibili per analogia dall'art. 1458 c.c., ovvero dall'art. 1526 c.c., a seconda che si trattasse di leasing di godimento o, come nella vicenda che ci occupa, di leasing traslativo, secondo le categorie tradizionalmente individuate dalla giurisprudenza.

Questo spiega perché i tribunali di merito interessati dalla vicenda giudiziaria prima della decisione che qui si commenta, coerentemente con l'orientamento finora invalso nella giurisprudenza di legittimità, avessero ritenuto che il diritto di credito del concedente un bene in leasing traslativo dovesse necessariamente soggiacere alla disciplina dell'art. 1526 c.c.

Per comprendere meglio i termini della questione, soprattutto considerando la complessità della pronuncia, non appare superflua una ricostruzione della intera vicenda.

Come detto, la decisione origina da un contratto di leasing traslativo, stipulato nel 2006 ed avente ad oggetto un bene immobile.

Il contratto prevedeva che in caso di risoluzione anticipata della locazione per inadempimento dell'utilizzatore - la concedente aveva il diritto *i)* di trattenere i canoni già versati; *ii)* di pretendere il versamento dei canoni ancora dovuti fino alla risoluzione; *iii)* di richiedere il pagamento di quelli ancora a scadere, dedotto l'importo eventualmente ricavato dalla vendita, ovvero, in caso di mancata riallocazione, dedotto il valore del bene risultante da una perizia di stima.

Nel corso del rapporto contrattuale l'utilizzatore si rendeva inadempiente, cosicché la concedente risolveva il contratto, intimandogli la restituzione dell'immobile ed il pagamento delle somme residue dal medesimo ancora dovute. L'utilizzatore provvedeva a riconsegnare il bene, ma ometteva il

pagamento dei canoni di locazione che avrebbe dovuto corrispondere alla concedente fino alla risoluzione del contratto.

Nelle more interveniva il fallimento dell'utilizzatore.

Indi, la creditrice depositava istanza di ammissione al passivo per un importo corrispondente ai canoni non versati, che si aggiungevano a quelli già riscossi e trattenuti, secondo quanto disposto dalla menzionata clausola del contratto del 2006.

Il Giudice delegato al fallimento rigettava la domanda, ritenendo che tale clausola si ponesse in contrasto con l'inderogabile art. 1526 c.c., nella misura in cui essa non prevedeva l'offerta di restituzione dei canoni, con la possibilità di pretendere, a titolo risarcitorio, la differenza tra il corrispettivo contrattuale a carico dell'utilizzatore e il valore del bene, secondo i prezzi correnti al tempo della liquidazione.

Il Tribunale rigettava anche l'opposizione ex art. 98 legge fall. proposta dalla società di leasing, così confermando la pronuncia di rigetto della relativa insinuazione.

Avverso detto decreto, la concedente proponeva quindi ricorso in Cassazione, dolendosi, nella sostanza, della derogabilità della disciplina dettata dall'art. 1526 c.c., nonché, nelle memorie 380 bis 1 c.p.c e 378 c.p.c., dell'applicabilità alla fattispecie della disciplina più favorevole al concedente contenuta nella legge 124 del 2017.

Si tratta, come in premessa anticipato, di una norma successiva rispetto alla fattispecie in esame, dunque alla medesima *strictu sensu* non applicabile in forza del principio secondo cui *tempus regit actum*. Senonché, la Corte finisce per applicarne i principi ispiratori al contratto di leasing traslativo stipulato tra le parti nel 2006, attraverso una interpretazione c.d. storico evolutiva dell'istituto, dal momento che la fattispecie negoziale *de qua*, in assenza di una statuizione passata in giudicato, non ha esaurito i propri effetti e va dunque decisa all'attualità.

Tanto spiega perché la Corte abbia ritenuto di dover preliminarmente ricostruire l'evoluzione storico – giuridica del contratto di leasing.

Prima della novella del 2017, si legge nella motivazione, il leasing era un contratto atipico, la cui disciplina era desunta per analogia da quella dei contratti tipici affini.

Per tale motivo, la fase patologica della locazione finanziaria veniva disciplinata applicando l'art. 1458 c.c., ovvero l'art. 1526 c.c. (dettato in tema di vendita con

riserva di proprietà), a seconda che si trattasse di un contratto di leasing di godimento o di un contratto di leasing traslativo.

Con la conseguenza che, in caso di fallimento dell'utilizzatore successivo alla risoluzione del contratto, il diritto di credito eventualmente spettante al concedente andasse determinato, a seconda dei casi, in base alle due norme sopra richiamate (Cass Sez.Un. n 65/1993).

E che, dunque, se il contratto risolto ante fallimento era un leasing di godimento, l'effetto della risoluzione non si estendeva alle prestazioni già eseguite (ex art. 1458 co.1, c.c.), mentre se il contratto di leasing era traslativo, il concedente doveva offrire la restituzione dei canoni già versati all'utilizzatore (ex art. 1526 c.c.).

Non trovava invece applicazione, prosegue la Corte, la disciplina dettata dall'art. 72 quater L.F. - secondo cui, acquisiti i canoni già riscossi, il concedente ha il diritto di insinuarsi al passivo per gli ulteriori canoni, dedotto quanto ricavato dalla nuova allocazione - dal momento che, seppure unitaria, essa riguarda, per la giurisprudenza di legittimità fino ad allora prevalente, il solo caso in cui la risoluzione del contratto di leasing fosse intervenuta dopo la dichiarazione di fallimento per effetto di una scelta del curatore.

E, dunque, trattandosi di norma eccezionale, essa non trovava applicazione analogica.

In questo scenario irrompe la Legge n. 124/2017, art. 1 commi 136 -140 che, come detto, ha introdotto nell'ordinamento una definizione ed una disciplina unitaria del contratto di leasing finanziario, che ha segnato il definitivo superamento della distinzione di matrice giurisprudenziale tra le diverse categorie di leasing.

Questa norma, secondo la Corte, sebbene non direttamente applicabile alla fattispecie in esame, non è altro che l'esito normativo di un percorso iniziato dal Legislatore già con la legge 72 quater L.F., proseguito con la l.208/2015 in materia di leasing immobiliare abitativo, e culminato, oltre che nella già menzionata novella, anche nel nuovissimo codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.Lgs n. 14/2019), il che dimostra la sua volontà di disciplinare il contratto di leasing sia nella fase fisiologica, che patologica, secondo un paradigma unitario.

Tutte norme, queste, che riprendono nella sostanza il trattamento del credito del concedente previsto dall'art. 72 quater della L. Fall. il quale, proprio in ragione della *voluntas legislatoris*, va applicato analogicamente anche all'ipotesi in cui la risoluzione del contratto di leasing sia avvenuta prima della dichiarazione

di fallimento, così definitivamente superando il ricorso in via analogica alla disciplina recata dall'art. 1526 c.c.

Oltre che per il *revirement* della Cassazione, la sentenza si caratterizza perché con essa la Corte approfitta per correggere alcune storture introdotte con le pronunce n.17577/2015 e n.21213/2017, secondo cui il credito del concedente verso il fallimento poteva azionarsi in due momenti: il primo, afferente il credito scaduto, insinuabile tempestivamente; il secondo, riferito al credito a scadere, da insinuare tardivamente in quanto eventuale.

Nella recente sentenza, invece, la Cassazione afferma che il credito complessivo del concedente, previa stima del valore di mercato del bene disposto dal G. Delegato in sede di accertamento del passivo, può essere fatto valere tutto in un unico momento.

E che, eventuali rettifiche sulla base di quanto effettivamente realizzato dalla vendita del bene potranno poi essere fatte valere in sede di riparto.

La sentenza, nella sua complessa motivazione, se da un lato ha persuaso la successiva giurisprudenza di legittimità dell'applicabilità alla fattispecie dell'art. 72 quater l.F., (in questo senso, Cass., sez. I, 10/7/2019, n. 18543, Cass., sez. I, 10/5/2019, n. 12552; Cass), dall'altro è stata già messa in discussione (Cass., sez. VI, 17/5/2019, n. 10733), talché non è improbabile che sulla questione verranno chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite.

Cassazione civile, 11 giugno 2019, n.15724, sez. I. Pres. Dott. DIDONE Antonio – Est. Dott. PAZZI Alberto

Il fenomeno della consecuzione consente di traslare dall'una all'altra procedura la precedenza procedimentale in cui consiste la predeuzione.

FALLIMENTO - CONCORDATO PREVENTIVO CON RISERVA – PREDEUZIONE – NATURA - CONSECUTIO TRA PROCEDURE MINORI - PREDEDUCIBILITÀ - CONDIZIONI.

"La predeuzione attribuisce non una causa di prelazione ma una precedenza processuale, in ragione della strumentalità dell'attività da cui il credito consegue agli scopi della procedura, onde renderla più efficiente; la consecuzione è un fenomeno generalissimo consistente nel collegamento fra procedure concorsuali di qualsiasi tipo volte a regolare una coincidente situazione di dissesto dell'impresa, che trova nella l. fall., art. 69-bis una sua particolare disciplina nel caso in cui esso si atteggi a consecuzione fra una o più procedure minori e un fallimento finale; il fenomeno della consecuzione funge da elemento di congiunzione fra procedure distinte e consente di traslare dall'una all'altra procedura la precedenza procedimentale in cui consiste la predeuzione, facendo sì che la stessa valga non solo nell'ambito in cui è maturata ma anche nell'altro che alla prima sia conseguito."

Precedenti conformi:

IL COMMENTO

di Giuliana Santa TROTTA*

La fattispecie concreta che ha interessato la pronuncia in commento ha ad oggetto la questione relativa alla prededucibilità dei crediti sorti in funzione della procedura.

In breve i fatti.

La società Alfa proponeva domanda di concordato preventivo, che successivamente revocava, avviando successivamente una seconda procedura concordataria da parte di tutte le società del gruppo. Tutte le compagini

* Giudice delegato ai fallimenti presso il Tribunale di Lagonegro.

proponenti poi revocavano anche questo secondo concordato presentando una terza domanda di concordato, questa volta in bianco, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall., nella quale era previsto l'integrale pagamento in prededuzione anche dei crediti sorti nel corso delle precedenti procedure di concordato revocate.

Quest'ultima procedura, dopo il deposito della domanda e del piano, si concludeva con l'omologa del concordato e il rigetto dell'opposizione presentata dalla società Beta ed altri creditori dissenzienti. Quest'ultimi proponevano quindi reclamo avverso il decreto del Tribunale di omologazione del concordato preventivo, che la Corte d'Appello accoglieva, respingendo la richiesta di omologazione. Il collegio del reclamo, in particolare, considerato che la proposta concordataria prevedeva l'integrale pagamento di crediti in prededuzione, compresi quelli sorti nel corso delle prime due procedure di concordato preventivo che la società Alfa aveva revocato, sosteneva che vi fosse piena autonomia e discontinuità tra l'ultima procedura di concordato omologata e le precedenti, ormai estinte per revoca da parte del proponente, sia per il venir meno in questo modo delle prime procedure, sia per il difforme quadro normativo disciplinante il più recente concordato.

In sostanza, secondo la Corte d'Appello, la discontinuità tra le due procedure non consentiva di poter considerare come prededucibili i crediti sorti in conseguenza delle prime due procedure, riconosciuto invece dal Tribunale il quale, al contrario aveva ravvisato la piena unitarietà fra i tre procedimenti.

Avverso suddetto decreto le società del gruppo Beta proponevano ricorso per Cassazione deducendo che la Corte d'Appello non avrebbe dovuto negare la natura prededucibile a crediti verso fornitori endoconcordatari e professionisti impegnatasi per agevolare l'accesso alla procedura sorti in occasione delle precedenti procedura di concordato poi revocata, sostenendo che, in forza del principio di funzionalizzazione rispetto agli interessi della massa, debbano essere considerati prededucibili anche i crediti maturati prima del decreto di ammissione alla procedura concordataria riguardanti l'espletamento di attività professionali adeguate allo scopo perseguito dalla procedura e concretamente utili a consentire l'accesso del debitore alla medesima. Tale rango non potrebbe, a parere del ricorrente, venir meno in maniera retroattiva in conseguenza di fatti o circostanze indipendenti dall'attività dei creditori, nella fattispecie per la caducazione del procedimento per volontà del proponente.

La Suprema Corte accoglie le doglianze del ricorrente e cassa con rinvio alla Corte territoriale.

Viene in primo luogo in auge da differenza sostanziale tra il concetto di "privilegio" e quello di "prededuzione", istituti profondamente differenti.

La "prededuzione" ha natura processuale, ed è tradizionalmente definita in dottrina come *"il diritto dei creditori della massa di essere soddisfatti nei limiti della capienza dell'attivo realizzato con precedenza assoluta rispetto ai creditori concorrenti e prima del riparto"*; il privilegio, invece, ha carattere sostanziale e consiste in una *"prelazione accordata in considerazione della causa del credito, ex artt. 2741, comma 2, e 2745 c.c., e consiste in una qualità del credito che, in caso di concorso con altri creditori nell'esecuzione forzata, consente una soddisfazione prioritaria"*.

In tal senso la prededuzione si rende necessaria ai fini della copertura delle spese della procedura accordando una preferenza ad alcuni creditori, essa ha natura processuale, per cui nasce, si realizza, e si esaurisce nell'ambito della procedura concorsuale nella quale ha origine; il privilegio invece, quale eccezione alla *par condicio creditorum*, ha natura sostanziale, partecipa della caratteristica del bene sul quale insiste, nasce fuori e prima del processo esecutivo, e si trova in un rapporto di accessorietà con il credito garantito.

Ciò premesso, per collocare in prededuzione, nell'ambito di una seconda procedura, i crediti sorti nella prima, è necessario un accertamento di consecutività tra i procedimenti successive che consenta alla prededuzione di vivere fuori dal procedimento nel quale ha avuto origine.

La Corte di Cassazione nella pronuncia in esame, a tal fine ribadisce che la *consecutio procedurarum* è principio generale *"consistente nel collegamento sequenziale fra procedure concorsuali di qualsiasi tipo volte a regolare una coincidente situazione di dissesto dell'impresa (vuoi che essa si atteggi come crisi, vuoi che consista in una situazione di insolvenza, dato che stato di crisi e stato di insolvenza possono rappresentare una mera distinzione di grado della medesima crisi economica) e unite da un rapporto di continuità causale e unità concettuale piuttosto che di rigorosa successione cronologica"*, ragion per cui la prededuzione trova applicazione, generale e indistinta, a tutte le procedure concorsuali regolate dalla legge fallimentare e dunque pure al concordato, sebbene l'art. 111, l.fall., non sia espressamente richiamato all'interno del disposto dell'art. 169, l.fall.

Ciò significa che ai fini della valutazione della sussistenza di questa sequenza qualificata rimane irrilevante la presenza di una finale dichiarazione di insolvenza in funzione dell'avvio di una procedura fallimentare o di amministrazione straordinaria, ma occorre invece verificare, partendo da un dato cronologico per

passare, poi, ad una valutazione di carattere giuridico e/o economico, se l'imprenditore, nell'eventuale iato temporale fra le procedure susseguitesi fra loro, sia intervenuto fattivamente nella gestione dell'impresa ed abbia variato la consistenza economica del suo stato di dissesto in maniera sostanziale, introducendo elementi di rilevante difformità rispetto alla situazione in precedenza apprezzata dagli organi giudiziari (cfr. Cass. 9289/2010, Cass. 8164/1999).

La consecuzione fra procedure trova quindi fondamento nella sostanziale sovrapposibilità dei presupposti delle singole procedure consecutive - in una prospettiva non cronologica ma logica, a prescindere dalla presenza di una finale dichiarazione di insolvenza - e giustificazione nell'unica e comune finalità delle procedure coinvolte di dare soluzione alla medesima situazione di crisi economica; ed è proprio l'unicità del fenomeno sostanziale a cui ciascuna procedura ha cercato di porre rimedio a dare ragione di un regime consecutivo di procedure concorsuali, pur segnandone il limite.

In tal senso l'art. 69-bis L.F. va invece interpretato come norma non di carattere generale, ma tesa a regolare il fenomeno della consecuzione nel caso in cui esso si attinga a consecuzione fra procedura minore e fallimento ed assuma le particolarità di un simile rapporto.

La Corte pertanto conclude affermando che *"il fenomeno della consecuzione funge da elemento di congiunzione fra procedure distinte, come se l'una si evolvesse nell'altra, e consente di traslare dall'una all'altra procedura la preferenza procedimentale in cui consiste la prededuzione, facendo sì che la stessa valga non solo nell'ambito in cui è maturata ma anche nell'altro che alla prima sia conseguito (o negli altri che alla prima siano succeduti)"*, laddove anche nel codice della crisi e dell'insolvenza, in vigore dal 15 agosto 2020, è riconosciuta la natura prededucibile ai crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. d).

Cass. civ., sez. III, sentenza 9 maggio 2019, n. 12238, Pres. Vivaldi – Est. Rossetti

Atti del delegato e reclamo ex art. 591 ter c.p.c.

ESECUZIONE FORZATA – ESPROPRIAZIONE IMMOBILIARE – VENDITA DELEGATA – RECLAMO - ORDINANZA DEL COLLEGIO – IMPUGNABILITA' – RICORSO PER CASSAZIONE – INAMMISSIBILITA'.

L'ordinanza collegiale pronunciata all'esito del reclamo ai sensi dell'art. 591 ter c.p.c. avverso gli atti pronunciati dal giudice dell'esecuzione nel corso delle operazioni di vendita per espropriazione di immobili delegate al professionista ex art. 591 bis c.p.c. non ha natura né decisoria, né definitiva e, come tale, non è suscettibile di passare in giudicato, sicché non è impugnabile con ricorso per cassazione, né ordinario, né straordinario ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.. Non è ricorribile per cassazione, né ai sensi dell'art. 360 c.p.c., né ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., l'ordinanza pronunciata dal Tribunale, in composizione collegiale, sul reclamo proposto avverso l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione provvede sulle "difficoltà" insorte nel corso delle operazioni di vendita delegate.

Non si rinvengono precedenti in termini.

ABSTRACT: should a dispute arise during the delegated sale, the appeal in Cassation brought against the order pronounced by the court in collegiate composition, pursuant to art. 591 ter c.p.c., is inadmissible.

Precedenti conformi:

IL COMMENTO

di Alessandra Migliorino*

In tema di espropriazione immobiliare con vendita delegata ad un professionista ai sensi dell'art. 591-bis c.p.c., la Suprema Corte ha affrontato per la prima volta la questione dell'impugnabilità dell'ordinanza resa dal Tribunale in sede di reclamo proposto avverso il provvedimento con cui il Giudice dell'esecuzione ha risolto "difficoltà" insorte nel corso delle operazioni di vendita, affermando

* Magistrato ordinario.

l'inammissibilità del ricorso per cassazione – tanto nella forma ordinaria quanto nella forma straordinaria.

In particolare, i Giudici di legittimità ne hanno escluso la ricorribilità per cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c. in quanto non si tratta di sentenza, né di provvedimento pronunciato in grado di appello, bensì di decisione emanata dal medesimo Ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento reclamato, sebbene in composizione collegiale; la Suprema Corte ha altresì negato la ricorribilità dell'ordinanza ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost. dal momento che detto provvedimento è privo dei caratteri della decisorietà e della definitività richiesti per l'accesso alla tutela giurisdizionale in parola.

Nel caso di specie, il professionista delegato alla vendita immobiliare, di fronte alla presentazione di un'offerta inferiore al prezzo stabilito come base d'asta, sospendeva la procedura rimettendo la decisione al G.E.; il G.E. respingeva il ricorso promosso ex art. 591-ter c.p.c. nei confronti degli atti compiuti dal professionista delegato nel corso dell'udienza di vendita. Avverso l'ordinanza conclusiva di tale giudizio il debitore proponeva reclamo al Tribunale in composizione collegiale ex art. 669-terdecies c.p.c.; nondimeno, i motivi di doglianza non venivano accolti e per tale ragione il debitore proponeva ricorso per cassazione.

La pronuncia in esame si occupa di chiarire la natura giuridica dell'ordinanza conclusiva del subprocedimento incidentale che si apre nel corso della procedura esecutiva a seguito di "incidenti" sorti nel corso delle attività delegate, al fine di individuare il regime impugnatorio del provvedimento conclusivo dello stesso.

Come noto, prima della riforma del 2015 (intervenuta con D.L. 83/2015), l'ordinanza del G.E. era impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c., le direttive impartite dal G.E. al delegato potevano essere contestate solo prima di avere avuto applicazione e le istruzioni contenute nell'ordinanza di delega potevano essere impuginate solo insieme a quest'ultima. Tuttavia, in sede di conversione la L. 132/2015 ha soppresso il rinvio all'art. 617 c.p.c., importando in sede esecutiva un peculiare reclamo "cautelare" (art. 669-terdecies c.p.c.) che presenta profili di criticità interpretativa (per gli aspetti relativi alla riforma si veda: S. Leuzzi, *La verifica del giudice dell'esecuzione sugli atti del delegato. Gli aspetti sostanziali e processuali problematici del sistema di controllo declinato dal nuovo art. 591-ter c.p.c. Meccanismo e criticità dei reclami*, in www.inexecutivis.it).

Nel silenzio del legislatore, la questione giuridica concerne la possibilità di impugnare l'ordinanza collegiale resa all'esito di tale fase e, segnatamente,

l'ammissibilità di un eventuale ricorso per cassazione avverso detto provvedimento.

In proposito, si registrano due orientamenti ermeneutici di segno opposto.

I fautori di una prima impostazione, favorevole alla ricorribilità in cassazione dell'ordinanza in parola, sostengono invero che la riforma del 2015 si sia limitata a mutare la forma del controllo sugli atti del G.E., ma non la natura dello stesso – che resta a cognizione piena e con formazione di giudicato. Inoltre, il novellato art. 591-ter c.p.c. avrebbe introdotto un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 26 del R.D. 267/1942, che, nell'ambito della procedura concorsuale, contro i decreti del giudice delegato e del tribunale ammette il reclamo al tribunale o alla corte d'appello (il procedimento si conclude con provvedimento a volte ricorribile ai sensi dell'art. 111 Cost.: si vedano Cass. 21224/2011; Cass. 18622/2010; Cass. 21288/2007).

Per altro filone interpretativo, cui la Suprema Corte ha aderito con la sentenza in rassegna, il ricorso per Cassazione è da dichiararsi inammissibile poiché ha ad oggetto un provvedimento che non ha natura decisoria né è suscettibile di passare in giudicato.

I Giudici di legittimità confutano innanzitutto l'orientamento favorevole alla ammissibilità del rimedio impugnatorio, osservando che proprio l'abolizione del rinvio all'art. 617 c.p.c. denota la voluntas legislatoris di sostituire ad un incidente di cognizione un più snello subprocedimento incidentale, meramente endo-processuale ed idoneo al passaggio in giudicato, e rilevando la diversità strutturale tra l'art. 26 L.F. e il procedimento di cui all'art. 591 ter c.p.c.

Esclusa poi la ricorribilità per cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c. per le ragioni in precedenza esposte, la Suprema Corte nega altresì l'ammissibilità del ricorso straordinario con iter motivazionale volto a dimostrare l'insussistenza dei requisiti della decisorietà e della definitività in capo al provvedimento impugnato. L'ordinanza collegiale è priva di contenuto decisorio, alla luce di tre argomenti. Sul piano finalistico, la collocazione topografica dell'art. 591-ter c.p.c. disvela la funzione del relativo sub-procedimento finalizzato ad evitare "incagli pratici" sorti nel corso della vendita delegata, durante la quale il G.E. svolge solo attività di controllo e di coordinamento; e pertanto, a fortiori, anche il controllo del Collegio presenta la medesima natura. Inoltre, l'interpretazione letterale della norma (in cui compare il sostantivo "difficoltà") induce a ritenere che l'intervento del G.E. ha lo scopo di rimuovere ostacoli pratici, senza potere di risolvere definitivamente la controversia (e lo stesso si deve dire per l'intervento del Tribunale in composizione collegiale). Infine, sul piano sistematico, ammettere

che l'ordinanza collegiale sia idonea al giudicato implicherebbe conseguenze paradossali perché, per analogia ratio, il giudicato si formerebbe anche sui provvedimenti interlocutori tra G.E. e professionista delegato nonché sui provvedimenti dello stesso delegato, ove non reclamati dinanzi al G.E.

In tale ottica, l'ordinanza collegiale non è neppure "definitiva", atteso che il contenuto del provvedimento ben potrebbe essere disatteso dalle parti o dallo stesso G.E. in un secondo momento (come nel caso in cui si presentassero difficoltà analoghe nel corso della procedura). A salvaguardia della legittimità delle operazioni di vendita, le parti possono in ogni caso agire con l'opposizione agli atti esecutivi avverso i successivi provvedimenti riservati al G.E., inficiati da nullità derivata dai vizi propri degli atti del delegato, ed in questo caso è da ritenere senz'altro ammissibile – ancorché la Suprema Corte non lo affermi espressamente – il ricorso straordinario per Cassazione.

Se la interpretazione dell'art. 591-ter c.p.c. sin qui esposta appare internamente coerente, occorre tuttavia rilevare – insieme con autorevole dottrina – che la pronuncia in rassegna rischia di generare disparità di trattamento con i provvedimenti emessi nell'ambito della vendita forzata non delegata di cui all'art. 591-ter, secondo comma, c.p.c., in cui gli atti del G.E. sono singolarmente impugnabili ai sensi dell'art. 617 c.p.c. ed il provvedimento conclusivo del giudizio di opposizione è sempre ricorribile per Cassazione ex art. 111 Cost. (C. Mandrioli - A. Carratta, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2017, 181).

Cass. civ., sez. III, ordinanza 7 maggio 2019, n. 11900, Pres. Frasca – Est. D'Arrigo

Esecuzioni esattoriali e opposizione recuperatorie

ESECUZIONE ESATTORIALE – CREDITI TRIBUTARI - Omessa notifica dell'atto tributario prodromico - opposizioni "recuperatorie" - vanno proposte di fronte al giudice tributario.

In materia di esecuzione forzata per la riscossione di entrate di natura tributaria, anche dopo la sentenza della Corte Cost. n. 114 del 2018, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il D.P.R. n. 602 del 1973, art. 57, nella parte in cui esclude l'ammissibilità dell'opposizione regolata dall'art. 615 c.p.c., in relazione agli atti della procedura successivi alla notifica della cartella o dell'avviso di pagamento, le opposizioni c.d. "recuperatorie", ossia con le quali l'opponente intenda contestare il diritto dell'ente impositore o dell'agente di riscossione di agire in executivis per ragioni riferibili agli atti prodromici, di cui egli non abbia avuto conoscenza per omessa o viziata notificazione, devono proporsi, ai sensi del D. Lgs. n. 546 del 1992, artt. 2 e 19, innanzi al giudice tributario nel termine di rito ivi previsto.

ABSTRACT: Omitted notification of the prodromal tax act: the oppositions by which the opponent intends to contest the right of the imposing entity to act in execution for reasons attributable to the prodromal acts must be proposed in front of a tax judge.

Precedenti conformi: Trib. Napoli Nord, 15.03.2018 e 28.05.2019 n. 1536; Trib. Catania n. 09.02.2019; Cass S.U., 22.09.2017, n. 22080; Cass. S.U., 05.06.2017 n. 13913.

IL COMMENTO

di Ilaria Ippolito*

In tema di espropriazione immobiliare con vendita delegata ad un professionista ai sensi dell'art. 591-bis c.p.c., la Suprema Corte ha affrontato per la prima volta

* Avvocato.

la questione dell'impugnabilità dell'ordinanza resa L'ordinanza che qui si commenta scaturisce dalla seguente vicenda giudiziaria.

Un contribuente proponeva opposizione avverso l'esecuzione immobiliare intrapresa ai suoi danni dall'Agente di riscossione Equitalia Polis s.p.a. (oggi Equitalia Sud s.p.a.) eccependo, in particolare, l'irregolarità delle notificazioni delle cartelle, l'avvenuta prescrizione del diritto, la non debenza di alcune somme richieste e l'irregolarità dell'intera procedura esecutiva.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere dichiarava inammissibile l'opposizione ed anche la Corte d'Appello di Napoli rigettava il gravame rilevando che la questione concernente la pretesa tributaria dovesse essere dedotta innanzi alla giurisdizione tributaria.

Avverso tale decisione il contribuente ricorreva per Cassazione sostenendo, tra l'altro, che la giurisdizione tributaria si arresti innanzi alla materia delle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, asseritamente riservata al giudice ordinario.

La Corte di Cassazione, rigettando il ricorso, ha chiarito il quadro dei rimedi a tutela del contribuente.

In particolare, come si evince dal dictum della Suprema Corte, la questione della intersezione tra i rimedi esperibili innanzi alla giurisdizione tributaria ed a quella ordinaria va risolta tenendo conto, da un lato, di quanto previsto dagli artt. 2 e 19, d. lgs. n. 546 del 1992 (che demandano alla giurisdizione tributaria le contestazioni del titolo - normalmente, la cartella di pagamento - su cui si fonda la riscossione esattoriale) e, dall'altro lato, della norma deducibile dall'art. 57, d.p.r. n. 602 del 1973, come risultante a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 114 del 2018.

In specie, la Consulta ha in tale occasione chiarito che l'art. 57 comma 1, lett. a) cit. è incostituzionale nella parte in cui non prevede che, per le controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o del c.d. avviso di mora, siano ammesse le opposizioni all'esecuzione: ciò sul rilievo che tale omissione determina un vuoto di tutela incompatibile con il quadro costituzionale.

Ciò posto, la pronuncia in rassegna circoscrive i confini della norma creata dalla sentenza di incostituzionalità, evidenziando come l'opposizione ex art. 615 c.p.c. sia comunque inammissibile ove abbia valenza "recuperatoria": ossia ove il contribuente utilizzi tale strumento di tutela per sollevare doglianze che potevano e dovevano esser fatte valere, ex artt. 2 e 19, d. lgs. n. 546/1992 innanzi al giudice tributario.

In definitiva, pur dopo la pronuncia del Giudice delle leggi, resta fermo che non vi è spazio per l'opposizione proposta ex art. 615 c.p.c. (che quindi è inammissibile) laddove il motivo fosse deducibile innanzi al giudice tributario: la pronuncia di incostituzionalità, si chiarisce, non ha dato luogo ad una giurisdizione concorrente e l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c non è ammissibile in quanto non ha, e non può avere, una funzione recuperatoria di un ricorso ex art. 19 del d. lgs. n. 546 del 1992, non proposto affatto o non proposto nel prescritto termine di decadenza.

Pertanto, il contribuente che intenda contestare il titolo della riscossione coattiva, deve rivolgersi al giudice tributario mediante ricorso ex art. 19 del d. lgs. n. 546 del 1992, (ricorso che può essere proposto avverso "il ruolo e la cartella di pagamento").

Questo principio, prosegue la Corte, trova conferma, oltre che nell'esegesi del complesso normativo appena citato (tenuto conto del fondamento della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 57, cit., che è stato quello di stabilire una complementarietà necessaria tra le due giurisdizioni e non già quello di creare "sovrapposizioni" tra le tutele affidate ai due distinti plessi giurisdizionali), anche in precedenti arresti della medesima giurisprudenza di legittimità. In particolare, si fa riferimento alle decisioni in merito alle opposizioni "recuperatorie" dirette a contestare la omessa notifica del verbale di accertamento di infrazioni al Codice della Strada (opposizioni che vanno proposte nelle forme e nei termini di cui all'art. 7, d. lgs. n. 150 del 2011 e non nelle forme dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.) ed alle decisioni in merito alle opposizioni agli atti esecutivi avverso il pignoramento posto in essere dall'agente della riscossione laddove si deduca (con riguardo a crediti tributari) l'omessa notifica degli atti prodromici (cartella ed avviso di mora).

Cass. civ., sez. II, sentenza 15 maggio 2019, n. 12715, Pres. De Stefano, Est. Tatangelo

Esecuzione forzata e condominio.

ESECUZIONE FORZATA - CONDOMINIO NEGLI EDIFICI - RAPPORTI DEL CONDOMINO CON IL CREDITORE DEL CONDOMINO - TITOLO ESECUTIVO NEI CONFRONTI DI UN CONDOMINIO - ESPROPRIAZIONE DEI CREDITI PER CONTRIBUTI DOVUTI DAI CONDÒMINI - MODALITÀ DELL'ESECUZIONE FORZATA - RILEVANZA DEL PRINCIPIO DI PARZIARIETÀ – ESCLUSIONE

Il creditore del condominio che disponga di un titolo esecutivo nei confronti del condominio stesso ha facoltà di procedere all'espropriazione di tutti i beni comuni, ai sensi degli artt. 2740 e 2910 c.c., ivi inclusi i crediti vantati dal medesimo condominio verso i singoli condòmini per i contributi da loro dovuti in base a stati di ripartizione approvati dall'assemblea, e, in tal caso, la relativa esecuzione forzata deve svolgersi nelle forme dell'espropriazione dei crediti presso terzi di cui agli artt. 543 ss. c.p.c. (Nella specie, la S.C. ha precisato che non veniva in rilievo il principio di parziarietà delle obbligazioni condominiali).

ABSTRACT: In the judgement under review, the Supreme Court declared legitimate the enforcement against the condominium through the expropriation of the credits claimed against the single co-owners.

Precedenti conformi: Cass., 14.10.2004, n. 20304; Cass., 29.09.2017, n. 22856

IL COMMENTO

di Flavia Bonelli*

La fattispecie concreta che ha interessato la pronuncia in commento ha ad oggetto l'esecuzione forzata intrapresa nei confronti di un condominio in virtù di un titolo esecutivo formato in danno del condominio medesimo e svolta nelle forme dell'espropriazione presso terzi, avendo il creditore proceduto al

* Magistrato ordinario.

pignoramento dei crediti vantati dal condominio nei confronti dei singoli condomini.

A fronte dell'azione esecutiva così instaurata, il condominio debitore - nella persona dell'amministratore - e uno dei condomini terzi pignorati, hanno spiegato opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c., deducendo l'impossibilità di procedere coattivamente nei confronti del condominio in quanto ente non dotato di autonoma personalità giuridica e denunciando la violazione del principio di parziarietà delle obbligazioni condominiali.

Il Tribunale adito in primo grado ha rigettato l'opposizione del condominio e dichiarato inammissibile quella esperita dal condòmino terzo pignorato; la Corte d'Appello ha confermato la decisione di primo grado.

Gli opposenti hanno proposto ricorso per cassazione, dichiarato inammissibile dai giudici di legittimità. In particolare, la Corte di Cassazione ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto dall'amministratore del condominio in quanto carente della preventiva autorizzazione assembleare, ritenendo che la controversia avente ad oggetto la pretesa inesistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata, secondo le modalità concretamente adottate dal creditore, non possa considerarsi rientrante tra le ordinarie attribuzioni dell'amministratore di cui all'art. 1130 c.c. Allo stesso modo, la Corte di Cassazione ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso in opposizione proposto dal condòmino terzo pignorato, atteso che tale soggetto, nell'espropriazione di crediti, non ha interesse e quindi non è legittimato a sollevare questioni che riguardano i rapporti tra creditore esecutante e debitore esecutato e, in particolare, il diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata nei confronti del debitore, il quale risulta l'unico soggetto che può avvalersi dell'apposito rimedio di cui all'art. 615 c.p.c.

Tutto ciò premesso, la Suprema Corte, ha ritenuto di esaminare comunque il merito del ricorso proposto dalle parti opposenti, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3, in considerazione della particolare importanza della questione di diritto che con esso è stata posta.

Ebbene, la questione di diritto sottesa al ricorso spiegato ha ad oggetto la possibilità, per il creditore del condominio che abbia conseguito un titolo esecutivo nei confronti del condominio stesso, di procedere all'espropriazione dei crediti del condominio nei confronti dei singoli condòmini per i contributi dagli stessi dovuti, e se tale azione possa ritenersi in contrasto con il principio di parziarietà delle obbligazioni condominiali più volte affermato dalla stessa Corte di Cassazione.

A tal proposito, giova evidenziare che la sentenza in commento si pone a completamento di quanto affermato da una precedente pronuncia della Corte di legittimità (Cass. civ. Sez. III, Sent., 29-09-2017, n. 22856), nella quale è stato espresso il principio secondo il quale il titolo formatosi contro il condominio è valido, ai fini dell'azione esecutiva, contro i singoli condomini, con la precisazione che, in tal caso, occorre preventivamente notificare personalmente detto titolo ed il precetto al singolo condòmino e che tale azione esecutiva deve essere rivolta ad ogni condòmino nei limiti della rispettiva quota di debito, gravando sul creditore l'allegazione della misura della quota millesimale spettante a ciascuno di tali singoli condòmini.

Ciò considerato, deve evidenziarsi che il caso che ci occupa risulta del tutto differente dalla fattispecie trattata dalla Suprema Corte con la pronuncia del 2017, atteso che nell'ipotesi di cui ha riguardo la sentenza in commento il creditore rivolge la propria azione esecutiva contro il condominio, pur nella forma dell'espropriazione presso terzi, e non già contro i singoli condòmini.

Orbene, in tale caso, la Corte di Cassazione ha chiarito che la procedura esecutiva attraverso la quale il creditore espropria il condominio nelle forme del pignoramento presso terzi, pignorando i crediti dello stesso condominio nei confronti dei condòmini, risulta legittimamente instaurata.

Infatti, l'azione esecutiva così intrapresa appare in linea con i principi generali (artt. 2740 e 2910 c.c.), secondo i quali mediante l'espropriazione forzata è possibile espropriare al debitore tutti i suoi beni, inclusi i crediti. A tal fine, quindi, perché l'esecuzione sia legittima è sufficiente che sia configurabile, sul piano sostanziale, un effettivo rapporto obbligatorio tra condominio e singolo condòmino, il che risulta innegabile con riguardo al pagamento dei contributi condominiali.

Dunque, essendo configurabile sul piano sostanziale un credito del condominio nei confronti dei singoli condòmini, laddove esista altresì un titolo esecutivo in favore di un terzo e contro lo stesso condominio ed in mancanza di una norma che lo vieti espressamente, tale credito può certamente essere espropriato dal creditore del condominio, ai sensi degli artt. 2740 e 2910 c.c., e la relativa esecuzione forzata non può che svolgersi nelle forme dell'espropriazione dei crediti presso terzi di cui agli artt. 543 c.p.c. e ss..

La Corte di Cassazione, a questo punto, affronta il problema del possibile contrasto della soluzione prospettata con il principio di parziarietà delle obbligazioni condominiali, a tenore del quale l'esecuzione contro il singolo condòmino non può avere luogo per l'intero debito del condominio, ma solo nei

limiti della sua quota di partecipazione. Tale principio era stato anche riaffermato dalla Corte di Cassazione nella pronuncia suindicata del 2017, la quale si era occupata dell'azione esecutiva intrapresa dal terzo munito di titolo nei confronti del condominio in danno dei singoli condòmini.

Ebbene, la Suprema Corte nella pronuncia in commento, evidenziando le già richiamate differenze con il caso deciso nella pronuncia del 2017, ha chiarito che laddove l'esecuzione avvenga direttamente contro il condominio, e non contro il singolo condòmino, nessuna violazione del principio di parziarietà può dirsi attuata, atteso che l'esecutato è il condominio stesso, debitore per l'intero e l'espropriazione si rivolge contro i suoi beni e diritti, i quali appartengono pro quota a tutti i condòmini.