

ANNO LXV - N. 4

OTTOBRE - DICEMBRE 2013

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

COMITATO SCIENTIFICO: *Presidente: Michele Dipace. Componenti: Franco Coppi - Giuseppe Guarino - Natalino Irti - Eugenio Picozza - Franco Gaetano Scoca.*

DIRETTORE RESPONSABILE: *Giuseppe Fiengo* - CONDIRETTORI: *Giacomo Arena e Maurizio Borgo.*

COMITATO DI REDAZIONE: *Lorenzo D'Ascia - Gianni De Bellis - Sergio Fiorentino - Paolo Gentili - Maria Vittoria Lumetti - Francesco Meloncelli - Marina Russo - Massimo Santoro - Carlo Sica - Stefano Varone.*

CORRISPONDENTI DELLE AVVOCATURE DISTRETTUALI: *Andrea Michele Caridi - Stefano Maria Cerillo - Luigi Gabriele Correnti - Giuseppe Di Gesu - Paolo Grasso - Pierfrancesco La Spina - Marco Meloni - Maria Assunta Mercati - Alfonso Mezzotero - Riccardo Montagnoli - Domenico Mutino - Nicola Parri - Adele Quattrone - Pietro Vitullo.*

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Giuseppe Albenzio, Clizia Ardanese, Gabriella D'Avanzo, Gesualdo d'Elia, Enrico De Giovanni, Ettore Figliolia, Giulia Guccione, Massimo Massella Ducci Teri, Marco Stigliano Messuti, Glauco Nori, Vincenzo Nunziata, Valerio Perotti, Rocco Steffenoni, Fabio Tortora, Fabrizio Urbani Neri, Paola Maria Zerman.*

E-mail:

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it - tel. 066829313

maurizio.borgo@avvocaturastato.it - tel. 066829562

ABBONAMENTO ANNUO€ 40,00

UN NUMERO € 12,00

Per abbonamenti ed acquisti inviare copia della quietanza di versamento di bonifico bancario o postale a favore della Tesoreria dello Stato specificando codice IBAN: IT 42Q 01000 03245 348 0 10 2368 05, causale di versamento, indirizzo ove effettuare la spedizione, codice fiscale del versante.

I destinatari della rivista sono pregati di comunicare eventuali variazioni di indirizzo

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
RASSEGNA - Via dei Portoghesi, 12, 00186 Roma
E-mail: rassegna@avvocaturastato.it - Sito www.avvocaturastato.it

Stampato in Italia - Printed in Italy

Autorizzazione Tribunale di Roma - Decreto n. 11089 del 13 luglio 1966

INDICE - SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

<i>Cerimonia di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2014. Intervento dell'Avvocato Generale dello Stato, Avv. Michele Giuseppe Dipace</i>	pag.	1
<i>Massimo Massella Ducci Teri, Intervento al Convegno "Pubblica Amministrazione e giurisdizione: tradizione e prospettive". Avvocatura Generale dello Stato, Sala Vanvitelli, 12 dicembre 2013</i>	»	9
<i>Protocollo di intesa con l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, Circolare A.G.S. prot. 47599 del 3 febbraio 2014 n. 8</i>	»	14

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Glauco Nori, La sovranità degli Stati, il rating e le regole sulla concorrenza</i>	»	21
<i>1.- Le decisioni della Corte di giustizia Ue</i>		
<i>Fabrizio Urbani Neri, Note minime sulla vendita dei farmaci di fascia C nelle parafarmacie (C. giustizia Ue, Sez. IV, sent. 5 dicembre 2013 in cause riunite C-159/12, C-160/12, C-161/12)</i>	»	38

CONTENZIOSO NAZIONALE

<i>Paola Maria Zerman, Rocco Steffenoni, Riutilizzo commerciale dell'informazione detenuta nel settore pubblico in materia di dati ipotecari e catastali alla luce dei Trattati europei e della Direttiva 2003/98/CE (C. appello Venezia, Sez. I civ., sent. 20 marzo 2013 n. 624)</i>	»	51
<i>Marina Russo, In materia di accesso difensivo, finalizzato alla difesa in giudizio, ex art. 24, comma 7, L.n. 241/90 (Cons. St., Sez. VI, ord. 7 febbraio 2014 n. 600).</i>	»	77

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

<i>Giuseppe Albenzio, Il suggellamento degli apparecchi televisivi a seguito di disdetta dell'abbonamento R.A.I.</i>	»	83
<i>Gesualdo d'Elia, La clausola di salvaguardia nei contratti di acquisto di prestazioni sanitarie da strutture private accreditate</i>	»	85
<i>Vincenzo Nunziata, La permanenza in servizio di professori e ricercatori universitari</i>	»	91
<i>Ettore Figliolia, Composizione/modificazione del Raggruppamento temporaneo di imprese, ex art. 97, co. 9, Codice appalti.</i>	»	94
<i>Enrico De Giovanni, Istanza rimborso spese legali nel caso di un "atto plurimo" di diniego</i>	»	97
<i>Gabriella D'Avanzo, Procedimento di ripetizione di somme indebitamente erogate al lavoratore da parte del datore di lavoro statale</i>	»	101
<i>Fabio Tortora, Riconoscimento del compenso assembleare di cui all'art. 2389, co. 1, cod. civ. in società controllate da pubbliche amministrazioni</i>	»	104

Marco Stigliano Messuti, <i>Oneri ed incentivi ex art. 92, co. 5, D.Lgs. n. 163/2006</i>	pag.	107
Gabriella D'Avanzo, <i>Precari scuola: trattamento economico differenziato rispetto ai rapporti a tempo indeterminato</i>	»	127

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Valerio Perotti, <i>L'ordinamento amministrativo della pubblica sicurezza, dalla singolarità nazionale alla proiezione europea</i>	»	131
--	---	-----

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Clizia Ardanese, <i>Effettività della tutela e giusto processo amministrativo nell'ordinamento multilivello</i>	»	267
Giulia Guccione, <i>La tutela dei creditori nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: profili di giurisdizione e rimedi esperibili</i>	»	352

TEMI ISTITUZIONALI

CERIMONIA DI INAUGURAZIONE DELL'ANNO GIUDIZIARIO 2014

Intervento dell'Avvocato Generale dello Stato Avv. Michele Giuseppe Dipace

Signor Presidente della Repubblica, Signor Presidente della Corte di Cassazione, Autorità, Signore e Signori

L'inaugurazione dell'anno giudiziario è l'occasione per dare conto delle attività svolte, nel 2013, dall'Istituto che ho l'onore di dirigere.

Procederò per *flash*, utilizzando dati statistici, sempre particolarmente significativi quando si parla del carico di lavoro dell'Avvocatura dello Stato.

I nuovi affari trattati, nell'anno 2013, ammontano, a livello nazionale, ad oltre 155.000 che si aggiungono alle diverse centinaia di migliaia di affari degli anni scorsi ancora pendenti. Si tratta di una mole di lavoro imponente che grava su un organico complessivo di 370 unità togate solo in parte coperto, con una media di ben 468 nuovi affari annui *pro capite* (nel complesso, ogni Avvocato e Procuratore dello Stato ha mediamente in carico ben 4.000 affari).

Un terzo del lavoro grava, peraltro, sull'Avvocatura Generale che ha contato nel 2013 più di 50.000 affari, con un incremento, rispetto al 2012, di quasi 3.000 affari.

1.- Il contenzioso trattato riguarda tutte le giurisdizioni.

L'Avvocatura rappresenta e difende, infatti, lo Stato nelle sue principali articolazioni e gli altri soggetti pubblici, autorizzati ad avvalersi del patrocinio erariale, dinanzi a tutti gli organi giudiziari sopranazionali e nazionali (*).

1.1- Sul piano sovranazionale, ricordo, tra i 310 affari trattati dinanzi ai giudici comunitari, due recentissime sentenze.

(*) *Legenda:*

Punto 1.1- relazione sulle cause comunitarie

Con la prima, resa nelle cause riunite da C-159/12 a C-161/12, la CGUE ha statuito che l'art. 49 TFUE (principio di non discriminazione) deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale (italiana) che non consente a un farmacista, abilitato e iscritto all'ordine professionale, ma non titolare di una farmacia compresa nella pianta organica, di distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche farmaci soggetti a prescrizione medica non a carico del SSN.

Con la seconda, resa in data 12 dicembre 2013, nella causa C-355/13, la Corte ha deciso che l'art. 3 della Direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), va interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale (italiana) come quella relativa alla tassa sulle attività svolte nel contesto di una concessione governativa.

Quanto al contenzioso C.E.D.U., esprimo, ancora una volta, l'auspicio di una sempre maggiore partecipazione dell'Avvocatura dello Stato nel patrocinio e nella difesa dei ricorsi in cui è coinvolto lo Stato o che potrebbero avere effetti rilevanti nel nostro ordinamento; coinvolgimento che è, peraltro, in linea con il principio secondo il quale l'Avvocatura dello Stato è legittimata a patrocinare lo Stato davanti a tutti gli organismi giudiziari nazionali e sovranazionali.

1.1.1- A livello nazionale, degni di particolare menzione, fra i 480 giudizi trattati in Corte Costituzionale ricordo, oltre alle impugnazioni di leggi regionali, la questione incidentale di costituzionalità avente ad oggetto il c.d. decreto-legge "salva ILVA", risolta positivamente dalla Corte; quelle relative alla riforma della c.d. "geografia giudiziaria", ivi compresa la richiesta di *referendum* abrogativo avanzata da nove Regioni (richiesta dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale proprio nei giorni scorsi) nonché quella concernente le misure di sterilizzazione economica delle progressioni stipendiali (relative al personale della carriera diplomatica, ai docenti universitari ed al personale delle Autorità indipendenti), introdotte nel 2010 per fare fronte alla gravissima situazione economico-finanziaria del Paese.

Segnalo, inoltre, che recentissimamente la Corte Costituzionale ha accolto i ricorsi per conflitto di attribuzione, proposti dall'Avvocatura nell'interesse del Presidente del Consiglio dei Ministri in relazione all'apposizione del segreto di Stato con riferimento alla nota vicenda dell'ex Imam di Milano, Abu Omar.

1.1.2- Dinanzi ai giudici ordinari, va, anche quest'anno, citato il vasto contenzioso relativo alla irragionevole durata del processo (c.d. legge Pinto),

Punto 1.1.1- relazione sulle cause in Corte Costituzionale

Punto 1.1.2- altre rilevanti cause civili e penali

Punto 1.1.3- contenziosi dinanzi al Giudice amministrativo

Punto 1.1.4- affari consultivi

Punto 2.- giudizi dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione

Punto 3.- esito cause/dati statistici sede romana

pari a complessivi 17.238 affari. Al proposito, si deve segnalare che si è registrato, nel 2013, un significativo decremento dei relativi ricorsi (17.238 rispetto ai 24.231 del 2012); sembra, pertanto, che le nuove disposizioni introdotte in materia, che hanno dettato una più chiara e stringente regolamentazione di tali procedimenti, abbiano comportato una contrazione di tale contenzioso.

Merita, altresì, un doveroso cenno il contenzioso in materia di riconoscimento della cittadinanza italiana, di protezione internazionale e di asilo politico dei cittadini stranieri che costituisce uno dei fenomeni sociali più rilevanti e complessi del nuovo millennio, questioni e principi ora in fase di discussione in sede politico-parlamentare per le modifiche della relativa normativa.

Segnalo, ancora, la sentenza del Tribunale ordinario di Roma, n. 23355 del 14 dicembre 2013 che rappresenta la prima applicazione della disciplina sull'azione di rivalsa dello Stato nei confronti delle Regioni, degli enti territoriali o degli enti pubblici in genere, responsabili di violazioni del diritto dell'Unione Europea o della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) che abbiano comportato oneri finanziari in capo allo Stato italiano.

Innanzitutto al giudice del lavoro, è doveroso fare menzione del vastissimo contenzioso instaurato dal personale precario della scuola, e ciò in relazione ad alcune recentissime decisioni della Corte di Giustizia, che prefigurano un quadro non rassicurante in vista della decisione che, quest'anno, la CGUE dovrà prendere sulla specifica problematica italiana. Al riguardo, l'Avvocatura dello Stato non mancherà di sostenere ed evidenziare, in sede comunitaria, le assolute specificità del sistema scolastico nazionale, al fine di evitare una decisione di condanna che potrebbe avere effetti finanziari assai consistenti.

Quanto ai processi penali nei quali l'Avvocatura dello Stato risulta, a vario titolo, coinvolta, vanno segnalati quelli aventi ad oggetto il disastro della nave da crociera Concordia, l'attentato terroristico all'Istituto Falcone-Morvillo di Brindisi; (conclusosi, in primo grado, con una sentenza con la quale è stata riconosciuta, tra gli altri, la risarcibilità, quale danno patrimoniale, delle spese sostenute dal Ministero dell'Interno per l'allestimento del complesso apparato investigativo), il processo a carico dei c.d. NO TAV della Val di Susa, nonché il processo sulla c.d. "trattativa Stato-mafia", i numerosi processi penali nei confronti dei dirigenti del Ministero della Difesa in materia dell'uso dell'amianto ed infine le costituzioni di parte civile per l'Agenzia delle Entrate in materia di evasione fiscale.

Sempre in relazione ai processi penali che hanno visto coinvolto l'Istituto, ricordo che, nell'ultimo scorcio del 2013, è stata definita, a seguito di una complessa trattativa con le società assicuratrici, la transazione relativa ai danni subiti dalle Amministrazioni statali in conseguenza del disastro ferroviario verificatosi presso la stazione di Viareggio; transazione, quest'ultima, che ha consentito allo Stato non solo di recuperare i danni materiali e di immagine subiti, ma anche di conseguire, sia pure in parte, il rimborso della speciale

elargizione che una apposita legge aveva riconosciuto in favore delle vittime dell'incidente ferroviario.

Permettetemi, infine, di sottolineare, anche quest'anno, l'importanza della impegnativa assistenza difensiva che l'Avvocatura dello Stato continua ad assicurare all'Amministrazione della Difesa con riferimento alla nota vicenda dei due Marò sottoposti a procedimento penale in India; vicenda, che è ora ad una svolta, dopo la nota defaticante inerzia della giustizia indiana, in seguito alla richiesta italiana di formulazione del capo di imputazione.

1.1.3- Altrettanto corposo il contenzioso dinanzi ai giudici amministrativi, che ha riguardato le più svariate materie in sede di impugnazione di provvedimenti amministrativi, nonché azioni di risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo; una particolare menzione merita la trattazione dei numerosi ricorsi proposti in ordine all'attuazione della riforma della c.d. "geografia giudiziaria" nonché quelli attinenti il diniego di autorizzazione ex art. 88 del T.U.L.P.S. per l'esercizio dell'attività di raccolta di scommesse su eventi sportivi per conto di società straniere prive di concessione nell'ordinamento italiano (contenziosi definiti favorevolmente per il Ministero dell'Interno dal Consiglio di Stato con decisioni emesse all'esito dell'udienza "tematica" del 14 novembre 2013).

Sempre numeroso è il contenzioso attinente agli esami di idoneità alla professione forense ed ai concorsi per la copertura dei posti di notaio e di magistrato. Particolarmente delicati, e anche in questo caso numerosi, sono, poi, i ricorsi proposti da magistrati ordinari contro i provvedimenti del C.S.M. in tema di incarichi direttivi e semidirettivi; molto impegnativo, per la complessità delle questioni giuridiche sottese e la rilevanza economica che lo caratterizza, è, inoltre, il contenzioso riguardante i provvedimenti delle Autorità indipendenti.

Un particolare cenno merita, anche quest'anno, il contenzioso in materia di "Quote latte" (in ordine al quale la Commissione europea ha avviato una indagine conoscitiva) che, anche nell'anno 2013, ha visto la trattazione e la decisione favorevole all'Amministrazione statale di qualche centinaio di ricorsi.

1.1.4- In sede consultiva, l'Avvocatura dello Stato, oltre alla consueta attività di consulenza nelle transazioni e nelle composizioni bonarie, ha fornito il proprio parere, tra l'altro su questioni di grande attualità; ricordo quella relativa alla sperimentazione del c.d. "metodo Stamina" in ordine alla quale l'Avvocatura, oltre a rappresentare il Ministero della Salute nel giudizio svoltosi davanti al T.A.R. del Lazio, ha assicurato al predetto Dicastero un costante ausilio consultivo sulle procedure e in sede di predisposizione degli atti amministrativi.

Nel settore della contrattualistica pubblica, l'Avvocatura dello Stato ha svolto la propria attività di assistenza e consulenza in favore delle Amministrazioni statali, resa più complessa in questo momento di necessaria contra-

zione delle risorse pubbliche disponibili, che inevitabilmente porta ad un aumento del relativo contenzioso. Nel corso del 2013, sono state, inoltre, affrontate, sia in sede consultiva che contenziosa, le problematiche legate all'impatto delle disposizioni del decreto legislativo n. 235/12 (c.d. "legge Severino") sulle procedure di aggiudicazione ed, in particolare, sulla risoluzione delle controversie, anche alla luce della notevole riduzione del ricorso all'istituto arbitrale.

Ricordo, ancora, le delicate problematiche connesse alla decisione (pure giustificata dalla contingente situazione finanziaria) di abbandonare alcune grandi opere (si pensi, per tutte, al Ponte sullo Stretto di Messina), che ha richiesto la soluzione di delicati problemi giuridici (affrontati anche in sede di Comitato consultivo) volti allo scioglimento dei rapporti contrattuali in essere.

2.- Il nostro impegno dinanzi alla Corte di Cassazione, che oggi ci ospita, è notevole e molto importante e siamo onorati di poter lavorare con la Cassazione in piena armonia e nell'interesse della giustizia.

Dinanzi alla Corte Suprema, il contenzioso è stato, anche nel 2013, particolarmente numeroso: sono stati, infatti, proposti dall'Avvocatura Generale dello Stato 5.021 ricorsi per Cassazione rispetto ai 4.703 del 2012; di questi, 3.875 ricorsi riguardano il contenzioso tributario (con una percentuale pari al 77,18% del totale).

Anche nel 2013, è proseguita la stretta collaborazione tra la Corte di Cassazione e l'Avvocatura dello Stato, finalizzata alla fissazione in tempi brevi dell'udienza di discussione in cause "pilota", su questioni che hanno dato luogo a numerose controversie nei gradi di merito, nonché alla fissazione di udienze tematiche al fine della rapida decisione di interi "filoni" di cause.

La collaborazione ha ovviamente interessato la materia tributaria, che, com'è noto, occupa gran parte dell'attività sia della Cassazione Civile che dell'Avvocatura dello Stato.

Di oltre 6.000 richieste, formulate dall'Agenzia delle Entrate, dopo attento esame, sono stati proposti poco più di 3.600 ricorsi, un numero sostanzialmente equivalente a quelli proposti dai contribuenti.

Su tali richieste, già filtrate dall'Agenzia a livello regionale rispetto alle ben più numerose decisioni delle commissioni tributarie regionali, l'Avvocatura opera una ulteriore selezione non coltivandone oltre il 20%, così pervenendo ad un numero di ricorsi in cassazione sostanzialmente equivalente a quelli proposti dai contribuenti (pari a circa 3.600).

L'esito dei giudizi suddetti si conferma ancora nel complesso favorevole all'Erario. Gli ultimi dati disponibili indicano una percentuale di vittoria di oltre il 70%, che supera il 75% se si considera il valore economico delle controversie.

Ciò significa che su un valore annuo nel 2013 di circa un miliardo di euro, l'importo delle cause favorevoli ammonta a circa 760 milioni di euro.

Nell'intervento dello scorso anno, venne evidenziata la delicata questione degli effetti processuali derivanti dalla cancellazione delle società dal registro delle imprese.

Va preso atto, con soddisfazione, che la risposta della Corte è stata tempestiva ed adeguata. Con la sentenza n. 6070/2013, resa a Sezioni Unite, sono stati stabiliti importanti principi che sono riusciti a coniugare la volontà del legislatore con il rispetto dei diritti delle parti.

Restano, tuttavia, ancora aperte questioni importanti, che ci si augura possano trovare soluzione nelle prossime decisioni.

A tale proposito, va segnalato che, nei prossimi mesi, le Sezioni Unite della Corte dovranno sciogliere il nodo della applicabilità, o meno, ai ricorsi tributari del nuovo art. 360 n. 5 c.p.c. che, com'è noto, consente ora di impugnare le sentenze non più per *“per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio”* ma soltanto per *“omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”*.

Senza volermi inserire nell'acceso dibattito derivante da una purtroppo non felice formulazione della norma che ha introdotto la citata modifica, mi permetto soltanto una breve osservazione.

Se, come pare, con il nuovo testo dell'art. 360 n. 5 il legislatore ha voluto rendere in qualche modo non sindacabile la logica o contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata, credo occorra considerare i riflessi che ciò può avere in materia tributaria.

Sono evidenti i riflessi che la predetta novella processuale, ove interpretata in senso positivo, potrebbe avere in materia tributaria il cui accertamento fiscale si fonda spesso su presunzioni, per le quali è necessario il controllo sulla logica delle stesse.

Se il nuovo articolo 360 n. 5 dovesse essere interpretato nel senso di impedire un tale controllo, ne conseguirebbe l'impossibilità di ottenere la riforma di sentenze ingiuste, con conseguente pregiudizio, spesso irreparabile, non solo per l'erario ma anche per i contribuenti.

Di tale peculiarità della giustizia civile-tributaria spero che la Corte tenga conto, ed analizzi le nuove norme (pur emanate nel lodevole intento di ridurre il contenzioso), alla luce dei principi contenuti negli artt. 24 e 111 della Costituzione, nonché del principio di effettività della tutela giurisdizionale previsto dal diritto comunitario.

Altra questione, non meno importante, che verrà esaminata dalle Sezioni Unite nelle prossime settimane, è quella rimessa con l'ordinanza n. 959/2013 della VI sezione civile.

Si tratta del problema relativo agli effetti di una pronuncia della Corte di Giustizia da cui derivi la possibilità di chiedere rimborsi, rispetto alle situazioni ormai definite, in quanto una eventuale riapertura dei termini di decadenza o di

prescrizione produrrebbe effetti negativi in termini di incremento del contenzioso e di incertezza delle situazioni giuridiche (per prescrizione o decadenza).

E ciò anche in considerazione del fatto che analoghi principi non potrebbero non valere anche per le pronunce di incostituzionalità.

Con riferimento alla materia doganale, la Sezione Tributaria della Corte di Cassazione ha dato, nel 2013, un notevole impulso alla definizione del contenzioso pendente ponendo in discussione la quasi totalità dei ricorsi presentati tra il 2007 e il 2011 (e alcuni del 2012 connessi).

L'andamento del contenzioso è stato estremamente proficuo per gli interessi pubblici, con una percentuale di cause favorevoli all'Amministrazione vicina al 90% ed il recupero, a beneficio dell'Unione Europea e dello Stato italiano, di somme d'importo complessivamente superiore a centocinquanta milioni di euro.

Con riguardo al processo telematico, l'Avvocatura dello Stato, nell'anno 2013, ha proseguito nel proprio impegno volto alla realizzazione dell'ambizioso progetto del fascicolo elettronico. Da una iniziale messa in esercizio nella sede romana, si è capillarmente raggiunta ogni sede distrettuale, consentendo la creazione di una consistente piattaforma documentale nazionale che ha riguardato il 58% dei documenti cartacei convertiti in digitale e caricati nel fascicolo elettronico. Si è, infatti, passati da una percentuale iniziale del 3% dei documenti cartacei protocollati in ingresso, convertiti in digitale e caricati nel fascicolo elettronico, ad un complessivo 58%, rilevato a fine anno.

Per ridurre i tempi ed i costi dei processi di lavoro, l'*iter* di dematerializzazione della carta e l'ausilio dell'informatica appaiono ormai un percorso inevitabile per gestire l'enorme mole di contenzioso ed essere al passo con i tempi.

La sua piena realizzazione potrà essere, peraltro, agevolata dalla costituzione della c.d. "Intermagistratura Telematica", un importante tavolo congiunto di tutte le magistrature (civile, amministrativa, tributaria e contabile) e dell'Avvocatura dello Stato per l'analisi e la risoluzione di problemi comuni in materia informatica.

3.- Passando, infine, ai risultati del nostro lavoro, fornisco alcuni dati statistici relativi alla sede romana. Dinanzi al Tribunale civile le cause vinte sono il 60%, dinanzi al giudice amministrativo il 70%, dinanzi alla Corte d'appello il 53% e dinanzi alla Cassazione il 58%. La percentuale più bassa di esiti favorevoli innanzi alla Corte d'Appello è attribuibile al fatto che, nel numero, sono comprese le cause della c.d. "legge Pinto", che rappresentano la maggioranza degli affari trattati in Corte d'Appello (come unico grado di merito) e che sono, nella stragrande maggioranza dei casi, cause perse per lo Stato.

Il che porta a concludere per un buon rapporto costi-benefici dell'attività svolta dall'Avvocatura, ove si consideri che ogni causa - quale che sia la sua durata ed il numero dei gradi di giudizio nel complesso - costa in media allo

Stato circa 800 euro, cioè meno di un decimo di quello che sarebbe il costo di mercato.

Purtroppo, la funzionalità dell'Istituto continua ad essere minacciata da una grave limitazione nel *turn-over* del personale togato e dalla insufficienza di risorse economiche.

Sotto il primo profilo, evidenzio come il carattere emergenziale della situazione potrà essere solo attenuato dalla già ricordata previsione, contenuta nella recente legge di stabilità, che autorizza l'Avvocatura dello Stato ad assumere non solo i vincitori ma anche gli idonei dell'ultimo concorso di Procuratore dello Stato (nel complesso, sedici unità); ringrazio, comunque, personalmente ed a nome dei colleghi, il Governo per l'attenzione mostrata nei confronti dell'Istituto.

Sotto il secondo profilo, devo segnalare che l'Istituto continua ad avere difficoltà ad assolvere ai suoi doveri con l'attuale importo stanziato in bilancio per le spese correnti, che sono incompressibili ed indispensabili per garantire l'assolvimento dei compiti istituzionali, quali ad esempio le spese di funzionamento degli uffici tra cui quelle per l'acquisto di carta per le fotocopie necessarie a depositare gli atti defensionali nel numero di esemplari richiesto. Anche sotto questo profilo, ringrazio il Governo e, in particolare, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, per avere voluto assicurare gli stanziamenti, in una misura peraltro sufficiente solo ad evitare la paralisi dell'Istituto.

4.- Concludo, osservando che il difficilissimo momento che il Paese continua ad attraversare richiede a tutte le Istituzioni ed a tutti noi il massimo impegno nell'esercizio dei compiti affidati. Sono certo di poterLe assicurare, Signor Presidente della Repubblica, che l'Avvocatura dello Stato e i suoi componenti faranno ogni possibile sforzo per essere all'altezza delle rilevanti funzioni assegnate, confermando il prestigio che ha sempre avuto.

Roma, lì 24 gennaio 2014
Palazzo di Giustizia, Aula Magna

CONVEGNO DI STUDI SUL TEMA

“PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E GIURISDIZIONE: TRADIZIONE E PROSPETTIVE” (*)

Intervento di Massimo Massella Ducci Teri

1. Tra le letture fatte in vista del presente incontro ce ne è stata una che ha costituito, per me, motivo di particolare riflessione.

Mi riferisco all'intervento svolto dal Giudice costituzionale, Prof. Casse, alle Assise della Giustizia. Un *forum* sulle politiche comunitarie per la giustizia, che si è svolto a Bruxelles, nei giorni 21 e 22 novembre scorsi, sotto l'egida della Commissione Europea, i cui lavori sono stati conclusi dalla Signora Viviane Reding, Commissario europeo per la giustizia, i diritti fondamentali e la cittadinanza.

Nel suo contributo il Giudice Casse ha sottolineato che l'opzione tra giurisdizione unitaria e giurisdizione ripartita assume, ormai, un diverso rilievo ove considerata nel contesto europeo ed alla luce del processo di integrazione dei diversi ordinamenti nazionali.

Ed infatti, già sotto un profilo di fatto, deve registrarsi un sostanziale avvicinamento tra l'ordinamento inglese (laddove sono state previste sezioni specializzate per i giudizi in materia amministrativa) e quello francese (nel cui ambito il giudice amministrativo ha assunto un livello di indipendenza e di terzietà non inferiore a quello dei giudici civili e penali).

A ciò deve aggiungersi, sotto un profilo squisitamente sostanziale, che deve ormai darsi atto:

1.- del riconoscimento e dell'applicazione generalizzata, da parte degli Stati nazionali e dei Giudici chiamati a sindacare l'esercizio e le manifestazioni del pubblico potere, dei principi che trovano la loro fonte nell'art. 6, del Trattato U.E. e, quindi, nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. (v. art. 47, in materia di giustizia) e nella Carta europea dei diritti dell'uomo (v. art. 6, equo processo);

2.- dell'inviduazione, in sede comunitaria, di regole e principi comuni per disciplinare l'agire della pubblica amministrazione e per assicurare una effettiva tutela giudiziaria nei confronti della stessa;

3.- del ruolo primario svolto dalla Corte di Giustizia (ma anche da altre Corti sovranazionali), con interventi in materie un tempo riservate agli Stati

(*) Giovedì 12 dicembre 2013, Avvocatura Generale dello Stato, Sala Vanvitelli. All'inizio del Convegno, organizzato dalla Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti, è stato consegnato il Premio Aldo Sandulli 2013 al Prof. Vincenzo Cerulli Irelli. Ai lavori, introdotti dall'Avvocato Generale dello Stato, Avv. Michele Dipace, hanno partecipato il Prof. Avv. Andrea Proto Pisani, il Prof. Avv. Riccardo Villata e l'Avv. dello Stato Massimo Massella Ducci Teri, del quale si pubblica l'interessante intervento.

nazionali e con effetti significativi sui livelli di tutela riconosciuti ai singoli.

In estrema sintesi può affermarsi che, in ambito europeo, ciò che assume rilievo è il rispetto, in concreto, dei principi di natura sostanziale (imparzialità, trasparenza, proporzionalità, adeguatezza, congruità, logicità e ragionevolezza) e processuale (effettività e pienezza della tutela, attraverso un giusto processo, rimesso ad un giudice terzo).

Perchè solo in questo contesto può realizzarsi un'Area Europea della Giustizia fondata, come ha affermato il Commissario Reding, sulla fiducia: fiducia reciproca tra coloro che dettano le norme e coloro che le applicano e fiducia nel sistema da parte di coloro che ne beneficiano (cittadini ed operatori economici). Ed in tale contesto sfumano le formule organizzative dell'ordinamento giudiziario adottate da ciascuno Stato membro.

2. Se esaminato da questa angolazione, il nostro sistema giudiziario appare sicuramente rispettoso dei canoni europei.

Gli interventi del legislatore, le pronunce della Corte Costituzionale e delle nostre Magistrature Superiori, come unanimemente riconosciuto, consentono di affermare:

- il superamento del rigido dualismo diritti soggettivi ed interessi legittimi;
- l'effettiva tutela del rapporto, sin dalla fase cautelare;
- la pienezza della tutela (azione risarcitoria);
- la sua effettività (ottemperanza).

Si sta realizzando, quindi, un sistema organico ed omogeneo del nostro ordinamento giudiziario ed il giudice amministrativo è sempre più il giudice ordinario delle situazioni soggettive affidate alla sua competenza (NIGRO).

Il percorso non è stato sempre agevole e lineare e sicuramente può e deve essere migliorato.

Autorevoli interventi hanno prospettato disegni riformatori.

Alcuni, di ampio respiro, sottendono una verifica dei rapporti tra legislativo, esecutivo e giudiziario nonché di quelli tra quest'ultimo e nuovi soggetti dell'ordinamento (Autorità indipendenti) per i quali si rivendica il riconoscimento costituzionale a tutela della loro indipendenza ed a garanzia della insindacabilità di alcuni loro atti di regolamentazione generale.

Altri disegni riformatori attengono in via specifica alla organizzazione della giurisdizione proponendo una pluralità di soluzioni relative ai Giudici c.d. speciali.

Soffermandomi su queste ultime, consentitemi una prima valutazione di natura esclusivamente personale: non mi sembra che questo sia il problema più urgente non tanto per il Paese, quanto per il sistema giustizia nel suo complesso.

L'attuale sistema dualistico rende un servizio che segna ampi miglioramenti in termini di efficienza e tempestività. Alcuni Uffici Giudiziari Ordinari

- come ad esempio, basandomi sulla mia recente esperienza professionale, il Tribunale di Milano, ma analoga valutazione può essere estesa ad altri Tribunali - hanno raggiunto tempi di definizione dei giudizi di primo grado di livello europeo. La Giustizia Amministrativa, a sua volta, con gli strumenti del nuovo Codice e la sensibilità di numerosi Magistrati, riesce a definire il doppio grado di giudizio di merito in 12/18 mesi, anche in fattispecie non regolate da procedure accelerate.

Di sicuro un intervento troppo incisivo, in questo momento di forte impegno di tutti gli operatori del settore per adeguarsi alla nuova normativa (CPA - Tribunale delle imprese e riduzione degli Uffici Giudiziari), potrebbe non essere utile né opportuno.

3. In questa fase in cui la certezza del diritto è posta a dura prova, non mi sembrerebbe opportuno incidere radicalmente anche sulla giurisdizione. Al contrario, deve essere assicurata la “certezza della giurisdizione”, specie in un periodo in cui il legislatore non sempre si avvale di quanto previsto dall’art. 113, 3° comma, della Costituzione.

È un’esigenza che potrebbe essere soddisfatta, a mio avviso, in tempi ragionevoli anche perché non sembra richiedere una modifica della Carta costituzionale.

Mi riferisco all’ipotesi, già autorevolmente prospettata, di istituire il Tribunale dei conflitti.

Ove tale Consesso fosse previsto nell’ambito della Corte di Cassazione, verrebbe rispettato il vincolo posto dalla Costituzione e potrebbe essere istituito con legge ordinaria.

Lo stesso, inoltre, potrebbe essere a composizione paritaria tra magistrati ordinari ed amministrativi. E, sotto tale profilo, si ripercorrerebbero esperienze già conosciute nell’ambito del nostro ordinamento (v. Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche).

Tale Consesso dovrebbe sicuramente risolvere i casi in cui deve riconoscersi se il giudice adito abbia il potere di decidere.

Ed avrebbe anche l’autorevolezza per garantire il rispetto di quel disegno organico del nostro ordinamento giudiziario, così come delineato dai Costituenti, e dei limiti posti allo stesso, in quell’equilibrato bilanciamento tra Poteri che tutti abbiamo sempre apprezzato.

In tale ambito, potrà fornire chiare chiavi interpretative su quella sempre più sottile e delicata linea di confine tra giudizio di legittimità e merito.

È questo, da sempre, uno degli snodi più sensibili della giurisdizione amministrativa.

È pacifico che il Giudice Amministrativo debba rispettare la legge ed i limiti della sua giurisdizione.

È, parimenti, affermato e riconosciuto che il Giudice Amministrativo, per

la sua esperienza, la sua sensibilità, il suo abito mentale, sia attualmente il più adatto ad armonizzare due esigenze, entrambe riconosciute, con pari dignità, dalla Costituzione: la tutela giurisdizionale e la salvaguardia dell'interesse pubblico, curato dall'Amministrazione.

Tale funzione gli è stata, recentemente, riconfermata dalla Corte Costituzionale anche con riferimento ai diritti costituzionali primari e non comprimibili (Sentenza n. 85/2013, ILVA).

La stessa Corte, tuttavia, ha chiaramente precisato che l'atto, ove ragionevole, non può essere contestato nel merito delle scelte compiute dalla amministrazione competente, che non possono essere sostituite da altre nella valutazione discrezionale delle misure ritenute necessarie.

Tuttavia, a volte, il sindacato del Giudice Amministrativo appare travalicare nel sindacato dei fini e degli obiettivi perseguiti dall'Amministrazione ed appare incidere su quelle valutazioni di carattere soggettivo che costituiscono l'elemento fondante di scelte discrezionali.

Al riguardo vorrei premettere che, nell'attuale fase storica, molto spesso tali valutazioni del Giudice Amministrativo, che sembrano particolarmente penetranti, sono indotte dallo stesso legislatore.

Siamo in una fase in cui abbiamo un diritto ricco di norme ma privo di principi (DE LISE).

Norme, per di più, assai dettagliate che pongono vincoli fin troppo precisi al successivo agire della pubblica amministrazione, limitando di per se stesse, l'esercizio della discrezionalità e condizionando i contenuti del successivo sindacato giurisdizionale.

Ma prescindendo da tali ipotesi, che spesso fotografano momenti patologici dell'ordinamento, non possiamo non dare il giusto rilievo alle norme di diritto amministrativo sostanziale che dettano i principi cui deve necessariamente ispirarsi l'azione amministrativa.

Con la legge 241/90 sono state dettate le regole di condotta dell'Amministrazione. Il loro rispetto consente di affermare che il potere discrezionale non è più "libero" ma controllato e controllabile dagli stessi interessati, prima che si formalizzi definitivamente.

Il rispetto di tali regole; la piena trasparenza sui criteri applicati in concreto; il pieno, concreto ed effettivo contraddittorio tra Amministrazione e soggetti privati si pongono come garanzia dell'ordinamento ma anche come limiti alla tutela da richiedere.

Vi sono provvedimenti che sono necessariamente il frutto di valutazioni soggettive, consentite a colui che le applica, effettuate da un soggetto cui è stata affidata la cura dell'interesse pubblico e che ne è responsabile, che non sempre possono essere, di fatto, sostituite nell'ambito di un giudizio di legittimità e con riferimento alle sue figure sintomatiche.

Analogamente, sempre su questo sottile crinale tra valutazione soggettiva

e legittimità del provvedimento, si pone il sindacato sull'elemento fiduciario che caratterizza alcuni procedimenti di nomina. E ciò, con particolare riferimento a quelle fattispecie in cui la fiducia dell'esecutivo appare condivisa dal legislativo non solo con un parere ma, a volte, anche mediante il voto delle Assemblee.

4. Volendo concludere. La certezza della giurisdizione appare sicuramente una priorità per il nostro ordinamento giudiziario e la via della *reductio ad unum*, se può sembrare la più semplice, non è di per se risolutiva e richiede sicuramente tempi lunghi sia perchè diventi effettiva, sia per la sua successiva attuazione. In ogni caso essa rischia di dissipare un patrimonio culturale apprezzato anche all'estero e di disperdere la fucina ove è nato il nostro diritto amministrativo e si sono formati numerosi maestri di questa disciplina.

L'organicità che va assumendo il sistema giudiziario nazionale implica, tuttavia, che si persegua una sempre più intensa omogeneità tra gli ordini giudiziari.

Non mi riferisco tanto alle omogeneità di natura, per così dire, organizzativa ed ordinamentale (terzietà; criteri di conferimento degli incarichi direttivi [esperienza professionale concreta, merito e non solo anzianità] e la loro durata; attività c.d. esterne, peraltro connesse, per il Giudice Amministrativo, anche alle diverse funzioni che la Costituzione gli riconosce ed attribuisce) quanto alla omogeneità nelle tutele concesse.

Per tutte una (e qui il discorso si amplia anche alla Corte dei Conti): la tutela risarcitoria, che va assumendo, giustamente, un rilievo sempre maggiore e rispetto alla quale il Giudice Amministrativo sta calibrando i propri interventi.

Siamo certi che i criteri applicati per la sua determinazione siano omogenei e che possa essere a lungo condiviso che solo per la tutela avanti il Giudice Ordinario siano previste valutazioni di legittimità? O dovremmo accettare che, in questa materia, l'ultima parola sia devoluta ad una Corte sovranazionale?

Avvocatura Generale dello Stato

CIRCOLARE N. 8/2014

Oggetto: Protocollo di intesa con l’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli.

Si trasmette in allegato copia del protocollo di intesa sottoscritto dall’Avvocato Generale e dal Direttore del’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli in data 30 gennaio 2014.

L’Avvocato Generale dello Stato
Michele Dipace

**PROTOCOLLO DI INTESA
TRA
L’AVVOCATURA DELLO STATO
E
L’AGENZIA DELLE DOGANE E DEI MONOPOLI**

Visto

Il protocollo di intesa del 10 maggio 2001 sottoscritto tra l’Avvocatura dello Stato e l’Agenzia delle Dogane;

Visto

L’articolo 23-quater del Decreto Legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 che ha disposto l’incorporazione dell’Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato nell’Agenzia delle Dogane, che assume la denominazione di Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, con la successione di quest’ultima nei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, insistenti in capo all’Amministrazione incorporata;

Considerato

Che, ai sensi dell’art. 72 del Decreto Legislativo n. 300/1999 l’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli si avvale del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato ai sensi dell’art. 43 del R.D. n. 1611/1933 e successive modificazioni e che, in base a tale ultima disposizione, l’Avvocatura dello Stato è autorizzata ad assumere la rappresentanza e la difesa, salve le ipotesi di conflitto ed i casi speciali ivi previsti, dell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli;

Visti

- l’art. 15 della legge n. 241 del 7 agosto 1990, comma 1, che consente la possibilità per le amministrazioni pubbliche di concludere *“accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”*;
- la delibera n. 234 del 29 gennaio 2014 (All. n.1) del Comitato di Gestione dell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli.

Ritenuta

- l’opportunità di disciplinare nelle forme di seguito descritte le modalità della coo-

perazione tra l’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (di seguito denominata “Agenzia”) e l’Avvocatura dello Stato (di seguito denominata “Avvocatura”), al fine di assicurare nel modo migliore la piena tutela degli interessi pubblici coinvolti, prevedendo anche forme snelle e semplificate di relazioni, tali da promuovere e rafforzare l’efficienza e l’efficacia dell’azione amministrativa e l’ottimale funzionalità delle strutture;

- in particolare, l’opportunità di prevedere modalità operative volte a garantire un efficiente ed incisivo apporto consultivo dell’Avvocatura nonché lo svolgimento del patrocinio dell’Agenzia affidato alla stessa Avvocatura nei giudizi attivi promossi o proseguiti in gradi ulteriori e nei giudizi passivi instaurati o coltivati da terzi nei confronti della medesima Agenzia.

Tra il Direttore dell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, dr. Giuseppe PELEGGI e l’Avvocato Generale dello Stato avv. Michele Giuseppe DIPACE, si conviene quanto segue.

ATTIVITÀ CONSULTIVA

1. Le competenti strutture centrali dell’Agenzia propongono all’Avvocatura Generale dello Stato quesiti e richieste di pareri che involgono questioni interpretative di carattere generale o di particolare rilevanza, mentre le strutture interregionali, regionali e interprovinciali dell’Agenzia corrispondono direttamente con le Avvocature distrettuali, fatti salvi i casi di urgenza, per i quali potranno inoltrare, previo coordinamento con le competenti strutture centrali, specifiche richieste all’Avvocatura Generale.
2. Considerato che l’efficacia dell’attività consultiva è direttamente correlata alla tempestiva acquisizione dei chiesti pareri, l’Avvocatura provvede a corrispondere alle relative richieste nei termini imposti dai procedimenti amministrativi o in mancanza, entro sessanta giorni dalla richiesta, ovvero entro novanta giorni se risulta necessario sentire il Comitato Consultivo dell’Avvocatura Generale, segnalando, tempestivamente, i casi ove ciò non sia possibile anche in considerazione della particolarità della fattispecie e dell’impegno professionale necessario.
3. Su richiesta dell’Agenzia, l’Avvocatura rende, anche in via preventiva, suggerimenti e/o pareri sui principali orientamenti assunti o da assumere dalla stessa Amministrazione, con particolare riferimento all’interpretazione della normativa di prima applicazione, anche in ordine ai riflessi sulla gestione del relativo contenzioso, potenziale o in atto.
4. L’Avvocatura - ferme restando le competenze del Consiglio di Stato nella materia - esprime pareri sugli atti di transazione redatti dalle strutture centrali o periferiche dell’Agenzia e, su richiesta delle competenti strutture della stessa Agenzia, presta la propria collaborazione alla redazione degli stessi atti, assicurando l’assistenza nel luogo ove si svolge l’attività transattiva.
5. Salvo che non si tratti di questioni con contenuti di assoluta unicità, le richieste di consultazione di cui ai punti 3 e 4 sono sempre inoltrate contestualmente agli uffici centrali dell’Agenzia e all’Avvocatura Distrettuale o Generale, in relazione alle rispettive competenze.

ASSISTENZA E RAPPRESENTANZA IN GIUDIZIO

6. L’Avvocatura fornisce assistenza richiesta dalle strutture centrali e territoriali del-

l'Agenzia, anche in sede esecutiva, al fine di assicurare la piena tutela degli interessi pubblici alla stessa affidati.

7. L'Agenzia, attraverso le proprie strutture centrali o territoriali, provvede ad investire l'Avvocatura delle richieste di patrocinio con il più ampio margine rispetto alle scadenze, fornendo una completa e documentata relazione in fatto e in diritto, corrispondendo contestualmente in formato cartaceo e web, quale necessario supporto per l'efficace difesa delle ragioni dell'Agenzia; in attesa di esprimere le proprie definitive valutazioni, in caso di urgenza, la stessa Amministrazione potrà comunque anticipare l'inoltro all'Avvocatura degli atti di causa in proprio possesso. Al fine di rendere praticabile operativamente un percorso di immediata e diretta comunicazione, anche informale, in sede di richiesta verranno precisati i riferimenti relativi all'Ufficio e al funzionario responsabile del procedimento per la sua immediata reperibilità (telefono, fax, e-mail); analogamente l'Avvocatura provvederà a comunicare alla struttura richiedente dell'Agenzia il nominativo dell'avvocato incaricato dell'affare e le suindicate modalità di immediata reperibilità, il tutto con il reciproco impegno a comunicare ogni eventuale modifica.

Al fine di rendere più sollecito ed efficace lo svolgimento delle rispettive attività istituzionali, è assicurato all'Avvocatura l'accesso alla documentazione tributaria (normativa, prassi e giurisprudenza) ove disponibile in banca dati, nonché l'acquisizione dei dati relativi alle controversie trattate dall'Agenzia; per la stessa finalità, è assicurato all'Agenzia l'accesso telematico diretto alle banche dati dell'Avvocatura.

Nel caso la controparte sia una società, l'Agenzia ne verifica la vigenza e l'attualità della ragione sociale e della sede.

Ove l'Avvocatura ritenga di non convenire, per singole controversie, sulle richieste avanzate dall'Agenzia, provvederà, se del caso previa acquisizione di supplementi istruttori, a darne tempestiva e motivata comunicazione alla struttura richiedente e, per conoscenza, alla struttura centrale, al fine di pervenire ad una definitiva concordata determinazione. L'eventuale divergenza che dovesse insorgere tra l'Avvocatura e l'Agenzia circa l'instaurazione o la resistenza in giudizio e/o la prosecuzione dello stesso, ove non composta fra le due Istituzioni, è risolta dal Direttore dell'Agenzia ai sensi dell'articolo 12 della Legge 3 aprile 1979, n. 103, in tempo utile per consentire all'Avvocatura di svolgere la più efficace difesa delle ragioni dell'Agenzia.

8. Gli atti introduttivi del giudizio, o di un grado di giudizio e qualunque altro atto o documento notificati all'Agenzia presso una sede dell'Avvocatura non ancora investita della difesa, sono da quest'ultima prontamente inviati alla competente struttura dell'Agenzia e comunque con il più ampio margine temporale rispetto alle scadenze, utilizzando allo scopo gli strumenti di comunicazione più rapidi.
9. L'Avvocatura provvede a tenere informata la competente struttura dell'Agenzia dei significativi sviluppi delle controversie dalla stessa curate, assicurando, laddove l'Agenzia ne faccia motivata richiesta, il tempestivo invio degli atti difensivi propri (in formato editabile onde agevolare l'utilizzo in casi analoghi) e delle controparti, nonché dei relativi documenti allegati, dando comunque pronta comunicazione dell'esito del giudizio con la trasmissione di copia della decisione, in particolare se notificata. Ove si tratti di pronuncia sfavorevole all'Agenzia suscettibile di gravame, l'Avvocatura formula il proprio preliminare parere in ordine all'impugnabilità della decisione, contestualmente all'inoltro della stessa, riservando il definitivo parere una

volta ricevute le considerazioni dell'Agenzia. Le sentenze sono dall'Avvocatura trasmesse alla Direzione locale interessata ed alla struttura centrale dell'Agenzia competente alla trattazione del contenzioso.

10. A richiesta del Direttore dell'Agenzia, l'Avvocatura può assumere, ai sensi dell'art. 44 del R.D. n. 1611/1933, la rappresentanza e la difesa di dipendenti dell'Agenzia nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio, segnalando tempestivamente i casi particolari nei quali non è possibile assumere il patrocinio potendosi verificare un conflitto di interessi.
L'Avvocatura segnala tempestivamente i casi in cui non può assumere il patrocinio potendosi configurare un conflitto di interessi con altra amministrazione. Con provvedimento motivato del Direttore, l'Agenzia segnala all'Avvocatura Generale eventuali casi di possibile conflitto con altra amministrazione parimenti assistita dall'Avvocatura, per le relative determinazioni.
11. Per le cause che si svolgono innanzi ad Autorità Giudiziarie aventi sede diversa da quella della competente Avvocatura, ai sensi dell'art. 2 del R.D. n. 1611/1933, quest'ultima, previa preventiva intesa, ha facoltà di delegare funzionari dell'Agenzia per la rappresentanza in giudizio fuori dai casi in cui l'Agenzia già non provveda a farsi rappresentare da propri dipendenti, secondo le disposizioni vigenti, trasmettendo tempestivamente l'atto di delega alla competente struttura territoriale della stessa, fornendo precise indicazioni in ordine alle argomentazioni da esporre in difesa degli interessi dell'Agenzia. In mancanza si farà applicazione della facoltà di delega ad avvocati del libero foro ai sensi del comma 2 del sopra citato art. 2 del R.D. 1611/1933.
12. L'Agenzia sta in giudizio direttamente nei casi in cui la legge lo consente, salvo diverse intese a livello locale. L'Avvocatura assicura comunque, d'intesa con l'Agenzia, il patrocinio e la presenza alle udienze nelle controversie in cui vengono in rilievo questioni di massima o particolarmente rilevanti in considerazione del valore economico o dei principi di diritto in discussione.
13. Per le cause che richiedono una complessa valutazione o comunque di particolare rilevanza, anche per i principi di diritto alle stesse connessi, innanzi alle Commissioni Tributarie, Provinciali o Regionali, in cui l'Agenzia è difesa dai propri funzionari, l'Avvocatura si rende disponibile, su richiesta dell'Agenzia, ad esprimere una valutazione preventiva in ordine alle linee difensive ed alle strategie processuali, con particolare attenzione agli atti e documenti da depositare in giudizio nell'interesse dell'Agenzia.
14. Le sentenze pronunciate in grado d'appello relativamente a controversie di lavoro, notificate presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, sono da quest'ultima trasmesse contemporaneamente, oltre che all'Avvocatura Generale dello Stato, alla struttura dell'Agenzia parte nel giudizio di appello, unitamente agli atti essenziali di cui l'Agenzia stessa non sia in possesso.
15. Per i giudizi innanzi alla Corte di Cassazione, considerato il recente intervento normativo che ha ridotto i termini processuali, si conviene che gli Uffici dell'Agenzia tenuto conto della decorrenza dei termini processuali, adotteranno ogni decisione in merito all'impugnazione per Cassazione delle sentenze rese dal Giudice di appello con ogni consentita urgenza e comunque avendo cura di investire tempestivamente, per il relativo parere, l'Avvocatura Generale dello Stato con una completa e docu-

mentata relazione in punto di fatto e diritto, trasmessa in formato editabile, con allegati gli atti e i documenti disponibili in formato elettronico oppure agevolmente convertibili, anticipandola all'indirizzo di posta elettronica della sezione dell'Avvocatura competente.

Le richieste di ricorso per Cassazione sono integrate dalla documentazione per consentire all'Avvocatura la compiuta delibazione delle stesse anche sotto il profilo della concreta ed effettiva possibilità di recupero erariale.

Il parere negativo in merito alla proposizione del ricorso per Cassazione è espresso dall'Avvocatura di norma almeno trenta giorni prima della scadenza del termine per l'impugnazione, così da permettere all'Agenzia di esprimere il suo eventuale diverso orientamento e, quindi, l'eventuale proposizione del ricorso, salva l'applicazione del punto 7, ultimo capoverso, del presente protocollo.

L'Avvocatura dà tempestiva informazione alla Direzione competente della avvenuta proposizione del ricorso anche attraverso l'invio dell'istanza di cui all'art. 369, terzo comma, c.p.c. e ai sensi dello stesso articolo si può avvalere della collaborazione delle strutture dell'Agenzia per la richiesta di trasmissione del fascicolo d'ufficio.

Qualora un ricorso per Cassazione sia notificato presso la sede della Direzione centrale competente, questa trasmette direttamente all'Avvocatura l'originale del ricorso notificato e, contestualmente, ne invia copia alla Direzione territoriale competente, che provvede ad inoltrare all'Organo legale gli elementi istruttori per il controricorso e per l'eventuale ricorso incidentale, con le modalità e i tempi di cui al primo comma.

La Direzione centrale competente può segnalare i giudizi in Cassazione relativi a una questione controversa caratterizzata da ampia diffusione o comunque di particolare rilevanza per il principio di diritto in contestazione, affinché l'Avvocatura solleciti alla Cassazione la decisione della causa, facendo presente il significativo effetto deflattivo che conseguirebbe dal tempestivo consolidarsi dell'orientamento della Cassazione.

16. La proposta di costituzione di parte civile nei giudizi penali concernenti fenomeni delittuosi aventi rilevanza particolare per la tutela degli interessi erariali e comunitari coinvolti, dovrà essere inoltrata dalle Direzioni territoriali competenti alle rispettive Avvocature distrettuali, per la richiesta di parere obbligatoria, mediante la trasmissione di una documentata (notizia di reato, richiesta di rinvio a giudizio e avviso di fissazione dell'udienza preliminare) e circostanziata relazione dalla quale emergano le ragioni poste a fondamento della proposta e la quantificazione, anche via equitativa, del danno subito; le Avvocature distrettuali interessate forniranno tempestivamente il proprio parere preventivo in ordine alla proposta di costituzione di parte civile.

La competente Direzione centrale dell'Agenzia curerà l'acquisizione della prescritta autorizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri e provvederà ad inoltrarla tempestivamente alla Direzione territoriale competente perché quest'ultima provveda a trasmetterla all'Avvocatura patrocinante.

Nei casi di urgenza, l'Avvocatura provvederà ad acquisire direttamente dalla Presidenza del Consiglio la prescritta autorizzazione, informando tempestivamente l'Agenzia.

Eventuali conflitti tra l'Agenzia e l'Avvocatura in ordine alla costituzione di parte civile saranno risolti ai sensi del punto 7, ultimo capoverso, del presente protocollo. Nei giudizi ove si formalizzerà la costituzione, l'Agenzia assicurerà all'Avvocatura, su richiesta di quest'ultima, il necessario affiancamento operativo con i propri fun-

zionari e, se del caso, coinvolgendo anche la Guardia di Finanza.

L'Avvocatura informa la direzione competente dell'Agenzia in ordine agli esiti dei procedimenti penali in cui l'Agenzia si è costituita parte civile.

17. L'Avvocatura provvede al diretto recupero nei confronti delle controparti delle spese, competenze ed onorari di giudizio, posti a loro carico per effetto di sentenza, ordinanza, rinuncia o transazione; l'Agenzia presterà, comunque, ogni assistenza e collaborazione per la riscossione, su richiesta dell'Avvocatura.
In caso di giudizio conclusosi con esito favorevole per l'Agenzia ma con disposta compensazione, totale o parziale, delle spese, competenze ed onorari del giudizio, così come in caso di transazione dopo sentenza favorevole, trova applicazione il disposto dell'art. 21, commi terzo, quarto e quinto R.D. n. 1611/1933 e successive modificazioni, avendo riguardo alla complessità e all'impegno processuale della controversia, sulla base delle tariffe professionali applicabili.
18. L'Avvocatura presta la propria collaborazione all'Agenzia per le notificazioni degli atti diversi da quelli processuali, ove questa non possa provvedervi direttamente.

INCONTRI PERIODICI

19. Tra l'Avvocatura e l'Agenzia è istituito un calendario di incontri periodici, a cadenza trimestrale, da tenersi a livello centrale, interregionale, regionale e provinciale, per l'esame di questioni giuridiche di particolare interesse, nonché per valutare l'evoluzione del contenzioso concernente le più significative e rilevanti problematiche in discussione (in particolare in ordine all'applicazione delle norme tributarie e alle controversie di lavoro) anche al fine di definire congiuntamente le linee di condotta nelle controversie in corso, ovvero valutare eventuali aspetti di interesse alla prosecuzione delle stesse. A tal fine l'Avvocatura generale indicherà un proprio avvocato con funzione di referente, mentre per gli incontri periodici da tenersi a livello territoriale il referente sarà l'Avvocato distrettuale o un suo delegato; per l'Agenzia saranno presenti i dirigenti dei vari servizi interessati o i loro delegati.
20. Al fine di consentire la risoluzione di questioni di particolare rilievo la cui tempistica non risulta compatibile con il rinvio all'incontro periodico ed allo scopo di acquisire un primo orientamento in ordine alle attività da porre in essere, i dirigenti della sede centrale dell'Agenzia potranno ricorrere alla consulenza in via breve dell'avvocato che sarà designato dall'Avvocatura Generale a partecipare agli incontri periodici da tenersi a livello centrale.
21. Anche in ragione della intervenuta incorporazione dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, l'Agenzia potrà istituire un ufficio di coordinamento del contenzioso nazionale e comunitario nonché dei connessi rapporti con l'Avvocatura Generale dello Stato, affidandone le funzioni ad un Direttore centrale e all'Avvocato dello Stato designato secondo il precedente punto 20.

DISPOSIZIONI FINALI

22. L'Avvocatura e l'Agenzia si impegnano a segnalare reciprocamente tutte le difficoltà operative eventualmente insorte nella gestione dei rapporti oggetto del presente protocollo, allo scopo di provvedere al superamento delle stesse, nello spirito della più estesa collaborazione.

23. L'Avvocatura designerà in ciascuna sede, compatibilmente con le esigenze di servizio, uno o più avvocati incaricati degli affari di competenza dell'Agenzia.
24. L'Agenzia fornirà all'Avvocatura in ciascuna sede, compatibilmente con le proprie dotazioni, ogni supporto che risulterà utile per il migliore svolgimento dell'attività oggetto del presente protocollo.
25. Per assicurare la migliore collaborazione possibile, verranno previste forme di utilizzo promiscuo delle reciproche banche dati.
26. L'Avvocatura generale e quelle distrettuali organizzeranno periodicamente per il personale dell'Agenzia corsi di formazione per la gestione del contenzioso di cui all'art. 12, d'intesa con le competenti strutture dell'Agenzia e con la Scuola Superiore di Economia e Finanza.

Roma, 30 GEN. 2014

*Il Direttore Generale dell'Agenzia
delle Dogane e dei Monopoli*

Dott. Giuseppe Peleggi

L'Avvocato Generale dello Stato

Avv. Michele Dipace

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

La sovranità degli Stati, il *rating* e le regole sulla concorrenza

*Glauco Nori**

SOMMARIO: Premesse - 1. La nascita delle agenzie e l'evoluzione del rating - 2. Dall'Investor Pays all'Issuer Pays - 3. Il rating sui bilanci statali - 4. La funzione economica del rating sui bilanci degli Stati - 5. Il rating sui bilanci sovrani ed il mercato di riferimento - 6. La pubblicazione del rating unsolicited - 7. La situazione attuale - 8. La posizione dominante delle agenzie nel mercato dell'Unione Europea - 9. La configurabilità di un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE.

Premesse

Le agenzie di *rating* hanno raggiunto una posizione di primo piano nella finanza internazionale in una luce non sempre favorevole.

Il mercato è diventato così complesso che anche chi vi opera professionalmente, malgrado le sue conoscenze specialistiche, non sempre è in grado di arrivare a verifiche o valutazioni soddisfacenti. Grazie anche ai loro apparati, che consentono analisi più approfondite, gli spazi di intervento delle agenzie di *rating* si sono per questo sempre più ampliati.

Malgrado errori di valutazione tanto clamorosi da farne mettere in dubbio l'accidentalità, le agenzie, la cui affidabilità reale non sempre corrisponde a quella supposta, di fatto continuano ad esercitare sui mercati finanziari internazionali un potere condizionante sempre più spesso ritenuto eccessivo.

La qualificazione come *agenzie* può dare l'impressione, e talvolta l'ha data, che siano soggetti terzi ed imparziali, che operano in un'atmosfera di piena neutralità. Non è così o, per lo meno, non lo è sempre. Le agenzie sono società per azioni con fini di lucro di cui alcuni soci, con partecipazioni rile-

(*) Professore, Avv. dello Stato, Presidente emerito del Comitato scientifico di questa *Rassegna*.
Articolo pubblicato in *Forum di Quaderni costituzionali - I Paper del Forum* - 26 marzo 2012.

vanti, hanno interessi nei settori che restano influenzati dai *rating*. I conflitti di interesse, ipotetici o reali, nei quali possono venirsi a trovare sono stati messi in evidenza più volte anche dalla stampa non specializzata ed il pericolo di incorrervi è stato riconosciuto implicitamente dalle stesse agenzie quando si sono premurate di indicare gli accorgimenti adottati per non farli diventare attuali.

Il mercato è occupato quasi integralmente da tre di esse, una delle quali di dimensioni e giro di affari notevolmente inferiori rispetto alle altre due. Si è così costituito un oligopolio, in pratica da sempre. Le altre, anche per i tempi della loro costituzione, occupano spazi di mercato limitati che non consentono la forzatura di quello che potrebbe essere definito come tripolio. I loro giudizi sulla affidabilità dei bilanci e della situazione finanziaria, all'origine limitati alle imprese, oggi sono estesi a soggetti pubblici, compresi gli Stati.

In quanto imprese, l'attività che svolgono all'interno dell'Unione Europea è soggetta alla normativa comunitaria anche se la loro sede si trova altrove.

1. La nascita delle agenzie e l'evoluzione del rating.

È stato John Moody che per primo ha valutato l'affidabilità dei *bonds*, quelli delle compagnie ferroviarie che all'epoca, nel 1909, erano protagoniste del mercato. Nel 1916 si aggiunse la *Poor's Publishing Company*, seguita dalla *Standard Statistic Company* nel 1922 e dalla *Fitch Publishing Company* nel 1924. Nel 1962 *Moody's* è stata comprata da *Dun & Bradstreet*. *Poor's* e *Standard* si sono fuse nel 1941 per poi essere incorporate nella *McGraw-Hill* nel 1966. *Fitch* nel 1997 si è fusa con *IBCA* (società inglese sussidiaria della *FMI-LAC*, conglomerata francese di servizi finanziari).

Nel 2000, quando prese piede il mercato dei *subprime residential mortgages*, *Moody's*, *Standard & Poor's* e *Fitch* erano le sole agenzie il cui *rating* veniva richiesto.

La legislazione statunitense, se non è stata decisiva per la costituzione del loro oligopolio, certamente lo ha favorito.

All'inizio il giudizio sull'affidabilità dei titoli era richiesto dagli investitori. Dopo il 1934, secondo la normativa introdotta dalla *Securities and Exchange Commission (SEC)*, appena istituita, il riconoscimento dell'affidabilità dei titoli emessi è stata condizionata al rilascio di *rating* di un certo livello. Le agenzie legittimate ad emetterli non erano individuate, ma le destinatarie della disciplina non potevano essere che le tre che esaurivano il mercato. La forma di *rating* adottata da *Standard & Poor's* ed utilizzata ancora oggi (*AAA*, *AA*, *A*, *BBB* e così via) è diventata nel frattempo di applicazione generale.

Con lo stesso criterio si è proceduto nel mercato bancario. Secondo un decreto del 1936 le banche non potevano più investire in *speculative investment securities*, vale a dire in titoli al di sotto dell'*investment grade*, desuabile dai *recognized rating manuals*, che erano dei soli *Moody's*, *Standard & Poor's* e *Fitch*. Quando poi è stato esteso al settore assicurativo è diventato

in pratica di applicazione generale all'intero mercato finanziario.

Come qualcuno ha subito rilevato, l'Amministrazione statunitense ha adottato una forma di *outsourcing* attraverso la quale le valutazioni delle tre agenzie, in base alla normativa che le ha richieste, hanno assunto in pratica la forza di legge.

Negli anni '70 fu creata la *Nationally Recognized Statistical Rating Organization (NRSRO)*. Secondo la SEC solo il *rating* delle agenzie riconosciute poteva certificare i requisiti di capitale richiesti nel mercato finanziario (dei *broker-dealers*). Le banche e le altre istituzioni finanziarie si sono sentite così dispensate dal valutare direttamente il margine di rischio dei loro investimenti perché potevano soddisfare le richieste dei regolatori attraverso il *rating* di una delle tre agenzie.

La posizione delle tre agenzie maggiori per questo non è mutata (1). Anche se altre hanno ricevuto il riconoscimento, la loro posizione è restata del tutto marginale.

Mentre il loro potere andava aumentando, per precauzione adottavano clausole secondo le quali sui *rating* e su ogni opinione che vi era riportata non si doveva fare affidamento nel decidere gli investimenti (2). Le agenzie, alle quali la regolazione rimetteva il giudizio sull'affidabilità di certi investimenti, si premuravano dunque di avvertire che i loro *rating* non andavano utilizzati per investire. La situazione era sicuramente singolare (3).

(1) Come ha rilevato L.J. WHITE, *The Credit Rating Agencies in Journal of Economic Perspectives "the Security and Exchange Commission created a new category - nationally recognized statistical rating organization (NRSRO) - and immediate/y grandfathered Moody's, Standard&Poor's, and Fitch into the category"*.

(2) "Any user of the information contained herein should not rely on any credit rating or other opinion contained herein in making any investment decision". È la clausola adottata da *Standard & Poor's: Mood's* ne ha adottata una analoga.

(3) Secondo l'art. 2.4 della legge n. 130/1999 "nel caso in cui i titoli oggetto delle operazioni di cartolarizzazione siano offerti ad investitori non professionali, l'operazione deve essere sottoposta alla valutazione del merito di credito da parte di operatori terzi".

Per il legislatore italiano gli investitori professionali sono in grado di valutare direttamente i rischi. La dottrina ha proposto l'ampliamento della sfera del *rating* ritenendo che la valutazione sia necessaria quando l'investitore professionale acquista i titoli per collocarli successivamente presso il pubblico (v. RODFORD, *Cartolarizzazione dei crediti e tutela del risparmio*, in *Società*, 2000, p. 1167).

La CONSOB, come richiesto dal comma 5 dello stesso art. 2, con deliberazione n. 12175 del 2 novembre 1999 ha stabilito i requisiti di professionalità ed i criteri per assicurare l'indipendenza degli operatori che svolgono la valutazione del merito di credito e l'informazione sugli eventuali rapporti esistenti tra questi e i soggetti che a vario titolo partecipano all'operazione.

L'art. 2.1, lett. b) dispone che "alla formulazione del giudizio sul merito di credito concorrano persone che abbiano maturato un'esperienza direttiva non inferiore a tre anni in società o strutture aziendali specializzate nella valutazione dei crediti". Questi requisiti (comma 2) "si considerano posseduti dagli operatori attivi nel mercato dell'Unione Europea da almeno tre anni nell'attività di valutazione del merito di credito alla entrata in vigore del presente regolamento".

In pratica anche in Italia è stata confermata la posizione preminente delle tre società operanti da tempo nel mercato internazionale. V. in proposito DE VITIS, *Le società di rating*, in FERRO-LUZZI, *La cartolarizzazione, commento alla legge n. 130/99*, 2005, p. 232 e ss..

2. *Dall'Investor Pays all'Issuer Pays.*

Sempre negli anni '70 nel mercato del *rating* è intervenuta un'altra innovazione.

Sin da quando *Moody* aveva cominciato ad operare il pagamento era stato a carico dell'investitore, che lo aveva richiesto, per il quale era utile qualunque valutazione, positiva o negativa che fosse, purchè affidabile. Il suo interesse era, pertanto, non orientato cosicchè il fatto che il pagamento fosse a suo carico non faceva sorgere dubbi sulla affidabilità del giudizio.

Negli anni '70 le posizioni si sono invertite. Il pagamento ha cominciato ad essere a carico dell'emittente il cui interesse era per un *rating* favorevole, quindi orientato. La neutralità del rapporto economico è venuta così ad incrinarsi.

Per questo cambiamento sono state prospettate diverse ragioni. Secondo alcuni il vecchio sistema avrebbe favorito il *free-riding* perchè le fotocopiatrici, da poco entrate in uso, avevano consentito di avere rapidamente copie da chi aveva richiesto il *rating*, riducendo così le operazioni di mercato. Per altri sarebbe stato decisivo lo shock provocato dal fallimento nel 1970 del *Penn-Central Railroad* (4).

Sono queste ed altre solo ipotesi, nessuna del tutto convincente. Quello che non sembra contestabile è che chi ne poteva trarre beneficio erano le agenzie.

La ragione è stata già accennata. Mentre l'interesse degli investitori era per un giudizio attendibile, positivo o negativo che fosse, per gli emittenti non era lo stesso. Avrebbero pagato volentieri qualcosa di più per un giudizio favorevole, che comportava una riduzione del costo del loro debito.

Non è questo un sospetto dovuto a diffidenza preconcetta.

Nel 2008 davanti alla Commissione *Banking* del Senato degli Stati Uniti si sono avute diverse audizioni in materia.

Può essere lasciata da parte quella di Eric Kolchinsky, già analista presso *Moody's*, con la quale ha avuto un contenzioso. Non possono, invece, essere trascurate le dichiarazioni di Arturo Cifuentes (5) e di Mark Froeba (6).

L'esperienza del primo era vasta. Aveva lavorato in pratica in tutti i settori nevralgici: agenzie di *rating*, compagnie di riassicurazione, *hedge funds*, banche di investimento. In particolare, era stato *Senior Vice-Presidente* di *Moody* dal 1996 al 1999. A suo giudizio alle agenzie erano stati attribuiti troppi poteri, in particolare: definire il significato del *rating* adottato (come esempio ha richiamato il BBB, dove era fissato l'*investment grade*); stabilire le condizioni per l'assegnazione del *rating*; verificare se nei titoli esaminati ricorressero le condizioni volute; in tutti e tre i casi con la possibilità di cambiare a discrezione i criteri.

(4) Le ragioni di volta in volta addotte sono richiamate da W.J. WHILE, *op. cit.*, p. 214-215, che ha rilevato come il cambiamento del modo di pagamento ha aperto la porta al potenziale conflitto di interessi.

(5) [Banking.senate.gov/public/_files/opgstnet_Cifuentes/US Senate Hearings 222008.pdf](http://Banking.senate.gov/public/_files/opgstnet_Cifuentes/US_Senate_Hearings_222008.pdf)

(6) Banking.senate.gov/public/index.cfm

Ha indicato come particolarmente pericolosa la mancanza di quella che ha definito la Muraglia Cinese, vale a dire la separazione tra il *rating business* ed il *rating analysis*, per evitare che gli analisti fossero soggetti alla supervisione dei *managers*, il cui compenso dipende dall'entità dei ricavi e, quindi, degli utili. Il giro di affari non è di poco conto. Solo per fare un esempio, nel 2008 *Moody's* ha dichiarato ricavi per un miliardo ed ottocento milioni di dollari ed un utile di \$ 458 milioni (7).

Cifuentes ha, pertanto, concluso che, in mancanza della separazione tra i due settori (la Muraglia Cinese) c'era il pericolo reale che i *manager* finissero con l'esercitare una influenza indebita sugli analisti, le cui promozioni, i cui aumenti salariali ed i cui *bonus* si sarebbero dovuti legare alla esattezza delle analisi e non all'incremento degli utili della società e della sua quota di mercato.

Cifuentes, a quest'ultimo proposito, ha richiamato l'opinione di Mark Froeba, anche lui sentito dalla Commissione, avvocato a New York, dopo aver lavorato presso *Moody's* per un decina di anni nel *CDO group*, lasciando l'agenzia nel 2007, anche lui come *Senior Vice President*.

La sua dichiarazione ha preso le mosse dalla situazione normativa anteriore alla crisi finanziaria.

Le agenzie godevano di un monopolio *effective* nel mercato del *rating*, rafforzato dal fatto che la domanda per il loro prodotto monopolistico era non solo stimolata, ma addirittura imposta dalla normativa in vigore, mentre la giurisprudenza escludeva la loro responsabilità per danni. Segnalava, pertanto, alla Commissione la necessità di verificare che cosa non avesse funzionato perchè solo a questa condizione si sarebbero potuti predisporre rimedi efficienti.

Per l'indagine, secondo il suo parere, sarebbe stato indispensabile accertare la reale situazione di fatto attraverso informazioni assunte non a livello teorico o con colloqui con i *managers* delle agenzie, ma interpellando gli analisti incaricati. Solo attraverso interviste di questo genere con il maggior numero di analisti di ciascuna agenzia sarebbe stato possibile arrivare a sapere che cosa in effetti fosse successo e non quello che solo si supponeva.

Il primo rimedio anche per Froeba era la predisposizione di un *fire wall*, quella che Cifuentes ha poi chiamato Muraglia Cinese. In secondo luogo il divieto per i dipendenti delle agenzie di possedere azioni delle società *interested*. Il possesso di azioni - sono sempre osservazioni di Froeba - anche se non avesse condizionato i singoli *ratings*, avrebbe potuto provocare dubbi negli investitori, che invece non dovrebbero mai domandarsi se chi opera per le agenzie sia più sensibile agli interessi degli azionisti che a quelli degli inve-

(7) I. FENDER - J. MITCHELL, *Finanza strutturata: complessità, rischio e impiego dei rating* in *Rassegna trimestrale BRI*, giugno 2005, p. 79, richiamano la relazione annuale di *Moody's* per il 2003 secondo la quale solo per le operazioni di finanza strutturata è indicato un giro di affari di \$ 460 milioni, vale a dire oltre il 40% dei proventi da commissioni per l'assegnazione di *rating*.

stitori. Per la stessa ragione la qualità delle analisi e non la loro incidenza sugli utili dell'agenzia avrebbe dovuto incidere sulla remunerazione degli analisti. Froeba ha così confermato le perplessità di Cifuentes.

Questi interventi sarebbero stati tanto più necessari per il fatto che le agenzie non erano ritenute responsabili per i danni prodotti dalle loro previsioni sbagliate. La previsione di rimedi in caso di danni - ha tenuto a precisare - soprattutto se rilevanti, sarebbe servita non a fare un regalo agli investitori, ma a ripristinare la loro fiducia una volta che fosse chiaro che le agenzie non avrebbero potuto più assegnare *rating* sbagliati impunemente (*with impunity*).

Quando il *rating* di un certo livello è richiesto per la valutazione dei rischi di istituzioni finanziarie, come dalla *SEC* per i *broker-dealers*, dalla *Federal Reserve* per le banche e dalla *NAIC* per le società di assicurazione, secondo Froeba c'è un *compelling* interesse ed anche il dovere di disciplinare rigorosamente la materia. La delega alle agenzie non avrebbe, comunque, dovuto dispensare il governo dal provvedere ad un controllo serio.

A sostegno dell'utilità di sanzioni ha richiamato anche il parere di altri esperti.

Il valore di queste osservazioni non può essere svilito solo perché espresse in forma dubitativa. In particolare una delle domande dovrebbe mettere sull'avviso tra quelle che secondo Froeba si sarebbero dovute rivolgere agli analisti in sede di indagine, se cioè fossero state esercitate pressioni, dirette o indirette, per tenere conto, nel condurre le analisi, degli interessi dell'agenzia.

Proposta da chi era stato *Senior Vice President* di una delle maggiori agenzie, assumeva un significato al di là della forma (8).

3. Il rating sui bilanci statali.

L'indagine condotta dal Senato riguardava il mercato ordinario del *rating*, quello a richiesta.

I termini della questione sono diversi quando si passa al *rating* sui bilanci statali. Da parte degli Stati non c'è richiesta. Ci si dovrebbe, pertanto, domandare se le agenzie abbiano il diritto di valutare, senza richiesta, l'affidabilità di un bilancio statale e soprattutto di pubblicare la propria valutazione.

I giudici statunitensi, ai quali si sono rivolti alcuni soggetti (non lo Stato) per essere risarciti dei danni risentiti da *rating* non richiesti, hanno respinto la domanda in base al primo emendamento della Costituzione, secondo il quale "*il Congresso non potrà fare alcuna legge ... per limitare la libertà di parola o di stampa ...*". Le domande non erano fondate sulla illegittimità della valutazione per il solo fatto che non fosse stata richiesta, quindi in violazione della riservatezza, quanto sul carattere negativo del *rating* che aveva prodotto i danni.

(8) Circa i timori sui potenziali conflitti di interessi quando il servizio è prestato su incarico dell'emittente v. I. FENDER - J. MITCHELL, *Finanza strutturata: complessità, rischio e impiego dei rating*, già richiamato, p. 79 e L.J. WHITE, *The Credit Rating Agencies*, già richiamato, p. 215.

Se il *rating* è espresso a richiesta, tra le parti si instaura un rapporto contrattuale alla stregua del quale vanno risolte le questioni che possono sorgere. La parti vi avranno inserito tutte le clausole alle quali avevano interesse. Quando, in mancanza di richiesta, tra le parti non c'è un rapporto precostituito, diventano applicabili i principi sulla responsabilità extracontrattuale.

Non è il caso di soffermarsi ad esaminare la motivazione delle sentenze. Può essere sufficiente qualche osservazione di principio.

L'emendamento pone un limite al potere legislativo. Nei casi decisi, senza che fosse in discussione la legittimità di una norma, il giudice era chiamato a verificare se nell'esercizio della libertà di espressione, non messa in dubbio, l'agenzia si fosse spinta al di là del consentito.

Questo aspetto della questione, rilevante per la giurisprudenza europea, non lo è stato nella stessa misura per i giudici statunitensi, che per tradizione hanno una visione diversa dei rapporti tra libertà (la libertà di espressione e la tutela della sfera personale).

Nel giudizio non era coinvolto lo Stato la cui posizione particolare, se fosse stata interessata, avrebbe probabilmente comportato un'indagine almeno parzialmente diversa. Sulla questione di diritto statunitense non è necessario proseguire.

4. La funzione economica del rating sui bilanci degli Stati.

Il giudizio è espresso dalle agenzie nello svolgimento della loro attività economica, rivolta al mercato. Non costituisce, pertanto, pura espressione di pensiero, ma, come si vedrà, strumento per realizzare un utile economico.

Quelli utilizzati dalle agenzie sono dati personali, ai sensi dell'art. 4.1, lett. b) d. lgs. n. 196/2003. Poiché provengono da documenti conoscibili da tutti non è richiesto il consenso per il trattamento (art. 24.1. lett. c). Non è necessario soffermarsi sulla applicabilità della normativa richiamata alle persone giuridiche e, in particolare, allo Stato perché quello praticato dalle agenzie non sembra classificabile come trattamento dei dati perché non sono sottoposti alle operazioni elencate nell'art. 4.1, lett. a), ma solo utilizzati come informazioni per arrivare ad un giudizio secondo criteri che in gran parte sono tecnici.

Forse anche per questo, a quanto risulta, la questione non è finita all'esame del Garante (9).

Esclusa l'applicabilità del d. lgs. n. 196/2003, ci si deve domandare se sia

(9) Il Garante si è occupato delle agenzie di *rating* con provvedimento del 19 maggio 2010, n. 1736161 (Boll. n. 116/maggio 2010). I dati riguardavano il personale dell'agenzia e soggetti comunque in rapporto con essi.

La finalità del trattamento era la prevenzione di conflitti di interessi che si sarebbero potuti verificare se il personale avesse posseduto i titoli sottoposti ad analisi. Non erano prese in considerazione le posizioni di conflitto in cui si potrebbero trovare le agenzie e non i loro dipendenti, posizioni centrali nelle dichiarazioni rese alla Commissione del Senato degli Stati Uniti.

consentito, per svolgere un'attività economica a fini di lucro, interferire nella sfera altrui, producendo danni all'interessato.

La particolarità della questione richiede qualche ulteriore precisazione anche attraverso il richiamo di quanto è stato già detto.

Se il *rating* è a richiesta, si instaura tra le parti un rapporto contrattuale, che può essere modellato secondo le esigenze rispettive. L'agenzia avrà diritto ad un compenso, variabile da caso a caso, e il cliente potrà inserire anche la clausola di riservatezza del *rating*, che l'agenzia non potrà mettere in circolazione.

Nel caso di *rating* sui bilanci statali con lo Stato non c'è nessun rapporto preconstituito. L'iniziativa è della stessa agenzia, che di conseguenza non ha corrispettivi. Le operazioni, alle quali l'agenzia deve procedere, sono in genere complesse e costose. Se non ricavasse nessun'utilità, nemmeno in via indiretta, potrebbe sorgere qualche dubbio sulla legittimità dell'iniziativa. Si riproporrebbe la questione se sia consentito ad una società, che per definizione ha fini di lucro, svolgere un'attività per sua natura in perdita.

Non è necessario mettere in evidenza che in questo caso non si tratta di elargizioni per fini di interesse pubblico o di beneficenza. Non sembra facile far passare come fini di interesse pubblico la pubblicazioni di giudizi che interessano il mercato finanziario e che comportano lo spostamento di grandi quantità di risorse.

Va pertanto verificato se le agenzie trovino, o sperino di trovare, una compensazione per le spese che affrontano in qualcosa di diverso da un corrispettivo diretto.

In quanto prestatrici di servizi le agenzie hanno un loro mercato di riferimento, che è quello del *rating* a pagamento. Si può ritenere che quello del *rating* sui bilanci degli Stati costituisca un mercato autonomo?

Mercato, secondo la nozione ormai tradizionale, è quell'ambiente funzionale in cui si realizza il valore di scambio dei beni e dei servizi, dove la domanda si incontra con l'offerta. Senza la richiesta non si può instaurare nessun rapporto con il soggetto interessato, che *interessato* non può nemmeno essere definito perché nella maggioranza dei casi ha un interesse a non avere un *rating*. Il fenomeno resta del tutto unilaterale e la funzione di scambio va esclusa per definizione.

Se fosse configurabile un mercato autonomo, come gli amministratori potrebbero giustificare di fronte agli azionisti un'attività, svolta in perdita sicura, impegnando le strutture societarie specializzate in indagini costose? Non risulta che sia stata mai prospettata una responsabilità degli amministratori per danni alla società o agli azionisti e certamente non si può pensare che l'omissione sia dovuta a spirito altruistico.

Il *mercato* andrebbe escluso anche se l'attività, per ipotesi solo di scuola, fosse classificata di beneficenza, svolta per fine altruistico. Da una parte non ci sarebbe una *domanda* in senso tecnico, ma solo una posizione passiva di ri-

cezione delle prestazioni, la cui natura e la cui entità sono lasciate alla valutazione di chi vi provvede; dall'altra la prestazione non sarebbe rivolta ad avere una utilità economica, ma eventualmente solo a dare a chi la effettua una collocazione sul piano etico.

In proposito la giurisprudenza comunitaria ha già avuto occasione di pronunciarsi.

5. *Il rating sui bilanci sovrani ed il mercato di riferimento.*

Se l'attività di *rating* sui bilanci statali, considerata autonomamente, non va collocata in un mercato autonomo, non significa che sia estranea a ogni mercato.

Al *mercato*, quello dei *rating* a pagamento, gli Stati sono rimasti sinora estranei per una ragione che sembra evidente: la loro condotta finanziaria è condizionata da scelte di politica sociale, economica ed internazionale, assunte nell'esercizio della propria sovranità. Non avrebbe senso che ne richiedessero la convalida a soggetti privati, come le agenzie, che applicano (o che dovrebbero applicare) criteri solo economici o di finanza. Ciò malgrado, subiscono *rating* ad iniziativa delle agenzie. Per questo è stato affacciato il dubbio che i *rating*, proprio perchè non richiesti, siano tenuti bassi per esercitare una sorta di ricatto sugli emittenti privati in modo da indurli a richiederli a pagamento, prevedibilmente migliori (10).

Un *rating unsolicited* negativo può produrre al soggetto emittente danni molto maggiori dei vantaggi di uno positivo. Che sia o non fondato il dubbio, non può negarsi che di fatto ci sia una spinta per le società a richiedere *rating* a pagamento, che statisticamente sono più favorevoli di quelli *unsolicited* (11).

(10) V. CHRISTINA E., BANNER, PATRICK BEHR, ANDRÉ GUTTLER, *Do unsolicited ratings contain a strategic rating component?* p. 3 e ss. (2008), www.frankfurt-school.de/content/e_u/fipema/research/publications.html. Degli stessi Autori v. anche *Rating opaque borrowers: why are unsolicited ratings lower?* (2009), <http://hdl.handle.net/10419/30175>. V. anche L. WHITE, *op. cit.*, p. 216. Qualche accenno si trova anche nella dichiarazioni di Froeba alla Commissione senatoriale.

P. VAN ROY, *Is there a difference between solicited and unsolicited ratings and if so. why?*, NBB, Working paper n. 79, February 2006. p. 1-2, dopo aver richiamato le statistiche SEC, secondo le quali i *rating unsolicited* non risultavano altrettanto favorevoli di quelli *solicited*, ne ha prospettato anche una ragione alternativa. Quando il *rating* è richiesto gli emittenti procedono ad una *self-selection*, nel senso che l'interesse è soprattutto di quelli che, consapevoli della propria buona condizione, possono fare affidamento su un *rating* elevato. In questo caso, inoltre, le agenzie ottengono più informazioni da parte del richiedente, mentre i *rating* non richiesti nella maggior parte dei casi sono fondati su informazioni desumibili dalle relazioni annuali pubblicate e quindi tendono ad essere *more conservative*.

(11) In BANNER, BEHR e GUTTLER. *op. cit.*, p. 2 è richiamata un'indagine della SEC del 2005 secondo la quale i *rating* non richiesti risultavano più bassi di quelli emessi a pagamento. V. le tabelle che vi sono riportate. In particolare è messo in evidenza l'interesse della agenzia ad operare nei paesi in via di sviluppo: *"In developing countries, unsolicited ratings are even more common. thus corroborating the 'business expansion' argument. Interestingly, however: particularly the biggest rating agencies seem to use the concept of unsolicited ratings to penetrate new markets. As such, unsolicited ratings are often criticized as additional barriers to entry into the rating industry by increasing the market power of the already large rating agencies rather than opening up competition"*.

La situazione che si è venuta a creare è tale che soggetti, che già per operare nei mercati finanziari devono affrontare in ogni caso dei rischi, si trovano esposti ad iniziative altrui tanto più frequenti quanto più possono riuscire dannose, senza la possibilità di impedirle e, almeno secondo la giurisprudenza statunitense, senza nemmeno la possibilità di essere risarciti dei danni prodotti da *rating* sbagliati.

Intenzioni più o meno ricattatorie possono essere escluse nei confronti degli Stati che non richiedono *rating* sui loro titoli e che pertanto non possono essere indotti a farlo, qualunque sia il mezzo adottato. I *rating* negativi che subiscono non sono, peraltro, senza effetti per le tre agenzie che attraverso di essi, per i danni che sono capaci di produrre, vedono rafforzata la loro posizione di mercato (12). Da qui l'interesse ad emettere *rating* non richiesti, soprattutto se sono negativi. Più negativi essi sono, maggiori sono gli effetti, più temibili diventano le agenzie.

E non è senza significato che i *rating* unilaterali, prevalentemente negativi, siano emessi anche nei confronti degli operatori economici, potenziali soggetti del mercato, che possono per questo essere indotti a richiederli (13).

Le agenzie sono andate anche oltre. Hanno ideato l'*outlook* negativo. Se non sono in grado o non hanno temporaneamente interesse ad emettere un nuovo *rating* peggiorativo, cominciano ad annunciare che negative sono le previsioni. Lo Stato, che ne è destinatario, si viene così a trovare in una situazione ambigua, ma già produttiva di danni, destinata a durare per un tempo non prevedibile.

Se limitarsi ad un *outlook*, se emettere un *rating*, quando emetterlo e nei confronti di chi, vale la pena di ripeterlo, sono tutte iniziative lasciate alla scelta, ed agli interessi, delle agenzie, che decidono anche, sempre autonomamente se, quando ed in quale forma pubblicarli.

6. La pubblicazione del *rating* unsolicited.

Se le agenzie si fermassero alla redazione dei *rating* non sorgerebbero questioni o, se sorgessero, sarebbero di interesse minore. Potrebbero costituire materiale di ricerca, utile per avere una visione complessiva dei mercati finanziari della quale tenere conto nella elaborazione dei *rating* richiesti.

Che gli obiettivi siano ben diversi è dimostrato dal fatto che tutti i *rating* vengono pubblicati, scegliendo anche il tempo in cui possano produrre i danni maggiori.

(12) Thomas L. Friedman, in una intervista riportata dal *New York Times* (richiamata da White, citato, p. 216) già nel 1996 sosteneva: "Secondo me ci sono oggi nel mondo due superpotenze. Ci sono gli Stati Uniti, e *Moody's Bond Rating Service*. Gli Stati Uniti possono distruggerti buttando delle bombe, e *Moody's* ti può distruggere degradando i tuoi *bonds*. E credetemi, spesso, non è chiaro chi è più potente".

(13) Nel 1998 la *Hannover Re*, società tedesca di riassicurazione, dopo aver rifiutato il servizio di *rating* da parte di *Moody's*, si è vista assegnare dall'agenzia un pessimo *rating unsolicited* (v. BANNER, BEHR e GUTTIER, *op. cit.*, p. 3). Un caso analogo è richiamato da L.J. White, *cit.*, p. 216.

Se ce ne fosse stato bisogno, una prova ulteriore si è avuta recentemente. Dopo che la Grecia, ricevuta una valutazione ben al di sotto dell'*investment grade*, aveva provveduto a misure di notevole rigore finanziario, le agenzie hanno subito peggiorato ulteriormente la loro valutazione.

Che il nuovo *rating* e, soprattutto la sua pubblicazione, fossero rivolti agli investitori per metterli al corrente dei rischi che avrebbero potuto correre, va escluso senz'altro. Non solo i *rating* precedenti, ma soprattutto le lunghe discussioni intergovernative nell'ambito dell'Unione Europea, erano state anche in eccesso per avvertirli. L'obiettivo non può essere stato che un altro: sottolineare presso l'opinione pubblica specializzata che le agenzie erano giudici assoluti dell'affidabilità anche politica degli Stati, al di sopra degli organi nazionali e della stessa Unione. Il *rating*, infatti, non era rivolto solo alla Grecia, ma anche alle misure finanziarie disposte dall'Unione, considerate inefficienti.

Quali erano gli interessi in gioco?

Da una parte La Grecia, le cui misure già prese, fortemente penalizzanti nei confronti dei contribuenti e soprattutto dei lavoratori subordinati, secondo la maggioranza dei commentatori avrebbero provocato un aggravamento della recessione e che, a seguito del nuovo *rating*, poteva essere costretta a prendere ulteriori provvedimenti restrittivi. Dall'altra le agenzie, il cui solo interesse era al consolidamento della loro posizione, quasi di giudici di ultima istanza, anche a costo di provocare danni forse insostenibili ai contribuenti di uno Stato già in difficoltà.

Che il loro scopo fosse di produrre i danni maggiori è dimostrato dal tempo della pubblicazione.

La pubblicazione immediata dopo le misure della Grecia e dell'Unione non era necessaria. Ha giovato non agli investitori, che erano in allarme da tempo, ma solo alle agenzie stesse che, per consolidare la loro posizione di mercato, sono passate sopra agli interessi di un'intera nazione.

Prima della prudenza, la correttezza avrebbe dovuto suggerire di aspettare i possibili effetti dei provvedimenti già presi per valutarli a consuntivo.

Il *rating*, ulteriormente negativo e pubblicato a breve scadenza, era fondato più che su argomenti di finanza, su di una valutazione politica della capacità, oltre che della Grecia di attuare le misure già prese, anche dell'Unione di essere in grado di sostenerla nelle forme e nella misura sufficienti. Le agenzie, da soggetti che sul mercato forniscono servizi tecnici a richiesta, si sono così investite da sole del potere di sottoporre a giudizi definitivi di politica economica e finanziaria tutti gli operatori mondiali, Stati compresi. Tra questi ultimi anche gli Stati Uniti che sono stati avvertiti del rischio di un ritocco al ribasso del loro *rating*.

7. La situazione attuale.

L'attività del *rating* ha, dunque, assunto un funzione ben diversa dall'originaria per iniziativa delle tre agenzie che occupano il mercato quasi per l'in-

tero e che del tutto autonomamente hanno deciso di estenderla al settore pubblico, compreso quello statale, senza esserne richieste.

Da soggetti privati, hanno svolto tradizionalmente attività di valutazione dell'affidabilità di titoli di natura diversa, negoziati sui mercati di riferimento. Questa loro attività si è svolta per lungo tempo nella sua forma propria. Il servizio era reso all'investitore interessato a comprare i titoli, a carico del quale era di conseguenza il corrispettivo.

Col tempo - non è necessario ricercarne le ragioni - si sono avuti mutamenti sostanziali. Il corrispettivo è finito a carico dell'emittente dei titoli il cui interesse era per una valutazione positiva. È arduo pensare che l'emittente potesse essere interessato anche ad un *rating* negativo, come se non fosse già al corrente dei punti di debolezza dei titoli emessi o che si stava preparando ad emettere.

Come si sa, il mercato più esteso e più rischioso è diventato quello dei derivati che sono meglio valutabili da chi li ha costruiti o a contribuito a costruirli, che ne conoscono a fondo la struttura.

Una volta che l'interesse non era più bifronte come quello degli investitori (positiva o negativa che fosse la valutazione), ma era orientato verso un *rating* positivo, poteva sorgere il dubbio che l'emittente per averlo fosse disposto a pagare anche qualcosa di più. Chi nella nuova situazione restava estraneo al rapporto era l'aspirante sottoscrittore, quello che all'origine aveva stimolato il mercato.

Fino a qui si potrebbe dire che erano affari degli interessati, di chi chiede e paga il *rating* e di chi se ne fida.

Nel frattempo è intervenuto anche un altro mutamento, che con i meccanismi di mercato ha poco a che fare. Sempre le stesse tre agenzie si sono messe a valutare anche i bilanci di chi non ne aveva fatto richiesta, compresi gli Stati. Per questi ultimi si è creata una situazione realmente singolare. Il bilancio di uno Stato - l'osservazione è banale - non è formato con criteri soltanto economici. Vi sono voci - quelle più rilevanti - per i servizi che lo Stato deve prestare necessariamente. Fino a quale limite le spese possano essere sostenute e fino a quale limite in corrispondenza possa essere portata la pressione tributaria per farvi fronte, è rimesso alla valutazione dello Stato, che deve tenere conto della situazione complessiva.

Anche questa è un'osservazione banale che viene fatta perché sembra trascurata.

Ogni giudizio sui bilanci degli Stati, non a caso definiti nel gergo degli addetti ai lavori come *sovrani*, non può essere condotto con criteri soltanto economici o finanziari. Di questo sono ben consapevoli le agenzie. Recentemente, esprimendosi su alcune misure prese dall'Italia, ritenute corrette, alcune delle tre agenzie hanno abbassato il *rating* precisando che era fondato su valutazioni politiche, vale a dire sui dubbi, legati alla situazione interna, che quelle misure possano essere attuate correttamente.

A questa affermazione non si è avuta una reazione appropriata o, se c'è stata, è rimasta un po' nell'ombra.

Non mancano motivi per essere quanto meno perplessi. Da una parte ci sono soggetti privati, con fini di lucro, che ricavano i loro utili da *rating* che emettono a richiesta, con i corrispettivi a carico della parte che non sembra proprio la più titolata. Dall'altra ci sono gli Stati, enti sovrani che svolgono una serie di attività economiche con criteri ben diversi da quelli di chi persegue fini di lucro. Ebbene i primi giudicano dell'affidabilità dei bilanci dei secondi senza che nessun glielo abbia chiesto, scegliendo i tempi in cui farlo, le fonti delle informazioni, i criteri secondo i quali valutarli e gli indici di valutazione. E questo senza che gli Stati, benché enti sovrani ed interessati in senso contrario, possano impedirlo.

8. *La posizione dominante delle agenzie nel mercato dell'Unione Europea.*

Per la mancanza di qualsiasi rapporto tra agenzie e Stato, quest'ultimo, come si è già accennato, potrebbe fondare pretese risarcitorie solo sulle norme in materia di illecito extracontrattuale.

Il giudizio presenterebbe difficoltà di non poco conto per la complessità delle questioni che sorgerebbero.

Andrebbe accertato:

- se le agenzie possano a discrezione procedere alla emissione di *rating* ed alla loro pubblicazione;
- se rispondano già per il fatto di aver proceduto unilateralmente, indipendentemente dalla natura dei *rating*;
- se un danno sia profilabile solo in caso di *rating* negativi;
- se per la risarcibilità sia necessaria la prova della loro inattendibilità.

Se la risposta fosse positiva per il primo quesito e negativa per il secondo, la prova a carico dello Stato non sarebbe agevole.

Il *rating* è fondato sulla previsione del rischio. Il rischio non significa che il danno si verifichi sicuramente, ma solo che ce ne è la probabilità. Il rimborso dei titoli senza difficoltà non sarebbe un dato sufficiente. Bisognerebbe accertare che la previsione del rischio sia stata sbagliata, quindi attraverso una indagine tecnica con tutte le complicazioni conseguenti.

Piuttosto che risarcire i danni una volta prodotti sarebbe più utile ed equo cercare di evitarli con mezzi preventivi. In prima fila si troverebbero quelli approntati dalla normativa sulla concorrenza.

Data l'estensione del mercato rilevante non c'è dubbio che andrebbe applicata la normativa comunitaria, oggi dell'Unione Europea.

Ponendosi dal punto di vista dell'art. 101 TFUE la figura di intesa sulla quale vale la pena di indagare è la pratica concordata.

Non mancano elementi indicatori. Tutte le agenzie hanno adottato non solo il *rating*, ma anche l'*outlook* negativo. L'*outlook* poteva rappresentare una

innovazione introdotta dall'agenzia che l'aveva adottato per prima. Le altre, utilizzandolo a loro volta, hanno dimostrato di volersi conformare alla iniziativa della prima realizzando così l'elemento tipico della pratica concordata.

I loro *rating* negativi si inseguono a breve distanza di tempo. Tutte e tre, una volta abbassato il *rating* allo Stato, assegnano lo stesso anche alle imprese, in particolare alle banche, che operano all'interno dello Stato. È questo in criterio la cui validità è stata sinora solo affermata, ma non dimostrata. Che, in mancanza di una valida dimostrazione, sia seguito da tutte e tre le agenzie è anche questo un indice significativo della cooperazione consapevole che realizza la pratica concordata (14).

È fuori discussione che sia interessato il commercio comunitario.

A quello dei *rating unsolicited*, non essendo un mercato, non possono essere applicate le norme sulla concorrenza. L'emissione coordinata di *rating* negativi non solo induce i possibili *clienti* a richiederli per la maggiore probabilità che siano positivi, ma contemporaneamente rafforza la posizione delle tre agenzie perché, attraverso l'entità dei danni che sono capaci di produrre agli Stati, dimostrano la efficacia delle loro valutazioni.

Le condizioni sarebbero più che sufficienti per domandarsi se l'art. 101 TFUE sia stato violato. Ma è l'art. 102 TFUE che sembra meglio applicabile, tenendo presente che la sua applicazione non sarebbe incompatibile con quella dell'art. 101.

Alla costituzione dell'oligopolio, come si è visto, ha contribuito la normativa statunitense che ha richiesto *rating* di un certo livello per classificare affidabile un numero sempre maggiore di investimenti. L'oligopolio non è stato scalfito, ma confermato con la istituzione della NRSRO (15).

Sin dall'inizio, e sicuramente negli ultimi tempi, hanno raggiunto una posizione dominante collettiva, rafforzata dopo che tutte insieme hanno cominciato ad emettere *rating unsolicited* sui bilanci statali.

Questa loro posizione si proietta anche sul mercato comunitario. Negli ultimi tempi i bilanci statali presi di mira sono stati in prevalenza quelli dell'Unione tanto da far pensare che le agenzie stessero contribuendo ad un attacco all'euro piuttosto che alle finanze degli Stati.

Il coordinamento che costituisce la condizione perché possa riscontrarsi una posizione dominante collettiva è riscontrabile nei fatti. I *rating unsolicited* di tutte e tre sono nella maggior parte negativi. L'iniziativa è presa a turno. Dopo il primo, stando ai dati disponibili, non risulta che siano stati emessi *rating* con-

(14) Come noto, è la formula adottata dalla Corte di Giustizia nella sentenza 14 luglio 1972, *ICI* (n. 48/69).

(15) "... the Security and Exchange Commission created a new category - 'nationally recognized statistical rating organization' (NRSRO) - an immediately grandfathered Moodys, Standard & Poors, and Fitch into the category" (L.J. WHITE, loc. cit., p. 214). Le tre agenzie hanno così continuato a trovarsi in posizione dominante (v. p. 217).

trastanti da parte delle altre agenzie che, al massimo, si sono limitate a tacere.

La spiegazione non può essere trovata nel fatto che le analisi sono condotte secondo principi di tecnica economica e finanziaria che, se applicati correttamente, portano alle stesse conclusioni. Lo hanno smentito le stesse agenzie. Dopo che alcuni Stati hanno preso misure serie di risanamento dei bilanci, per confermare i loro *rating* negativi hanno riconosciuto di aver adottato parametri politici.

C'è quanto è sufficiente per ritenere che la loro sia da tempo una posizione dominante collettiva anche nel mercato dell'Unione.

9. La configurabilità di un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE.

Resta da vedere se siano incorse in un abuso.

La situazione presenta alcune particolarità. Non è consueto che in un mercato, del quale sono soggetti le agenzie e coloro che richiedono *rating* sui titoli emessi o da emettere, restino coinvolti degli Stati, che non solo non hanno fatto richiesta di valutare i loro bilanci, ma che, se lo potessero, lo impedirebbero.

Il rapporto tra gli interessi in gioco è squilibrato. Da una parte imprese, quindi con fini di lucro, che prendono iniziative a loro discrezione per rafforzarsi nella posizione dominante nel mercato di riferimento, dall'altra soggetti che perseguono interessi generali, che non sono in grado di sottrarsi ai danni conseguenti.

A questo proposito c'è da sottolineare che le agenzie scelgono non solo come e quando intervenire, e nei confronti di chi, ma anche il tempo della pubblicazione dei *rating*, che può incidere, e non poco, sull'entità dei danni. Non può essere considerato un caso che la pubblicazione intervenga quasi sempre quando sono prevedibili danni maggiori.

Se poi si guarda ai soggetti che ne possono trarre dei vantaggi le perplessità aumentano. I *rating*, stando alla situazione attuale, non si possono più considerare emessi nell'interesse degli investitori, che non li richiedono e non li pagano. Che il loro interesse non sia tenuto in considerazione è confermato dalle stesse agenzie, che hanno avuto la cura di precisare che sulle loro valutazioni non si può fare affidamento per investimenti.

Su questo mutamento del mercato è necessario insistere.

Non è stato possibile verificare se in coincidenza con il passaggio dell'onere agli emittenti l'ammontare dei corrispettivi sia aumentato (16). Il fatto che i *rating unsolicited* non fossero emessi quando l'onere economico era a carico degli investitori (almeno non è stato possibile trovarne; se anche ce ne

(16) Secondo alcuni, come si è visto, il mutamento si sarebbe reso necessario perché il *rating* attraverso le fotocopie sarebbe potuto pervenire anche a soggetti diversi dai richiedenti. Una volta che il pagamento è passato a carico dell'emittente ed è diventato necessariamente unico, tutto lascia presumere che l'ammontare del corrispettivo sia aumentato.

fossero stati, sono restati poco noti al pubblico) e che siano andati aumentando dopo l'inversione economica, non può ugualmente essere considerato una semplice coincidenza.

Per l'accertamento di un eventuale abuso di posizione la competenza è della Commissione dell'Unione Europea, il cui intervento sarebbe utile sia perché consentirebbe di chiarire la situazione con tutte le garanzie del contraddittorio sia perché già il solo **su inizio** potrebbe suggerire una maggiore prudenza.

Sarebbe questa non una minaccia odiosa, ma un tentativo di rimediare ad una situazione alla quale non è stata prestata forse l'attenzione che meritava.

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia si trovano già gli elementi utili.

"In mancanza di espresse disposizioni, non si può ritenere che il Trattato, il quale vieta all'art. 85 talune decisioni di semplici associazioni di imprese che alterino la concorrenza senza eliminarla, ammetta tuttavia all'art. 86 come lecito il fatto che determinate imprese, collegandosi in un'unità organica, possano raggiungere una posizione dominante tale da escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza. ... Qualora infatti fosse sufficiente, per eludere i divieti di cui all'art. 85, che nell'ambito delle intese i rapporti tra imprese siano così stretti da sottrarle all'applicazione del suddetto articolo senza ch'esse ricadano sotto l'art. 86, diverrebbe lecito, in contrasto con i principi fondamentali del mercato comune, l'isolamento di una parte sostanziale di questo mercato" (17),

"La nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti e servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza" (18).

Che i mezzi utilizzati dalle agenzie siano "diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale" non sembra che abbia bisogno di essere dimostrato.

La Corte di Giustizia in più di un'occasione ha anche chiarito che il comportamento dell'impresa può produrre i suoi effetti anche su un mercato distinto da quello nel quale l'impresa ha la sua posizione dominante.

"... Il giudice comunitario ha definito illeciti taluni comportamenti su mercati diversi dai mercati dominati, che producevano effetti su questi ultimi" "È esatto dire che l'applicazione dell'art. 86 presuppone l'esistenza di un nesso tra

(17) Si è trascritto dalla sentenza 21 febbraio 1973, *Continental Can*, (n. 6172), punto 25.

(18) Sentenza 13 febbraio 1979, *Hofmann - La Roche*, (n. 85/76), punti 90-91.

la posizione dominante e il comportamento che si asserisce abusivo ..." (19).

Nel caso in esame, dove il mercato è solo uno, l'indagine viene ad essere più facile. Il comportamento da valutare presenta un'anomalia maggiore perché tenuto fuori mercato e con criteri che con quelli di mercato hanno poco a che fare.

Considerato di per sé, un comportamento del genere, in quanto svolto in perdita e con danni allo Stato il cui bilancio è valutato, andrebbe evitato dall'agenzia nel suo stesso interesse. Se visto in connessione con il mercato del *rating*, si coglie il pregiudizio alla concorrenza.

La richiesta di *rating*, stimolata dal timore di riceverne uno non richiesto, produce due effetti, entrambi distorsivi: nella maggior parte dei casi il *rating* sarà più favorevole di quello che sarebbe in condizioni normali, come è confermato dai dati statistici già richiamati; chi lo ha richiesto, e pagato, si mette al sicuro da un *rating unsolicited* e quindi dalla probabilità, anche essa confermata dalle statistiche, che sia negativo. Gli investitori finiscono così con avere indicazioni inattendibili, di cui sono consapevoli le stesse agenzie, che non a caso sono ricorse alle clausole di garanzia richiamate (20).

Se l'abuso fosse accertato, gli effetti dannosi potrebbero essere evitati imponendo, ad esempio, alle agenzie di astenersi da *rating unsolicited*, a secondo dei casi nei confronti di tutti o solo di alcune categorie di soggetti.

Una volta che i danni si fossero prodotti, chi li ha subiti, compresi gli Stati, ne potrebbero chiedere il risarcimento.

È un principio ormai consolidato che chi viola il diritto dell'Unione è tenuto al risarcimento nei confronti di chi ha subito i danni prodotti dalla violazione (21) ed è tenuto secondo le norme comunitarie.

In sede europea non sarebbe agevole la difesa fondata sulla libertà di espressione, fatta valere con successo davanti ai giudici statunitensi. Sarebbe in discussione non la libertà, garantita sia dall'ordinamento dell'Unione che da quelli nazionali, ma il modo in cui viene esercitata. Se si possa correttamente far valere quella libertà quando il fine reale perseguito non è la espressione del proprio pensiero, ma il conseguimento di un beneficio con danni per altri, sarebbe rimesso alla Corte di Giustizia.

Una considerazione finale, che può sembrare banale, ma che vuole cogliere l'aspetto concreto della questione. La normativa *antitrust*, per prima quella statunitense, mira a tutelare la *fair competition*. Sembra piuttosto azzardato definire *fair* quella praticata dalle tre agenzie.

(19) Sentenza 14 novembre 1996, *Tetra Pack* (C-333/1994), punti 25 e 27.

(20) La posizione degli investitori è ulteriormente pregiudicata dal fatto che le tre agenzie sono *somewhat reluctant* a rendere noto se il *rating* pubblicato è stato commissionato o non (v. BANNIER, BEHR e GUTTIER, cit. p. 2), impedendo così di conoscere su quale tipo di informazioni il *rating* sia fondato.

(21) Il principio risale alla sentenza 16 dicembre 1969, *Humble*, 6/60, punto 2. Ha trovato poi conferma definitiva nella sentenza 19 dicembre 1991. *Francovich*, C-6 e C-9/1990.

LE DECISIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

Note minime sulla vendita dei farmaci di fascia C nelle parafarmacie

CORTE DI GIUSTIZIA UE, QUARTA SEZIONE, SENT. 5 DICEMBRE 2013, CAUSE C-159, 160 E 161/2012

*Fabrizio Urbani Neri**

1. La Corte di Giustizia si è pronunciata sulla compatibilità o meno del divieto di cui all'art. 32 comma 1 *bis* D.L. n. 201 del 6 dicembre 2011 conv. in L. n. 214/2011 con i principi fissati dall'Unione europea, artt. 49 e ss. del TFUE.

Più specificatamente, il conflitto con il TFUE si era posto con riguardo ai farmacisti abilitati e iscritti al relativo ordine professionale ma titolari di parafarmacie - esercizi commerciali non ricompresi nella pianta organica del S.S.N. -, ai quali il sistema italiano preclude di distribuire al dettaglio i farmaci soggetti a prescrizione medica su "ricetta bianca", posti cioè a totale carico del cittadino e non del Servizio Sanitario Nazionale.

L'art. 32 comma 1 *bis* del decreto legge n. 201 del 6 dicembre 2011, conv. in legge n. 214/2011, stabilisce che *“Il Ministero della salute, sentita l’Agenzia italiana del farmaco, individua entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto un elenco, periodicamente aggiornabile, dei farmaci di cui all’articolo 8, comma 10, lettera c), della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni, per i quali permane l’obbligo di ricetta medica e dei quali non è consentita la vendita negli esercizi commerciali di cui al comma 1”*.

In fatto la controversia era sorta a seguito dei ricorsi al Tar Lombardia presentati da tre farmaciste iscritte all'ordine professionale di Milano per ottenere l'annullamento del diniego del Ministero della Salute all'autorizzazione a vendere, nelle rispettive parafarmacie, medicinali soggetti a prescrizione medica con pagamento interamente a carico del cliente (cosiddetti farmaci di fascia C).

Il diniego era motivato dal fatto che la normativa nazionale autorizza la vendita di simili medicinali solo nelle farmacie.

Il Tar Lombardia chiedeva, quindi, alla Corte di Giustizia di pronunciarsi, spiegando se il divieto contenuto nel sistema italiano fosse o meno compatibile con i principi fissati dall'Unione europea.

2. L'incerto panorama normativo nazionale è stato caratterizzato, negli

(*) Avvocato dello Stato.

ultimi anni, da una progressiva apertura alle parafarmacie della possibilità di vendere, alla presenza di un farmacista, medicinali e medicinali, la cui vendita era sempre stata limitata all'interno dell'esercizio farmaceutico previsto nella pianta organica del S.S.N..

Così, da una norma-base, qual'era quella fissata all'art. 122 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265 (Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie), per la quale *“La vendita al pubblico di medicinali a dose o forma di medicamento non è permessa che ai farmacisti e deve essere effettuata nella farmacia sotto la responsabilità del titolare della medesima”*, il legislatore aveva acceduto ad una mitigazione del rigore del principio con l'art. 5 comma 1 del decreto-legge n. 223 del 4 luglio 2006 conv. in legge n. 248/2006 (Interventi urgenti nel campo della distribuzione di farmaci), con cui si disponeva che *“Gli esercizi commerciali di cui all'articolo 4, comma 1, lettere d), e) e f), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione, di cui all'articolo 9-bis del decreto-legge 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405, e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica”*.

Infine, sopraggiungeva il menzionato art. 32 della novella del 2011, che pur consentendo teoricamente la vendita dei farmaci di cosiddetta fascia C anche alle parafarmacie, ne subordinava il commercio alla previa autorizzazione del Ministero della Salute.

3. Di qui i dubbi sollevati dalla giurisprudenza amministrativa, confluiti nell'ordinanza di rimessione del Tar Lombardia della questione pregiudiziale al giudice comunitario (1), con la quale l'adito Tar di Milano, superando la clausola di salvaguardia a favore del Ministero della Salute, chiedeva, in sostanza, di dichiarare la novella del 2011 incompatibile con il sistema comunitario e con la realtà del libero mercato, in base alla considerazione, per la quale *“non sembrano esserci motivi che possono giustificare una tale restrizione all'esercizio di una libertà economica, né vi è alcuna motivazione legata all'obiettivo di ripartire in modo equilibrato le farmacie nel territorio nazionale, né di aumentare la sicurezza e qualità dell'approvvigionamento della popolazione di medicinali,*

(1) Così anche il T.A.R. Sicilia Catania Sez. IV Ordinanza, 23 ottobre 2012, n. 2491, rimetteva la questione alla Corte di Giustizia; **diversamente il Tar Reggio Calabria, con ordinanza del 9 maggio 2012, n. 333**, rimetteva la questione alla Corte Costituzionale, affermando che *“Il diniego nei confronti dell'istanza da parte di un titolare di esercizio farmaceutico, cd. parafarmacia, all'autorizzazione alla vendita di medicinali con obbligo di ricetta medica non soggetti a rimborso S.s.n., motivato dalla normativa di cui all'art. 5 della legge n. 248 del 2006 (peraltro confermata dal recente art. 32 del D.L. n. 201 del 2011, convertito con modificazioni, in legge 22 dicembre 2011, n. 214), non contrasta con le disposizioni europee che demandano tale responsabile competenza agli Stati membri, mentre vi sono i presupposti per la rimessione della questione alla Corte costituzionale ai fini di verificare se la limitazione della libertà di iniziativa economica privata sia giustificata, o meno, da ragioni di utilità sociale”*. La Corte Costituzionale ha fissato udienza pubblica al prossimo 8 luglio 2014.

di un eccesso di consumo o di ammontare di risorse pubbliche assorbite”.

Al riguardo è da menzionare anche l’arresto del T.A.R. Lombardia Brescia Sez. II (ord. 8 maggio 2012, n. 787), che ben esprimeva la diversa sensibilità in materia della giurisprudenza, affermando che *“Da alcuni anni l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) evidenzia che nella regolamentazione dell’attività delle farmacie occorre introdurre un maggiore livello di concorrenza (compresa la possibilità di differenziare le strategie commerciali, a partire dagli orari di apertura). La finalità del nuovo approccio è di favorire in primo luogo i consumatori, sotto forma di competizione sui prezzi e sulla varietà dei servizi accessori, ma anche di rafforzare la struttura imprenditoriale delle farmacie: queste ultime infatti in seguito all’ingresso sul mercato delle parafarmacie di cui all’art. 5 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 devono potersi difendere ad armi pari disponendo di maggiore flessibilità nel posizionamento della propria offerta per intercettare ogni segmento di clientela potenziale. In sintesi l’AGCM afferma, condivisibilmente, che la tutela della salute dei cittadini non è incompatibile con più elevati livelli di concorrenza nella vendita al dettaglio dei farmaci, il che dovrebbe condurre a considerare gli orari di apertura non come un limite invalicabile ma piuttosto come il servizio minimo da garantire ai cittadini. Gli auspici dell’AGCM sulla piena liberalizzazione degli orari e dello svolgimento del servizio in ogni settore commerciale hanno trovato concretizzazione in alcuni recenti interventi legislativi [v. art. 3 commi 7 e 8 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138; art. 3, c. 1, lett. d-bis del D.L. n. 223/2006, come modificato dall’art. 31 del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201; art. 1 commi 1 e 2 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1]. Sono ora ammissibili soltanto limitazioni proporzionate a specifiche finalità pubbliche, il che evidentemente non consente di ritenere esclusa dal nuovo regime l’intera attività di vendita al dettaglio dei farmaci per il solo fatto che sussiste un collegamento con la tutela della salute (le deroghe alla liberalizzazione devono essere direttamente funzionali a garantire ciascuna un aspetto dell’interesse pubblico)”.*

L’importanza della decisione della Corte di Giustizia deriva, quindi, dalla soluzione del contrasto degli opposti principi della libera concorrenza, da un lato, e della tutela della salute, dall’altro, che caratterizzano, appunto, le ultime caute aperture al mercato del legislatore nazionale.

4. La Corte di Giustizia, previa riunione di tre cause, tutte vertenti su identico *petitum* e *causa petendi*, ha affermato che:

a) il titolare di una parafarmacia, contrariamente al titolare di una farmacia, non può commercializzare i medicinali soggetti a prescrizione medica ed è, quindi, escluso da determinate quote del mercato dei medicinali in Italia e, di conseguenza, dai relativi benefici economici (par. 34);

b) l’obiettivo di garantire alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità può giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento (par. 46);

c) se non ci fosse alcuna pianificazione nell’ubicazione delle farmacie,

le farmacie potrebbero concentrarsi in località reputate attraenti, mentre in località meno attraenti si rischierebbe di non trovare un numero di farmacie sufficiente ad assicurare un servizio farmaceutico sicuro e di qualità (par. 53).

Alla luce delle suesposte premesse, la Corte di Giustizia ha affermato che *“L’articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che non consente a un farmacista, abilitato e iscritto all’ordine professionale, ma non titolare di una farmacia compresa nella pianta organica, di distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall’acquirente”*.

5. Le perplessità del Tar remittente riguardavano se il principio di libera concorrenza poteva ritenersi violato, nel caso in cui il farmacista che svolge in Italia attività quale titolare di una parafarmacia resta escluso dal settore commerciale relativo al mercato dei medicinali soggetti a prescrizione medica, il cui prezzo è pagato interamente dall’acquirente.

Dette preoccupazioni sono superate dalla predetta pronuncia della Corte di Giustizia, laddove si afferma che, se da un lato, la ripartizione geografica delle farmacie e il monopolio dei medicinali *“sono di competenza degli Stati membri”*, dall’altro, il principio della libera concorrenza va modulato nel settore sanitario in base all’assunto per cui *“Se fosse consentito vendere nelle parafarmacie determinati medicinali soggetti a prescrizione medica, ciò equivarrebbe a commercializzare tali medicinali senza osservare il requisito della pianificazione territoriale, con il rischio che le parafarmacie si concentrino nelle località considerate più redditizie”*.

Quindi, le regole italiane, che prevedono un diritto di esclusiva in favore delle sole farmacie, in ordine alla vendita di tutti i medicinali soggetti a prescrizione medica, sono state giudicate compatibili con il diritto comunitario.

6. Proprio tale passo della sentenza può essere letto quale indice di attenzione della Corte nel non assolutizzare il principio della libera concorrenza, in casi, come quello di specie, in cui la normativa italiana persegue un obiettivo di interesse generale, ossia di garantire alla popolazione un rifornimento di medicinali sicuro e di qualità attraverso una pianificazione che copra tutto il territorio e *“che tenga conto delle regioni geograficamente isolate o svantaggiate”*.

Si è voluto, quindi, significare che la necessità di assicurare alla popolazione un rifornimento di medicinali sicuro rientra nel superiore obiettivo di tutela della salute e tale obiettivo può legittimamente essere raggiunto se, come avviene in Italia, la prestazione di servizi farmaceutici viene esercitata solo attraverso farmacie comunali oppure a mezzo di concessione governativa ai privati farmacisti, anche a costo di rendere l’iniziativa imprenditoriale antieconomica.

Tale tesi era stata diversamente formulata nelle difese del Governo italiano, laddove si era affermato che le diverse tesi che potevano sottostare a una decla-

ratoria d'incompatibilità non sembravano fondate, atteso che 1) la cosiddetta tesi della rimborsabilità del farmaco (la spesa ricade sull'utente) sembrava recessiva rispetto alla tutela della salute dei cittadini attraverso misure per prevenire, nel massimo grado possibile, il rischio di compromissione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione e 2) la tesi dell'ampliamento dei punti vendita di alcuni farmaci al di fuori delle piante organiche delle farmacie non sembrava idonea a derogare rispetto alla complessa disciplina del S.S.N., che descrive la farmacia come luogo deputato alla vendita al pubblico dei medicinali e attraverso cui si realizza la funzione sanitaria dello Stato.

7. Di certo il punto fermo consiste e rimane nella conferma dell'aspetto prioritario della tutela della salute pubblica in relazione alla tutela della libera iniziativa economica, già, peraltro, oggetto di precedenti pronunce della Corte, quale, ad esempio, la sentenza relativa alla causa C-531/06 del 19 maggio 2009, nella quale si afferma che (par. 36) *“In sede di valutazione del rispetto di tale obbligo, occorre tenere conto del fatto che la salute e la vita delle persone occupano il primo posto tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato e che spetta agli Stati membri decidere il livello al quale intendono garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Poiché tale livello può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un margine di discrezionalità (v., in tal senso, sentenze 11 dicembre 2003, causa C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Racc. pag. I-14887, punto 103; 11 settembre 2008, causa C-141/07, Commissione/Germania, Racc. pag. I-6935, punto 51, e Hartlauer, cit., punto 30)”*.

8. Resta in penombra nella motivazione della sentenza la possibilità di conciliare altrimenti i cennati principi, mediante la garanzia da parte del legislatore nazionale di un diverso livello di tutela della sanità pubblica, che assicuri al contempo il libero gioco della concorrenza e i suoi possibili benefici effetti sul mercato, specie con riferimento alla possibilità di calmieramento dei prezzi dei farmaci nella vendita al dettaglio.

Corte di Giustizia, Quarta Sezione, sentenza 5 dicembre 2013 nelle cause riunite da C-159/12 a C-161/12 - Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia il 2 aprile 2012 - Pres. L. Bay Larsen, rel. J. Malenovský, avv. gen. N. Wahl.

«Libertà di stabilimento – Articolo 49 TFUE – Sanità pubblica – Normativa nazionale che vieta alle parafarmacie la vendita di medicinali soggetti a prescrizione medica a carico del paziente»

- 1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 49 TFUE.
- 2 Tali domande sono state presentate nell'ambito di controversie tra, da un lato, le sig.re Venturini (causa C-159/12), Gramegna (causa C-160/12) e Muzzio (causa C-161/12),

tre farmaciste abilitate, iscritte all'ordine professionale dei farmacisti di Milano e titolari di esercizi commerciali (in prosieguo: le «parafarmacie»), e, dall'altro, le Aziende Sanitarie Locali (ASL) di Varese (causa C-159/12), di Lodi (causa C-160/12) e di Pavia (causa C-161/12), il Ministero della Salute, la Regione Lombardia, il Comune di Saronno (causa C-159/12), il Comune di Sant'Angelo Lodigiano (causa C-160/12) e il Comune di Bereguardo (causa C-161/12), nonché l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), in merito a un divieto imposto alle parafarmacie di vendere medicinali soggetti a prescrizione medica che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale (SSN), bensì sono pagati interamente dall'acquirente.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

- 3 Il considerando 26 della direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali (GU L 255, pag. 22), enuncia quanto segue:

«La presente direttiva non coordina tutte le condizioni per accedere alle attività nel campo della farmacia e all'esercizio di tale attività. In particolare, la ripartizione geografica delle farmacie e il monopolio della dispensa dei medicinali dovrebbe continuare ad essere di competenza degli Stati membri. La presente direttiva non modifica le norme legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che vietano alle società l'esercizio di talune attività di farmacista o lo sottopongono a talune condizioni».

Il diritto italiano

- 4 La legge n. 468 del 22 maggio 1913 definiva la prestazione di servizi farmaceutici come un'«attività primaria dello Stato», che poteva essere esercitata solo attraverso le farmacie comunali oppure a mezzo di concessione governativa ai privati farmacisti.
- 5 Al fine di garantire la corretta ripartizione delle farmacie su tutto il territorio nazionale, scongiurando il rischio che esse si concentrino unicamente nelle zone commercialmente più attraenti, è stato attuato uno strumento amministrativo di limitazione dell'offerta, la «pianta organica», il quale prevede un numero massimo di farmacie insediabili sul territorio, considerato adeguato a rispondere alla domanda degli interessati garantendo a ciascuno di loro una quota di mercato e a soddisfare il fabbisogno di medicinali su tutto il territorio nazionale.
- 6 I successivi sviluppi normativi hanno sostanzialmente mantenuto tale modello.
- 7 Infatti, l'articolo 1, paragrafi 1, 2 e 7, della legge n. 475, recante norme concernenti il servizio farmaceutico, del 2 aprile 1968 (GURI n. 107, del 27 aprile 1968, pag. 2638), come modificata dalla legge n. 362, recante norme di riordino del settore farmaceutico, dell'8 novembre 1991 (GURI n. 269, del 16 novembre 1991, pag. 3), dispone quanto segue:
- «1. L'autorizzazione ad aprire ed esercitare una farmacia è rilasciata dall'autorità competente per territorio.
2. Il numero delle autorizzazioni è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 5 000 abitanti nei comuni con popolazione fino a 12 500 abitanti e una farmacia ogni 4 000 abitanti negli altri comuni.
- (...)
7. Ogni nuovo esercizio di farmacia deve essere situato ad una distanza dagli altri non inferiore a 200 metri e comunque in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona».
- 8 Il regio decreto n. 1265, del 27 luglio 1934, all'articolo 122, aveva riservato la vendita dei medicinali alle sole farmacie.

- 9 La successiva legge n. 537, del 24 dicembre 1993, ha proceduto alla riclassificazione dei medicinali per fasce, vale a dire: fascia A, per i farmaci essenziali e i farmaci per malattie croniche, fascia B, per i farmaci, diversi da quelli della fascia A, di rilevante interesse terapeutico, e fascia C, per i farmaci diversi da quelli rientranti nelle fasce A o B. Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 14, della legge n. 537, del 24 dicembre 1993, i farmaci delle fasce A o B sono a totale carico del Servizio sanitario nazionale, mentre il costo dei farmaci della fascia C viene pagato interamente dal cliente.
- 10 Successivamente, l'articolo 85, paragrafo 1, della legge n. 388, del 23 dicembre 2000, ha abolito la fascia B, mentre l'articolo 1 della legge n. 311, del 30 dicembre 2004, ha istituito una nuova classe di medicinali, la fascia C-bis, per i medicinali non soggetti a prescrizione medica con accesso, a differenza dei prodotti rientranti nelle altre fasce, alla pubblicità al pubblico. Come nel caso dei medicinali appartenenti alla fascia C, il costo dei farmaci della fascia C-bis è a carico del cliente.
- 11 Il decreto legge n. 223, del 4 luglio 2006, convertito nella legge n. 248, del 4 agosto 2006, ha consentito l'apertura di parafarmacie, nelle quali i rispettivi proprietari erano autorizzati a vendere medicinali della fascia C-bis. Più di recente, il decreto legge n. 201, del 6 dicembre 2011, convertito nella legge n. 214, del 22 dicembre 2011, ha ulteriormente ampliato il numero dei medicinali che possono essere venduti nelle parafarmacie; queste ultime possono oramai proporre al pubblico determinati medicinali di fascia C per i quali non è richiesta alcuna prescrizione medica.

Procedimenti principali e questione pregiudiziale

- 12 Ciascuna ricorrente nei procedimenti principali presentava domanda presso l'ASL competente e il comune interessato, il Ministero della Salute e l'Agenzia Italiana del Farmaco, chiedendo l'autorizzazione a dispensare al pubblico medicinali ad uso umano soggetti a prescrizione medica ma che vengono pagati interamente dal cliente, nonché medicinali per uso veterinario anch'essi soggetti a prescrizione medica e che vengono pagati interamente dal cliente.
- 13 Il 17 agosto 2011 le ASL competenti respingevano le domande delle ricorrenti nei procedimenti principali, poiché, in base alla normativa nazionale in vigore, simili medicinali potevano essere venduti solo nelle farmacie. Analoghe decisioni di rigetto venivano emesse dal Ministero della Salute il 16 e il 18 agosto 2011.
- 14 Le ricorrenti nei procedimenti principali proponevano ricorso avverso tali decisioni dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sostenendo che la normativa sulla quale si basavano le stesse decisioni, nella parte in cui stabiliva il divieto di vendere nelle parafarmacie medicinali della fascia C soggetti a prescrizione medica, ma non a carico del Servizio sanitario nazionale, era contraria al diritto dell'Unione.
- 15 Ciò considerato, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia decideva di sospendere i procedimenti e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale, redatta in termini identici nelle cause da C-159/12 a C-161/12:
- «Se i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza di cui agli articoli 49 e seguenti TFUE ostano ad una normativa nazionale che non consente al farmacista, abilitato ed iscritto al relativo ordine professionale ma non titolare di esercizio commerciale ricompreso nella pianta organica, di poter distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica su "ricetta bianca", cioè non posti a carico del Servizio sanitario nazionale ed a totale carico dell'acquirente, stabilendo anche in questo settore un divieto di vendita di

determinate categorie di prodotti farmaceutici ed un contingentamento numerico degli esercizi commerciali insediabili sul territorio nazionale».

- 16 Con ordinanza del presidente della Corte del 27 aprile 2012, le cause da C-159/12 a C-161/12 sono state riunite ai fini della fase orale del procedimento e della sentenza.

Sulla questione pregiudiziale

Osservazioni preliminari

- 17 Va rilevato che il giudice del rinvio, nella propria questione pregiudiziale, fa riferimento non solo alla libertà di stabilimento, ma anche al principio di non discriminazione e alla tutela della concorrenza.
- 18 In proposito, per quanto riguarda, il principio di non discriminazione, si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, tale principio tende ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione per le quali il Trattato FUE non stabilisce norme specifiche di non discriminazione. Orbene, in materia di diritto di stabilimento, il principio del divieto di discriminazione è stato attuato dall'articolo 49 TFUE (v., segnatamente, sentenze del 29 febbraio 1996, Skanavi e Chryssanthakopoulos, C-193/94, Racc. pag. I-929, punti 20 e 21; del 13 aprile 2000, Baars, C-251/98, Racc. pag. I-2787, punti 23 e 24, nonché dell'11 marzo 2010, Attanasio Group, C-384/08, Racc. pag. I-2055, punto 37).
- 19 Pertanto, nel caso di specie, occorre prendere in considerazione il principio di non discriminazione nell'ambito dell'articolo 49 TFUE.
- 20 Dall'altro lato, si deve ricordare che l'esigenza di giungere ad un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo definisca l'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate. Tali condizioni valgono in modo del tutto particolare nel settore della concorrenza, caratterizzato da situazioni di fatto e di diritto complesse (v., in particolare, sentenze Attanasio Group, cit., punto 32, nonché del 10 maggio 2012, Duomo Gpa e a., da C-357/10 a C-359/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 22).
- 21 Orbene, nel caso di specie, le decisioni di rinvio non forniscono alla Corte gli elementi di fatto e di diritto che le consentirebbero di determinare le circostanze in cui provvedimenti statali come quelli in discussione nei procedimenti principali potrebbero confliggere con disposizioni del Trattato relative alla concorrenza. In particolare, tali decisioni non forniscono indicazioni di sorta quanto alle precise regole della concorrenza di cui viene chiesta l'interpretazione, né chiarimento alcuno circa il collegamento operato fra dette regole e le controversie principali o l'oggetto di queste ultime.
- 22 Non occorre, pertanto, valutare la questione sollevata con riferimento alla tutela della concorrenza.
- 23 In base a tutte le suesposte considerazioni, deve ritenersi che il giudice del rinvio intende sostanzialmente sapere se l'articolo 49 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che non consente a un farmacista, abilitato ed iscritto all'ordine professionale, ma non titolare di una farmacia compresa nella «pianta organica», di distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente.

Sulla ricevibilità

- 24 La Federfarma – Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani con-

testa la ricevibilità delle domande di pronuncia pregiudiziale in quanto le controversie principali non contengono elementi transfrontalieri. La presente causa sarebbe sostanzialmente identica a quella che ha dato luogo alla sentenza del 1° luglio 2010, Sbarigia (C-393/08, Racc. pag. I-6337), nella quale la Corte ha ritenuto che l'esercizio del diritto di stabilimento non fosse manifestamente in discussione e, pertanto, ha respinto la domanda di pronuncia pregiudiziale in quanto irricevibile.

- 25 In proposito, secondo una giurisprudenza costante della Corte, se è vero che una normativa nazionale come quella oggetto dei procedimenti principali, che si applica indistintamente ai cittadini italiani e ai cittadini degli altri Stati membri, deve, di regola, risultare conforme alle disposizioni relative alle libertà fondamentali garantite dal Trattato solo qualora si applichi a situazioni che hanno un collegamento con gli scambi fra gli Stati membri, non si può tuttavia escludere che cittadini di Stati membri diversi dalla Repubblica italiana siano stati o siano interessati ad aprire una parafarmacia in quest'ultimo Stato membro (v., in tal senso, sentenza del 1° giugno 2010, Blanco Pérez e Chao Gómez, C-570/07 e C-571/07, Racc. pag. I-4629, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).
- 26 Orbene, quantunque dalle decisioni di rinvio emerga che le ricorrenti nei procedimenti principali sono cittadine italiane e che tutti gli elementi di fatto delle controversie principali sono circoscritti all'interno di un solo Stato membro, resta nondimeno che la normativa di cui trattasi nei procedimenti principali può produrre effetti che non siano limitati a tale Stato membro.
- 27 Del resto, i procedimenti principali si distinguono da quello che ha dato luogo alla citata sentenza Sbarigia, procedimento, quest'ultimo, relativo ad una decisione sull'eventuale concessione di una deroga riguardo all'orario di apertura di una particolare farmacia e nel quale, di conseguenza, nulla indicava come una siffatta decisione potesse produrre effetti su operatori economici provenienti da altri Stati membri.
- 28 Per di più, anche in una situazione puramente interna come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, nella quale tutti gli elementi sono circoscritti all'interno di un solo Stato membro, una risposta può comunque risultare utile al giudice del rinvio, in particolare nell'ipotesi in cui il diritto nazionale gli imponga di far beneficiare un cittadino nazionale degli stessi diritti di cui godrebbe, in base al diritto dell'Unione, un cittadino di un altro Stato membro nella medesima situazione (v. sentenza Blanco Pérez e Chao Gómez, cit., punto 39 e giurisprudenza ivi citata).
- 29 Ciò posto, le domande di pronuncia pregiudiziale devono essere considerate ricevibili.

Nel merito

Sull'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento

- 30 Secondo una giurisprudenza costante, ogni provvedimento nazionale che possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini dell'Unione europea, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato costituisce una restrizione ai sensi dell'articolo 49 TFUE, pure se applicabile senza discriminazioni in base alla cittadinanza (v., in tal senso, sentenze del 14 ottobre 2004, Commissione/Paesì Bassi, C-299/02, Racc. pag. I-9761, punto 15, e del 21 aprile 2005, Commissione/Grecia, C-140/03, Racc. pag. I-3177, punto 27).
- 31 Come risulta dal contesto giuridico nazionale precedentemente esposto, un farmacista che intenda stabilirsi in Italia avrà la facoltà di scegliere tra, da un lato, chiedere, ed eventualmente ottenere, il rilascio di un'autorizzazione preventiva che gli consenta di divenire titolare di una farmacia oppure, dall'altro lato, aprire una parafarmacia, senza essere subordinato, in tal caso, ad una siffatta autorizzazione.

- 32 Riguardo alla prima opzione, la Corte ha già dichiarato che il requisito di un'autorizzazione preventiva costituisce, in linea di principio, una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE (v. ordinanze del 17 dicembre 2010, Polisseni, C-217/09, punto 16, e del presidente della Corte del 29 settembre 2011, Grisoli, C-315/08, punto 23).
- 33 Tuttavia, nei procedimenti principali si applica la seconda opzione. Al riguardo, occorre verificare se costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento una normativa nazionale che non consente a un farmacista, cittadino di un altro Stato membro, titolare di una parafarmacia, di vendere anche i medicinali soggetti a prescrizione medica, in particolare quelli che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente.
- 34 Orbene, si deve constatare che il titolare di una parafarmacia, poiché, contrariamente al titolare di una farmacia, non può commercializzare siffatti medicinali, è escluso da determinate quote del mercato dei medicinali in Italia e, di conseguenza, dai relativi benefici economici.
- 35 Una normativa nazionale del genere può, quindi, ostacolare e scoraggiare l'apertura di una parafarmacia sul territorio italiano da parte di un farmacista cittadino di un altro Stato membro.
- 36 Di conseguenza, una normativa nazionale come quella oggetto dei procedimenti principali costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE. Sulla giustificazione della restrizione alla libertà di stabilimento
- 37 Secondo una giurisprudenza costante, le restrizioni alla libertà di stabilimento applicabili senza discriminazioni basate sulla cittadinanza possono essere giustificate da ragioni imperative di interesse generale, a condizione che siano atte a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso (sentenze del 10 marzo 2009, Hartlauer, C-169/07, Racc. pag. I-1721, punto 44, nonché del 19 maggio 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e a., C-171/07 e C-172/07, Racc. pag. I-4171, punto 25).
- 38 Nei procedimenti principali si deve constatare, in primo luogo, che la normativa nazionale controversa è applicabile senza discriminazioni basate sulla cittadinanza.
- 39 Per quanto riguarda, in secondo luogo, gli obiettivi effettivamente perseguiti da detta normativa che possano giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento, si deve sottolineare che, nell'ambito di una controversia sottoposta alla Corte ai sensi dell'articolo 267 TFUE, la loro identificazione compete al giudice del rinvio (v., in tal senso, sentenze del 15 settembre 2011, Dickinger e Ömer, C-347/09, Racc. pag. I-8185, punto 51, nonché del 24 gennaio 2013, Stanleybet International e a., C-186/11 e C-209/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 26).
- 40 Come si ricava dalle decisioni di rinvio, la normativa di cui trattasi nei procedimenti principali è ritenuta perseguire l'obiettivo di garantire alla popolazione un rifornimento di medicinali sicuro e di qualità, il quale rientra nell'obiettivo più generale di tutela della salute.
- 41 Orbene, dall'articolo 52, paragrafo 1, TFUE risulta che la tutela della salute può giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento. L'importanza di tale obiettivo è confermata dagli articoli 168, paragrafo 1, TFUE e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in virtù dei quali, in particolare, nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della

- salute umana (v. sentenza Blanco Pérez e Chao Gómez, cit., punti 63 e 65).
- 42 Inoltre, la Corte ha dichiarato, più precisamente, che l'obiettivo di garantire alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità può giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento (v. sentenza Blanco Pérez e Chao Gómez, cit., punto 64 e giurisprudenza ivi citata).
- 43 Ne consegue che l'obiettivo di garantire una tale fornitura di medicinali può giustificare una normativa nazionale come quella di cui trattasi nei procedimenti principali.
- 44 In terzo luogo, occorre esaminare se una normativa del genere sia idonea a garantire questo obiettivo.
- 45 In proposito, va ricordato anzitutto che l'apertura di farmacie sul territorio italiano è oggetto di un regime di pianificazione in forza del quale, da un lato, il numero di farmacie ivi presenti è limitato, in quanto queste ultime sono ripartite in modo equilibrato, e, dall'altro, l'apertura di una nuova farmacia è subordinata al rilascio di una previa autorizzazione al suo titolare.
- 46 Orbene, la Corte ha dichiarato che una normativa nazionale che preveda un simile regime di pianificazione è in linea di principio atta a realizzare l'obiettivo di garantire alla popolazione un approvvigionamento di medicinali sicuro e di qualità (v., in tal senso, sentenza Blanco Pérez e Chao Gómez, cit., punto 94, nonché citate ordinanze Polisseni, punto 25, e Grisoli, punto 31).
- 47 Infatti, un regime del genere può rivelarsi indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate (v., in tal senso, citate sentenze Hartlauer, punto 52, e Blanco Pérez e Chao Gómez, punto 70).
- 48 Come rilevato dalla Corte, se non ci fosse alcuna regolamentazione, le farmacie potrebbero concentrarsi in località reputate attraenti, mentre in località meno attraenti si rischierebbe di non trovare un numero di farmacie sufficiente ad assicurare un servizio farmaceutico sicuro e di qualità (sentenza Blanco Pérez e Chao Gómez, cit., punto 73).
- 49 Ciò considerato, uno Stato membro può ritenere che sussista un rischio di penuria di farmacie in talune parti del suo territorio, di conseguenza, un rischio di inadeguato approvvigionamento di medicinali quanto a sicurezza e a qualità, e, adottare, pertanto, un regime di pianificazione delle farmacie (v., in tal senso, sentenza Blanco Pérez e Chao Gómez, cit., punto 75).
- 50 Occorre poi ricordare che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali prevede che la distribuzione di tutti i medicinali soggetti a prescrizione medica sia riservata alle sole farmacie.
- 51 Orbene, accettare la situazione auspicata dalle ricorrenti dei procedimenti principali, in base alla quale sarebbe possibile vendere nelle parafarmacie determinati medicinali soggetti a prescrizione medica, equivarrebbe a poter commercializzare tali medicinali senza osservare il requisito della pianificazione territoriale. Pertanto, gli interessati potrebbero stabilirsi in ogni luogo e a proprio piacere.
- 52 Così, non è escluso che una facoltà del genere porti ad una concentrazione di parafarmacie nelle località considerate più redditizie e quindi più attraenti, con il rischio per le farmacie situate in tali località di vedere diminuire la propria clientela e, di conseguenza, di essere private di una parte significativa dei loro introiti, tanto più che le farmacie sono

- soggette ad una serie di obblighi specifici riguardo alle modalità di gestione della loro attività commerciale.
- 53 Orbene, una tale perdita di reddito potrebbe causare non soltanto una diminuzione della qualità del servizio che le farmacie forniscono al pubblico, ma anche, se necessario, la chiusura definitiva di talune farmacie, conducendo così ad una situazione di penuria di farmacie in determinate parti del territorio e, pertanto, ad un approvvigionamento inadeguato di medicinali quanto a sicurezza e a qualità.
- 54 Da quanto precede risulta che la facoltà di cui al punto 51 della presente sentenza avrebbe ripercussioni negative sull'effettività dell'intero sistema di pianificazione delle farmacie e quindi sulla sua stabilità.
- 55 Ciò considerato, la normativa di cui trattasi nei procedimenti principali, che riserva alle sole farmacie, la cui apertura è subordinata a un regime di pianificazione, la distribuzione dei farmaci soggetti a prescrizione medica, compresi quelli che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente, è atta a garantire la realizzazione dell'obiettivo di assicurare un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità nonché, pertanto, la tutela della salute.
- 56 Il governo italiano teme che, in assenza di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, il consumo di farmaci diventi eccessivo. Tuttavia, tale timore è infondato.
- 57 Infatti, è irrilevante, al riguardo, il numero degli esercizi commerciali che vendono i medicinali soggetti a prescrizione medica, inclusi quelli che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, ma sono pagati interamente dall'acquirente. Dato che solo i medici sono autorizzati a prescrivere tali medicinali, né i titolari di farmacie né i titolari di parafarmacie hanno influenza diretta sul volume di distribuzione di detti medicinali e non possono quindi contribuire al loro eventuale sovraconsumo.
- 58 Resta da esaminare, in quarto luogo, se la restrizione alla libertà di stabilimento non vada oltre quanto necessario al raggiungimento dell'obiettivo addotto, vale a dire se non esistano misure meno restrittive per realizzarlo.
- 59 In proposito, si deve anzitutto ricordare che, secondo giurisprudenza costante della Corte, in sede di valutazione dell'osservanza del principio di proporzionalità nell'ambito della sanità pubblica, occorre tenere conto del fatto che lo Stato membro può decidere il livello al quale intende garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Poiché tale livello può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un margine di discrezionalità (v. sentenze dell'11 settembre 2008, Commissione/Germania, C-141/07, Racc. pag. I-6935, punto 51; Apothekerkammer des Saarlandes e a., cit., punto 19, nonché Blanco Pérez e Chao Gómez, cit., punto 44).
- 60 Del resto, è necessario che, qualora sussistano incertezze sull'esistenza o sulla portata di rischi per la salute delle persone, lo Stato membro possa adottare misure di protezione senza dover attendere che la realtà di tali rischi sia pienamente dimostrata. In particolare, uno Stato membro può adottare le misure che riducono, per quanto possibile, un rischio per la salute, compreso, segnatamente, un rischio per la fornitura di medicinali sicura e di qualità alla popolazione (v. citate sentenze Apothekerkammer des Saarlandes e a., punto 30, nonché Blanco Pérez e Chao Gómez, punto 74).
- 61 In forza della normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, è riservata alle farmacie la vendita dei soli medicinali soggetti a prescrizione medica. Orbene, que-

sto tipo di medicinali, la cui assunzione e il cui consumo da parte del paziente sono oggetto di un controllo continuo di un medico e i cui effetti sulla salute sono in genere importanti, deve poter essere rapidamente, facilmente e sicuramente accessibile.

- 62 Così, il rischio, evocato al punto 53 della presente sentenza, di un'eventuale situazione di penuria delle farmacie, la quale comporti l'assenza di un accesso rapido e facile ai medicinali soggetti a prescrizione medica in determinate parti del territorio, risulta importante. Il fatto che la misura di liberalizzazione del regime di pianificazione delle farmacie si limiterebbe ai soli medicinali prescritti che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente non può ridurre la portata di un rischio simile.
- 63 Ciò considerato, il sistema attuato nello Stato membro in causa nei procedimenti principali, che non consente alle parafarmacie di vendere anche farmaci soggetti a prescrizione medica, segnatamente quelli che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente, poiché riduce sostanzialmente il rischio richiamato nel punto precedente della presente sentenza, non risulta andare oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo di garantire un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità.
- 64 Del resto, nessun elemento del fascicolo indicherebbe un eventuale sistema alternativo che possa ridurre un rischio simile con la stessa efficacia.
- 65 Dall'insieme delle considerazioni suesposte discende che il sistema attuato dalla normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali è giustificato alla luce dell'obiettivo di assicurare un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità, è idoneo a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non risulta andare oltre quanto necessario per raggiungerlo.
- 66 Tutto ciò considerato, si deve rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che non consente a un farmacista, abilitato e iscritto all'ordine professionale, ma non titolare di una farmacia compresa nella pianta organica, di distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente.

Sulle spese

- 67 Nei confronti delle parti nei procedimenti principali la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice del rinvio, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che non consente a un farmacista, abilitato e iscritto all'ordine professionale, ma non titolare di una farmacia compresa nella pianta organica, di distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente.

CONTENZIOSO NAZIONALE

Riutilizzo commerciale dell'informazione detenuta nel settore pubblico in materia di dati ipotecari e catastali alla luce dei Trattati europei e della Direttiva 2003/98/CE

CORTE D'APPELLO DI VENEZIA, SEZ. I CIVILE, 20 MARZO 2013, N. 624

Paola Maria Zerman e Rocco Steffenoni*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Sintesi della dinamica processuale - 3. La nozione europea di impresa come condizione di applicabilità dell'art. 102 TFUE - 4. L'attività di riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico e l'ipotesi di abuso di posizione dominante: un dialogo tra corti - 5. Conclusione.

1. Introduzione.

La pubblica amministrazione detiene tramite l'Agenzia del Territorio (1) l'insieme dei dati ipotecari e catastali che le imprese sono tenute a comunicare per legge. Tali informazioni costituiscono una banca dati unica in quanto a completezza e aggiornamento.

Alcune società private, che operano nel settore delle informazioni immobiliari, accedono a tali dati per poi rielaborarli e somministrarli ai propri clienti come servizio di intermediazione con la pubblica amministrazione.

(*) Paola Maria Zerman, Avvocato dello Stato; Rocco Steffenoni, Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

La sentenza annotata fa parte di un filone più ampio di controversie afferente all'utilizzazione dei dati catastali tuttora non compiutamente definito dalla Corte di Cassazione. Si pubblica - in calce all'articolo - una parte della relazione di recente pervenuta dall'Agenzia del Territorio (ora Entrate) [ndr].

(1) L'Agenzia del Territorio è un ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico. È stato istituito con il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 al fine di fornire, in regime di monopolio legale, i servizi catastali, di conservatoria dei registri immobiliari e i servizi di mera informazione. Alcune delle proprie funzioni e dei propri oneri di conservatore sono altresì previsti dall'art. 2673 cod. civ..

Nell'ultimo decennio, il legislatore e la giurisprudenza hanno iniziato a occuparsi della disciplina di questo settore oscillando, tuttavia, sull'estensione del margine di commercializzazione di questi dati da parte della pubblica amministrazione stessa. La ragione di questo orientamento si fonda principalmente sulla supposta condotta anticoncorrenziale (abuso di posizione dominante) che assumerebbe un ente pubblico nel momento in cui, avvantaggiandosi della propria banca dati, iniziasse a svolgere alcune attività commerciali in concorrenza con gli operatori privati.

La controversia in esame riguarda, infatti, l'art. 8, comma 1, l. 10 ottobre 1990, n. 287, nella parte in cui estende la disciplina *antitrust* anche alle imprese pubbliche e a quelle a prevalente partecipazione statale, e la normativa europea (artt. 102, 106 TFUE), che estende parimenti le regole e i principi in materia di concorrenza alle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale oppure operano in regime di monopolio fiscale sul mercato.

Questo arresto della Corte d'Appello di Venezia (2) costituisce, pertanto, un'occasione per osservare le difficoltà del corretto equilibrio tra regolazione e concorrenza. In quest'ottica, infatti, l'orientamento del Collegio di Venezia, nel conformarsi alla più recente giurisprudenza europea, propone una lettura innovativa del tema, così da costituire un'ottima premessa per una revisione del precedente orientamento della maggioritaria giurisprudenza italiana.

2. Sintesi della dinamica processuale.

Il presente giudizio si instaura davanti alla Corte d'Appello di Venezia con atto di citazione della società I.T.C. avverso l'Agenzia del Territorio.

La società ITC adduce, infatti, che l'Agenzia, nel svolgere la propria attività di conservazione dei registri e di rilascio dei dati detenuti, ha violato il divieto di abuso di posizione dominante *ex art. 3 l. 287/90*.

Peraltro, tale giudizio è stato preceduto da un ricorso *ante causam*, con cui la società ITC ha chiesto che all'Agenzia del Territorio fosse inibito di proseguire a elaborare e offrire al pubblico il servizio di ricerca continuativa telematica (3) in via diretta senza utilizzare, a parità di costi e condizioni con altre imprese operanti nel settore, una società separata (*ex art. 8, comma 2-bis, l. 287/90* (4)). La Corte d'Appello di Venezia ha accolto con ordinanza

(2) Corte d'Appello di Venezia, sez. I civile, 20 marzo 2013, n. 624.

(3) Il servizio di ricerca continuativa consiste nella *trasmissione delle variazioni dei dati ipotecari e catastali relativi ad un determinato soggetto lungo un periodo di tempo indicato dal richiedente*. La possibilità per l'Agenzia del Territorio di svolgere il servizio di ricerca continuativa le è stato attribuito dal d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, convertito con modificazioni in legge dalla l. 31 marzo 2005, n. 43, in concomitanza, peraltro, con l'introduzione della nuova tabella recante l'aggiornamento delle tasse ipotecarie.

(4) In particolare, l'art. 8, comma 2-bis, della l. 287/90 impone alle imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato di *"operare mediante società separate"* qualora intendano *"svolgere attività diverse in mercati diversi da quelli in cui agiscono"*.

quest'ultimo ricorso e, in seguito, lo ha anche confermato in sede di reclamo.

Nella controversia in esame, l'interesse della società ITC si qualifica alla luce della specifica attività d'impresa: rilevazione e rielaborazione dei dati presso i pubblici registri immobiliari al fine di offrire sul mercato un servizio di segnalazione tempestiva all'utenza di ogni variazione (trascrizioni, iscrizioni, annotamenti) che intervenisse nel patrimonio immobiliare di alcuni soggetti determinati.

Secondo la ragione dell'attore, infatti, l'Agenzia del Territorio, in quanto ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, ha esorbitato dal proprio incarico pubblicistico esercitando in condizioni di monopolio servizi inerenti il catasto e la conservatoria dei registri immobiliari.

Oltretutto, si ritiene illegittimo che lo statuto dell'Agenzia del Territorio consenta di svogere, a soggetti pubblici e privati, due mansioni così differenti, come quella istituzionale e quella di commercializzazione di servizi. In particolare, si tratta dei servizi di monitoraggio continuativo dei soggetti presenti nelle formalità ipotecarie. Infatti, è grazie alla propria funzione pubblicistica che l'Agenzia del Territorio detiene l'universalità dei dati sul sistema immobiliare e, quindi, che le permette di offrire sul mercato gli stessi servizi che le società intermediarie svolgono attraverso la rielaborazione dei dati raccolti.

Inoltre, secondo la società ITC, l'aumento tariffario da 0,70 euro a 4,00 euro per il rilascio dell'elenco soggetti (essenziale per l'attività di monitoraggio da parte delle imprese private), introdotto dal d.l. 262/2006 (5), è stato un fattore causale determinante per l'esponenziale aumento dei propri costi di produzione e, quindi, per il crollo del fatturato dell'impresa ITC.

Il ricorrente ritiene, infatti, che l'esercizio contestuale da parte dell'Agenzia del Territorio dell'attività pubblicistica e di quella commerciale, nonché l'esponenziale e ingiustificato aumento dei costi di accesso ai registri, hanno integrato una fattispecie di abuso di posizione dominante.

Pertanto, nelle proprie conclusioni, ITC chiede al Collegio della Corte d'Appello di Venezia che venga riconosciuta l'illiceità della condotta dell'Agenzia del Territorio integrante la fattispecie dell'abuso di posizione dominante e che venga condannata al risarcimento del danno, prodotto dall'introduzione del servizio di ricerca continuativa sia in termini di incremento dei costi di produzione per l'aumento tariffario sia in termini di perdita di clientela per la rinuncia al servizio di monitoraggio immobiliare.

L'Agenzia del Territorio si è costituita in giudizio eccependo che il servizio di conservatoria dei registri immobiliari è un servizio pubblico, e, in quanto tale, è escluso dalle norme sulla concorrenza. Del resto, la natura e la determinazione della tariffa per l'accesso al servizio da parte degli operatori

(5) D.l. 3 ottobre 2006, n. 262, recante "Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria", convertito con modificazioni in legge dalla l. 24 novembre 2006, n. 286.

del settore esulano dalla propria competenza, essendo eterodeterminati con legge dal legislatore nazionale.

Il Collegio della Corte d'Appello di Venezia, dopo aver affermato la propria giurisdizione (6) in tema di azione risarcitoria per violazione del divieto di abuso di posizione dominante (c.d. "illecito concorrenziale"), rigetta la domanda di parte attrice sia nella parte in cui viene supposto il carattere imprenditoriale del servizio svolto dall'Agenzia del Territorio, con la conseguente violazione della disciplina nazionale ed europea a tutela della concorrenza, sia nella parte relativa alla richiesta di risarcimento del danno.

In particolare, nella sentenza non viene escluso in termini aprioristici che un soggetto pubblico possa svolgere un'attività con caratteri di commercialità, così da poter essere oggetto della normativa *antitrust*. Infatti, per l'attività di raccolta dei dati e di divulgazione degli stessi viene svolta un'analisi in concreto, sia in termini soggettivi che oggettivi, della qualificazione dell'attività dell'Agenzia del Territorio.

Peraltro, in termini soggettivi si afferma che il fatto che l'Agenzia sia qualificata come pubblica non "*non osta al suo assoggettamento alla disciplina antimonopolistica in quanto ciò dipende unicamente dal tipo di attività che essa svolge e dal modo in cui tale attività si esplica sul mercato*". Mentre, in termini oggettivi, si ribadisce che non esiste una preclusione assoluta per un soggetto pubblico, infatti, "*nei limiti in cui un ente pubblico svolga un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, si può affermare che esso svolga attività economica [soggetta alla normativa antitrust]*".

Per il Collegio, quindi, il servizio di ricerca continuativa reso dall'Agenzia si qualifica come un'attività di semplice *rilascio* di dati *ex art. 5* della Direttiva 2003/98/CE e non, invece, di *riutilizzo* a fini commerciali del documento pubblico, *ex art. 2*, paragrafo 1, n. 4 della stessa Direttiva (7). Ne

(6) La ripartizione della giurisdizione in materia *antitrust* viene in linea generale assegnata alla cognizione del giudice amministrativo salvo quanto previsto dall'art. 33, comma 2, della l. 10 ottobre 1990, n. 287, il quale, al tempo della controversia, sottoponeva alla Corte d'Appello la cognizione del giudice ordinario per quanto concerne le ipotesi di "*azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV [della stessa legge] ... promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio*". In seguito alle modifiche apportate dall'art. 2, comma 2, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, l. 24 marzo 2012, n. 27 è venuta meno la competenza della "*corte d'appello competente per territorio*" in favore del Tribunale competente per territorio presso cui è stata istituita la sezione specializzata di cui all'art. 1 del d.lgs. 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni, con decorrenza per i "*giudizi instaurati dopo il centottantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*".

(7) Per 'riutilizzo' la Direttiva 2003/98/CE intende "*l'uso di documenti in possesso di enti pubblici da parte di persone fisiche o giuridiche a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i documenti sono stati prodotti. Lo scambio di documenti tra enti pubblici esclusivamente in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico non costituisce riutilizzo*" (art. 2, par. 1, n. 4).

consegue che il servizio, non avendo carattere commerciale, esula dall'ambito della disciplina della l. 287/90 in materia di concorrenza.

3. *La nozione europea di impresa come condizione di applicabilità dell'art. 102 TFUE.*

Per la soluzione della presente controversia è apparsa quantomai decisiva la nozione di impresa che il Collegio ha ritenuto di adottare. Infatti, a titolo di premessa, la giurisprudenza europea ritiene, come condizione di applicabilità dell'art. 102 TFUE in tema di abuso di posizione dominante, che vi sia l'esercizio di un'impresa (pubblica (8) o privata). Quindi, la qualifica di impresa, intesa come *esercizio di una attività economica* (9), è pregiudiziale all'intera disciplina.

Inoltre è pacifico che le attività che sono manifestazione d'imperio nell'esercizio di pubblici poteri, poiché non presentano profili di economicità, non sono oggetto della applicazione delle norme del Trattato FUE sulla concorrenza (10).

Una volta acquisito il principio per cui un ente statale si qualifica come impresa ogni qual volta non agisca come pubblica autorità (11), si può osser-

(8) Sulla possibilità che lo Stato e gli enti pubblici agiscano come impresa, cfr. CGCE, 20 marzo 1985, C-41/83, *Italia/Commissione*, p.ti 16-20. In questa pronuncia si segnala la tesi difensiva sostenuta dalla Repubblica italiana secondo la quale “*L'art. 86 del Trattato si applica unicamente ad un'attività imprenditoriale esercitata secondo le forme del diritto privato e non all'attività normativa esercitata, in base ad una legge, da un servizio pubblico gestito a condizioni stabilite dai pubblici poteri*” (p.to 16).

(9) In questo senso CGUE, sez. III, 11 luglio 2013, C-440/11, *Commissione/Stichting Administratiekantoor Porielje*, p.to 36; CGUE, sez. II, 28 febbraio 2013, C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas/Autoridade da Concorrência*, p.to 35; CGUE, Grande Sezione, 19 luglio 2012, cause riunite C-628/10 e C-14/11, *Allianz One Int. e a./Commissione*, p.to 42; CGCE, 16 giugno 1987, C-118/85, *Commissione/Italia*, p.to 7; CGCE, 16 marzo 2004, *AOK-Bundesverband e a.*, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, in *Giurisprudenza italiana*, Utet, nov. 2004, pag. 2025-2034. Sulla nozione di “attività economica”, intesa come “*qualunque attività consistente nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato*”, cfr. CGUE, 3 marzo 2011, sez. I, C-437/09, *AG2R Prévoyance*, p.to 42; CGCE, sez. III, 10 settembre 2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel e a./Commissione*, p.to 54; CGCE, Grande Sezione, 1 luglio 2008, C-49/07, *MOTOE*, p.to 22; CGCE, Grande Sezione, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, p.to 112; CGCE, sez. VI, 24 ottobre 2002, C-82/01, *Aéroports de Paris/Commissione*, p.to 79. A riguardo la recente pronuncia CGUE, sez. VIII, 19 dicembre 2012, C-288/11, *Mitteldeutsche Flughafen e Flughafen Leipzig-Halle*, p.to 50 in cui si afferma che “*il carattere economico o meno di un'attività non dipende dallo statuto privato o pubblico del soggetto che la esercita né dalla redditività di tale attività*”.

(10) CGCE, 11 luglio 1985, C-107/84, *Commissione/Germania*, p.ti 14-15; CGCE, 19 gennaio 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, p.to 30; CGCE, *MOTOE*, cit., p.to 24. Da una lettura a contrario dalla giurisprudenza europea (CGCE, *Aéroports de Paris/Commissione*, cit., p.to 74; *MOTOE*, cit., p.to 25) si deduce, infatti, che i caratteri di economicità rilevanti ai fini della applicazione della normativa concorrenziale possono riferirsi anche a segmenti divisibili di una attività.

(11) *Ex plurimis*, CGCE, 18 marzo 1997, C-343/95, *Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova*. In questo caso la vicenda verteva su una attività (rientrante nell'alveo delle *missioni di interesse generale*) svolta da un privato sulla base di una concessione esclusiva conferita da un ente pubblico. Tale attività, nonostante il contributo per il finanziamento versato dagli utenti, non è stata ricompresa nell'art. 86 TCE (oggi 106 TFUE) in quanto costituisce una manifestazione di pubblici poteri.

vare una giurisprudenza europea (12) molto recente che ha preso nuovamente in esame alcuni di questi aspetti. La Corte di Giustizia ha affermato, infatti, che *“nei limiti in cui un ente pubblico svolga un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, in ordine a una siffatta attività tale ente agisce come impresa mentre, qualora la suddetta attività economica sia indissociabile dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, tutte le attività svolte da tale ente rimangono attività che si ricollegano all'esercizio dei suddetti poteri”* (13); con ciò la qualificazione dell'attività viene dissociata da ogni preclusione soggettiva. Del resto, tale principio è perfettamente in linea con l'enunciato normativo dell'art. 8, c. 2-*bis*, della l. 287/90 (14) che, da un lato ammette che un ente pubblico svolga un'attività d'impresa in concomitanza con l'attività pubblicistica, ma dall'altro lato ne impone la differenziazione societaria.

A tal fine l'*iter* argomentativo della sentenza che si annota si fonda appieno nel solco dell'interpretazione della nozione di impresa data dalla giurisprudenza europea la quale *“abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle modalità di finanziamento”* (15); dovendo così il giudice andare a svolgere una valutazione in concreto sul *“tipo di attività che essa svolge e sul modo in cui tale attività si esplica sul mercato”* (16) e che *“si tratti di un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi sul mercato da cui esula l'esercizio di un potere d'imperio”* (17). Invece, l'aspetto della fonte del finanziamento e della natura

(12) CGUE, sez. V, 12 luglio 2012, C-138/12, *Compass-Datenbank GmbH/Republik Österreich*, p.to 38.

(13) CGUE, sez. V, 12 luglio 2012, C-138/12, cit., p.to 38. Tale principio viene ripreso in parte dalla sentenza CGCE, 26 marzo 2009, sez. II, C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati/Commissione*, p.ti 72 e ss..

(14) Cfr. *supra* nt. n. 4.

(15) Relativamente alla questione dello *status* giuridico e del finanziamento *ex plurimis*: CGUE, sez. I, 13 giugno 2013, C-511/11, p.to 51; CGCE, sez. II, 10 gennaio 2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, p.to 107; CGCE, Grande Sezione, 11 luglio 2006, C-205/03 P, *FENIN/Commissione*, p.to 25; CGCE, Grande Sezione, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, cit., p.to 112; CGCE, sez. VI, 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser/Macroton*, p.to 21; CGCE, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91, C-160/91 *Poucet e Pistre/AGF e Cancava*, p.to 17. Anche la giurisprudenza nazionale di legittimità richiama questi principi, ad es. in Cass. SS.UU., 30 dicembre 2011, n. 30175.

(16) Cfr. CGUE, sez. I, 3 marzo 2011, C-437/09, cit., p.to 69. Secondo la quale costituisce pratica abusiva contraria all'art. 106 TFUE *“quando uno Stato membro conferisce ad un'impresa il diritto esclusivo di esercitare talune attività e crea una situazione in cui tale impresa non è manifestamente in grado di soddisfare la domanda che presenta il mercato per questo genere di attività”*.

(17) Cfr. Cass. SS.UU., 30 dicembre 2011, n. 30175. In questo senso sembra procedere anche l'argomentazione della sentenza CGUE, sez. II, 26 marzo 2009, C-113/07, cit., nella parte in cui pone come condizione dello svolgimento di una attività economica che tale attività possa essere dissociata dall'esercizio di pubblici poteri. Al tempo stesso la presenza di un corrispettivo (sia esso previsto dalla legge e non determinato in alcun modo dall'ente) non è sufficiente per qualificare l'attività come *economica* e l'ente come *impresa*, cfr. CGCE, 19 gennaio 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocon-*

del corrispettivo per l'attività di detenzione e fornitura di dati del registro immobiliare è ritenuto di scarso rilievo e, comunque, non sufficiente come indice di attività economica. Peraltro, l'Agenzia del Territorio svolge solo la mera funzione (non discrezionale) di riscossione dei diritti e/o delle tasse, dal momento che la quantificazione dell'ammontare del corrispettivo è interamente demandata alla discrezionalità del legislatore.

Si tratta così di una lettura non-formalistica della nozione di impresa, che si fonda sull'osservazione in concreto dei caratteri dell'attività e che prescinde del tutto dalla qualifica nominale (pubblica o privata) dei soggetti. Infatti, per il Collegio "*osta l'assoggettamento [dell'Agenzia del Territorio] alla disciplina antimonopolistica*" ex art. 102 TFUE, non tanto per la sua qualifica di ente pubblico ma piuttosto per la specifica funzione, non dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, che ha svolto.

4. *L'attività di riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico e l'ipotesi di abuso di posizione dominante: un dialogo tra corti.*

4.1- L'Agenzia del Territorio, in virtù della propria funzione, detiene in Italia l'insieme dei dati contenuti nei registri di sua competenza (ad es. dati catastali). L'accesso a tali dati è essenziale per trarre molteplici e rilevanti informazioni sulla consistenza patrimoniale di persone fisiche e giuridiche.

Per questo motivo nel mercato nazionale ed europeo vi sono alcune società intermediarie che, su richiesta dei propri clienti, accedono ai dati dell'Amministrazione contenuti negli archivi e nei registri pubblici, ne rielaborano i dati e li somministrano ai propri clienti in forma di dati rielaborati. Con la legge finanziaria per l'anno 2005 (18) il legislatore ha previsto un generico divieto di somministrazione a terzi (leggasi 'riutilizzazione commerciale') di "*documenti, dati e informazioni catastali e ipotecari acquisiti [...] dagli archivi e i pubblici registri tenuti dagli uffici dell'Agenzia del Territorio*".

Col tempo, tuttavia, tale divieto si è affievolito. Infatti, in un primo momento l'accesso alle banche dati veniva dato a fronte di un mandato scritto

trol. Si veda inoltre sulla linea di demarcazione tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico (in base ai criteri: i) sulla modalità di costituzione; ii) sulla fase dell'organizzazione; iii) sulla natura dell'attività svolta; iv) sul fine perseguito) e quindi sulla compatibilità della compresenza tra interesse pubblico e scopo di lucro Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Foro amm. CdS*, 2012, 3, 696 e ss., ma anche la recente pronuncia del Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122, con nota di A. NICODEMO, *Società pubbliche: attività d'impresa e attività amministrativa*, in *Foro amm. CdS*, 2013, 3, 814-824. In tal senso si veda anche: CGCE, sez. VI, 26 marzo 2009, C-113/07, cit., p.to 82; CGCE, sez. VI, 14 settembre 2000, C-343/98, *Collino e Chiappero*, p.to 33; CGCE, 27 ottobre 1993, C-69/91, *Decoster*, p.to 15. Infine, dalla giurisprudenza precedentemente citata si può desumere *a contrario* che deve essere considerato come impresa un ente integrato nell'amministrazione pubblica che esercita attività che presentano un carattere economico e che non rientrano nell'esercizio di prerogative dei pubblici poteri.

(18) Art. 1, comma 367-374, l. 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria per il 2005).

di incarico per l'acquisizione delle informazioni, con la conseguente possibilità di riutilizzazione commerciale dei dati in seguito alla stipula di specifiche convenzioni con l'Agenzia del Territorio. Successivamente, invece, in parziale attuazione della Direttiva 2003/98/CE (19) il divieto di riutilizzazione commerciale dei dati ipotecari e catastali è venuto meno (20).

Nella sentenza che si annota rilevano in particolar modo sia la Direttiva 2003/98/CE, in materia di riutilizzo a fini commerciali della documentazione detenuta da enti pubblici, e sia l'art. 8 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (21), recante i criteri di esenzione dalla normativa *antitrust* per le imprese pubbliche, private o a prevalente partecipazione pubblica che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato.

Come si è richiamato (*supra* § 3), in materia di concorrenza la giurisprudenza europea è costante nel manifestare un approccio anti-formalistico, tale da ritenere che venga ricompreso nella nozione di 'impresa' e di 'attività d'impresa' ogni ente che eserciti un'attività economica, indipendentemente dal proprio *status* giuridico e dalle proprie modalità di finanziamento.

(19) Direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 novembre 2003 relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. Tale Direttiva, i cui effetti dovevano trovare attuazione nell'ordinamento nazionale entro il 1 luglio 2005, non era stata adeguatamente recepita. Infatti, il d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36 aveva eccezzuato all'art. 4 quanto previsto in materia di riutilizzazione commerciale dei documenti, dei dati e delle informazioni catastali e ipotecarie, previste dalla l. 30 dicembre 2004, n. 311. Tale normativa, tuttavia, rimane in vigore fino alla l. 4 giugno 2010, n. 96, che all'art. 44, comma 1, abroga il d.lgs. 36/2006, facendo salve però le sole norme tariffarie *ex art.* 1, commi 370, 371 e 372, l. 311/2004. Si rileva, infine, che la segnalazione proveniente dalla Autorità Antitrust (n. AS321, 27 gennaio 2006) e la comunicazione ufficiale del 19 marzo 2009 della Commissione europea al Ministro degli Affari esteri italiano mostrano come le disposizioni contenute nei commi 367-372 e nel d.lgs. 36/2006 non appaiono adeguate per l'attuazione della Direttiva.

(20) “È consentito il riutilizzo dei documenti, dei dati e delle informazioni catastali e ipotecari a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i documenti sono stati prodotti, fermo restando il rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali”, così recita l'articolo 5, comma 4-bis, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, che abroga il comma 367 dell'art. 1 della finanziaria per l'anno 2005. In ogni caso bisogna considerare la neutralità della Direttiva 2003/98/CE in tema di riutilizzazione o meno dei dati contenuti nei registri; tale aspetto si evince dalla lettura del *Considerando* n. 9 laddove prevede che: “La presente Direttiva non prescrive l'obbligo di consentire il riutilizzo di documenti. La decisione di autorizzare o meno il riutilizzo spetta agli Stati membri o all'ente pubblico interessato”. In ogni caso, la Direttiva all'art. 6 prescrive i criteri che ogni ente pubblico dovrebbe adottare per la fissazione del prezzo, un aspetto decisivo in relazione a comportamenti abusivi delle imprese dominanti volti all'esclusione dei concorrenti. Ad esempio, viene indicato che “il totale delle entrate provenienti dalla fornitura e dalla autorizzazione al riutilizzo dei documenti non supera i costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione, migliorati di un congruo utile sugli investimenti”.

(21) Si fa riferimento alle disposizioni introdotte con la novella all'art. 11, comma 3, l. 5 marzo 2001, n. 57, recante “Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati”. Si veda a riguardo F. PIRON, *Separazione societaria e obbligo di comunicazione preventiva secondo l'art. 8 della L. 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Studium iuris*, 2006; V. MELI, *La modifica dell'art. 8 della legge antitrust*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, fasc. 5, pag. 1084 e ss..

Inoltre, si evidenzia anche l'orientamento europeo in base al quale ad ogni soggetto economico è fatto obbligo di rispondere sulla base del principio della responsabilità personale nell'ipotesi in cui vi sia una violazione delle norme in materia di concorrenza (22).

Pertanto, l'Agenzia del Territorio avrebbe potuto rispondere in linea teorica della propria condotta se nell'esercizio di una attività d'impresa a valle della tenuta di pubblici registri avesse integrato i presupposti per un'infrazione alle regole del mercato concorrenziale.

Si tratta di una ricostruzione interpretativa resa oltretutto necessaria nell'ordinamento italiano in forza del richiamo ai principi interpretativi europei da parte dell'art. 1, comma 4, l. 287/90. In quest'ottica, la qualifica dell'Agenzia come ente pubblico non solo non ne limita l'attività a meri atti di imperio ma, anzi, non esclude affatto che venga esercitata un'attività economica di offerta di beni o servizi sul mercato. In quest'ipotesi, tuttavia, l'ente diviene soggetto al controllo di legittimità della propria condotta anche in relazione all'illecito concorrenziale.

In tale vicenda si incardina, peraltro, un'ulteriore questione circa l'effetto scriminante del divieto di abuso di posizione dominante che si verrebbe a determinare nell'ipotesi in cui la descritta attività svolta dall'Agenzia del Territorio venisse interamente ricondotta all'interno della categoria della gestione dei servizi di interesse generale. La Cassazione, pronunciandosi in merito, ha fissato il principio per cui è necessario che venga fatta una valutazione in concreto dell'attività al fine di determinare se la condotta sia strettamente connessa all'adempimento degli specifici compiti affidati all'impresa o meno (23). Tra l'altro, in termini probatori spetta all'impresa l'onere di dimostrare che la condotta messa in atto costituisca *“l'unico mezzo possibile per il perseguimento del fine istituzionale”* (24).

Successivamente, la Cassazione, su un caso simile, ha valutato la rispondenza della attività di riutilizzo dei dati da parte dell'Agenzia del Territorio rispetto alla disciplina dei servizi di interesse economico generale (e quindi dell'art. 106 TFUE e dell'art. 8 l. 287/90) al fine di considerarne l'esenzione

(22) In questo senso si esprime la giurisprudenza europea CGUE, sez. I, 20 gennaio 2011, C-90/09 P, *General Química e a./Commissione*, punti 34-36; CGCE, sez. III, 10 settembre 2009, C-97/08 P, cit., p.to 56; CGCE, Grande Sezione, 11 dicembre 2007, C-280/06, *ETI e a.*, p.ti 38-39. Anche la giurisprudenza nazionale in tema di tutela della libertà di concorrenza ex l. 287/1990 qualifica la violazione di tali interessi come responsabilità aquiliana da danno ingiusto ex art. 2043 cod. civ., cfr. Cass. SS. UU., 4 febbraio 2005, n. 2207; Cass. civ., sez. III, 21 gennaio 2010, n. 993.

(23) *“Ammesso e non concesso che da tali gare possa essere derivato un danno ingiusto per le imprese attrici, si sarebbe comunque trattato di condotta esentata l. n. 287, ex art. 8 dall'applicazione del diritto antitrust”* in quanto *“imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale”*, Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3638. Si vedano anche Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2008, n. 355; Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2007, n. 11312.

(24) Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3638.

dalla disciplina della concorrenza (25). In merito, quindi, la Suprema Corte, nell'operare un giudizio di bilanciamento e ragionevolezza, ha escluso che nel caso esaminato si possa ritenere operante la deroga *ex art. 8, comma 2, l. 287/90*, dal momento che non è stato adeguatamente dimostrato il necessario nesso funzionale *“tra il servizio di formazione, conservazione e gestione dei registri pubblici, da un lato, e dall'altro le limitazioni che l'Agenzia del territorio è abilitata a porre nella successiva utilizzazione economica dei dati da parte di altri soggetti”*.

4.2- Un recente arresto europeo della Corte di giustizia (26) ha ulteriormente sviluppato il dialogo tra corti sul tema in esame.

La Corte ha, infatti, preso in esame il caso di una autorità pubblica austriaca che gestisce in regime di monopolio una banca dati con la funzione di raccogliere e renderne pubblici i dati. Il giudice dell'*Oberster Gerichtshof* austriaco ha sollevato una domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea circa l'interpretazione dell'art. 102 TFUE in relazione alla messa a disposizione dei dati del registro delle imprese (*Firmenbuch*) e, alla luce della Direttiva 2003/98/CE, in tema di riutilizzo a fini commerciali della documentazione detenuta da enti pubblici per motivi di servizio pubblico.

In primo luogo, la Corte ha posto come discrimine della configurabilità per un ente pubblico di una attività come 'impresa' (27) la possibilità che questa possa essere dissociata dall'esercizio del pubblico potere; e, quindi, se un'attività non può essere dissociata deve essere necessariamente ricollegata all'esercizio del pubblico potere.

In secondo luogo, suddivide in due momenti il processo di raccolta e messa a disposizione dei dati: un'attività di raccolta di dati relativi ad imprese, basata su un obbligo legale di dichiarazione imposto a queste ultime e sui correlativi poteri coercitivi; un'attività consistente nel conservare e nel rendere accessibili al pubblico i dati in tal modo raccolti, vuoi mediante semplice consultazione, vuoi mediante la fornitura di copie su supporto cartaceo, conformemente alla normativa nazionale applicabile. Per entrambe le fasi (inscindibili e l'una preordinata all'altra) si ritiene che né si configuri un'attività economica né che la pubblica autorità possa essere qualificata come impresa ai sensi dell'art. 102 TFUE.

(25) Cass. SS.UU., 30 dicembre 2011, n. 30175. A riguardo nella sentenza si afferma che *“La ragione di tale esenzione, com'è noto, risiede essenzialmente nel fatto che quei servizi, benché esercitati da imprese e finalizzati a scopi lucrativi, sono altresì funzionali ad obiettivi extraeconomici di più ampia portata - e dunque appunto d'interesse generale - essendo volti a soddisfare esigenze di carattere sociale, ambientale, culturale e simili, facenti capo ad una indeterminata platea di soggetti”*.

(26) CGUE, sez. III, 12 luglio 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank*, in *Foro amm. CdS*, 2012, 7-8, 1733 e ss..

(27) Cfr. *supra* par. 2.

In terzo e ultimo luogo, la Corte considera l'ipotesi della somministrazione di dati a soggetti interessati dietro un corrispettivo. In questo caso la presenza di un corrispettivo non è *ipso facto* un'indice di commerciabilità (e quindi di attività economica) “*nei limiti in cui i diritti o le tasse dovuti per la messa a disposizione del pubblico delle informazioni di cui trattasi non sono determinati, direttamente o indirettamente, dall'ente interessato, bensì sono previsti dalla legge*”.

4.3- Solo con queste premesse, si può analizzare lo sviluppo argomentativo della sentenza della Corte d'Appello di Venezia che si annota.

Infatti, in linea con la citata sentenza *Compass-Datenbank* della Corte di Giustizia, il Collegio della Corte d'Appello di Venezia ha condotto una valutazione in concreto dell'attività svolta dalla Agenzia del Territorio, avendo altresì in considerazione come orizzonte interpretativo la Direttiva 2003/98/CE.

In particolare, il Collegio fa riferimento all'art. 10 della Direttiva, il quale, da un lato al primo paragrafo impone che non vi siano effetti discriminatori in termini di riutilizzo dei documenti, dall'altro al secondo paragrafo dispone che “*se un ente pubblico riutilizza documenti per attività commerciali che esulano dall'ambito dei suoi compiti di servizio pubblico, la messa a disposizione dei documenti in questione per tali attività è soggetta alle stesse tariffe e condizioni applicate agli altri utilizzatori*”.

La questione si concentra, quindi, sulla qualificazione che si intende dare alla attività di ricerca continuativa (28), poiché, a seconda dell'interpretazione, questa assume i caratteri propri di una attività d'impresa oppure quelli di attività d'imperio, propria di un ente pubblico, e quindi esclusa dalla disciplina *antitrust*.

Infatti, nel primo caso la normativa applicabile sarebbe quella inerente il riutilizzo a fini commerciali dei dati pubblici *ex art. 2 n. 4 (29)* della Direttiva così comportando la necessità della applicazione della normativa europea in materia di concorrenza *ex art. 102 TFUE* e *ss.* e quella interna *ex l. 287/90 (sub specie dell'art. 8 della stessa legge)*; nel secondo caso il servizio dell'Agenzia verrebbe a costituire una mera “*messa a disposizione dei documenti per via elettronica*” *ex art. 5* della Direttiva, cosicché essendo inquadrata come attività svolta in esercizio della funzione pubblica esula dall'applicazione della normativa *antitrust*.

A fronte di queste considerazioni, il Collegio, nel rigettare l'istanza della società ITC, sceglie di non qualificare l'attività effettivamente svolta della Agenzia del Territorio come 'attività d'impresa', poiché “*l'attività in parola non concreta il riutilizzo del documento a fini commerciali ma il semplice ri-*

(28) V. *supra* nt. n. 3.

(29) V. *supra* nt. n. 5.

lascio di dati e ciò in quanto le notizie che vengono comunicate all'utente per via telematica, ancorché riferite ad un soggetto monitorato in un arco continuativo di tempo, derivano direttamente dall'utilizzo del moderno sistema informatico di tenuta dei registri” (30).

5. Conclusioni.

La Corte d'Appello di Venezia, nel definire il giudizio, pone in evidenza alcuni aspetti di rilievo in una materia nuova quanto complessa come quella del riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico, altrimenti nota con l'acronimo inglese di PSI (*Public Sector Information*). La Direttiva 2003/98/CE costituisce, infatti, un primo punto di partenza per una normativa comune all'interno del più ampio percorso per una Agenda Digitale per l'Europa (31). Per questo motivo è necessario non solo il pieno recepimento nell'ordinamento italiano della Direttiva ma anche una lettura conforme all'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia.

La sentenza esaminata si discosta dalla precedente giurisprudenza nazionale di legittimità affermando che non costituisce attività economica l'attività svolta dalla Agenzia del Territorio ma mera esecuzione di atti d'imperio pubblicistici. Pertanto, non qualificandosi tale funzione come 'impresa' non deve considerarsi applicabile la normativa in materia di sfruttamento abusivo di posizione dominante sul mercato *ex art. 102 TFUE*. Peraltro, la circostanza che la somministrazione dei dati venga fornita dall'Agenzia a fronte di un corrispettivo e il fatto che tale corrispettivo abbia subito degli incrementi (anche rilevanti) non significa di per sé che tale attività debba essere riqualificata come commerciale né che la prova della sproporzione dell'aumento possa “*essere fatta derivare sic et simpliciter dall'aumento della tariffa*”.

(30) Tuttavia, in materia non mancano precedenti di segno contrario che abbiano affermato invece la violazione da parte della Agenzia del Territorio della normativa *antitrust*. In un caso Cassazione ha infatti rigettato il ricorso della Agenzia, confermando la sentenza di secondo grado che riconosceva l'abuso di posizione dominante nei confronti di una società commerciale per la mancata somministrazione di informazioni contenute in pubblici registri in applicazione di una normativa interna in contrasto con la disciplina comunitaria in vigore (Direttiva 2003/98/CE), Cass. civ., sez. III, 29 dicembre 2011, n. 29736. In tema di configurabilità della 'attività d'impresa' si veda invece come in un altro caso la giurisprudenza di merito abbia qualificato l'attività della Agenzia del Territorio come attività d'impresa sulla base della previsione statutaria della Agenzia stessa che le permette di somministrare nelle materie di sua competenza e tramite la stipula di convenzioni servizi, consulenze e collaborazioni a terzi, cfr. Corte d'Appello di Torino, sez. I civ., 11 febbraio 2010, n. 218; un'impostazione argomentativa, peraltro, confermata in sede di ricorso per Cassazione (Cass. SS.UU., 30 dicembre 2011, n. 30175).

(31) Di questi aspetti e della Direttiva 2003/98/CE (compresa l'analisi della Proposta [COM(2011) 877] per modificare la Direttiva stessa) ne dà ampia descrizione M. MAGGIOLINO, *Il riutilizzo dell'informazione detenuta dal settore pubblico. Alcune riflessioni di politica e diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 1, pag. 765-802. I riferimenti alla suddetta Proposta si rinvengono alla voce Commissione europea, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, 2011/0430 (COD), 12 dicembre 2011.

Decisamente rilevante, infine, l'interpretazione che viene data del servizio di ricerca continuativa, inteso come “*semplice rilascio di dati*” e non come “*riutilizzo del documento a fini commerciali*”; ciò induce a ritenere tale attività come l'effetto “*meccanico*” della tenuta dei registri pubblicitari e, quindi, a qualificarla come mero atto d'imperio (32).

Con questa sentenza viene così a definirsi una giurisprudenza nazionale, conforme ai più recenti arresti della Corte di Giustizia, che si spera potrà essere confermata anche in sede di legittimità, così da porre fine (o perlomeno certezza) a questa *querelle* che riguarda l'Agencia del Territorio e le imprese private operanti nel settore delle informazioni immobiliari.

RELAZIONE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE SUL
CONTENZIOSO IN MATERIA DI
RIUTILIZZAZIONE DEI DATI IPOTECARI E CATASTALI

1) Premessa

Le banche dati ipotecaria e catastale gestite dall'Agencia delle Entrate - che, per effetto delle disposizioni di cui all'articolo 23-*quater* del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, è competente a svolgere, tra l'altro, i servizi relativi al catasto, i servizi geotopocartografici e quelli relativi alle conservatorie dei registri immobiliari, già di competenza della incorporata Agencia del Territorio - contengono informazioni di notevole rilievo per il mercato immobiliare ed hanno da sempre rappresentato, per gli operatori di detto mercato, la fonte principale cui attingere notizie di interesse.

In proposito, si è sviluppato un notevole e delicato contenzioso -incardinato con il peculiare rito processuale, previsto in materia anticoncorrenziale, innanzi alle Corti di Appello competenti in grado unico di giudizio, ai sensi dell'art. 33 della legge n. 287 del 1990 - nel quale le

(32) Tuttavia, si deve peraltro menzionare che il tema del servizio di ricerca continuativa è stato di recente oggetto di una novella con l'effetto di una possibile diminuzione degli aspetti controversi tra l'Agencia e le imprese operanti nel settore. Infatti, con l'intervento del d.l. 2 febbraio 2012, n. 16 è stato parzialmente abolito per l'Agencia il servizio di ricerca continuativa per via telematica ed è stato abbassato il costo di trasmissione telematica dell'elenco. L'art. 6, comma 5-*decies*, (inserito nell'art. 1, comma 1, della legge di conversione), d.l. 2 marzo 2012, n. 16, recante “Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento, convertito con modificazioni dalla l. 26 aprile 2012, n. 44”, ha abbassato il costo per ogni soggetto per la trasmissione telematica di elenco dei soggetti presenti nelle formalità di un determinato giorno da euro 1 a euro 0,15 di cui al d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347. Inoltre lo stesso articolo ha previsto anche che “*l'importo è dovuto anticipatamente. Il servizio sarà fornito progressivamente anche in formato elaborabile. Fino all'attivazione del servizio di trasmissione telematica l'elenco dei soggetti continua a essere fornito su supporto cartaceo a richiesta di chiunque, previo pagamento del medesimo tributo di euro 0,15 per ogni soggetto*”. Peraltro, la stessa Tabella delle tasse ipotecarie allegata al testo unico delle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale, di cui al d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347, era già stata oggetto dell'art. 7, comma 19, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, il quale non solo alzava le tasse ipotecarie per alcune voci ma prevede anche che l'importo per il servizio di certificazione ipotecaria e per la trasmissione telematica di elenco dei soggetti presenti nelle formalità di un determinato giorno sia “*fornito progressivamente su base convenzionale ai soli soggetti autorizzati alla riutilizzazione commerciale*”.

società attrici, lamentando un abuso di posizione dominante dell'Agenzia, chiedono le correlate pronunce inibitorie di alcune presunte condotte anticoncorrenziali e, previo espletamento di apposita consulenza tecnica, le conseguenti condanne risarcitorie dei danni patiti.

Tale contenzioso si è sostanzialmente sviluppato su due fronti, articolandosi rispettivamente in:

- un primo filone giudiziario, sorto in relazione ad alcune disposizioni contenute nella legge finanziaria per l'anno 2005 in materia di divieto di riutilizzazione
- un secondo filone, correlato ad una specifica previsione tariffaria prevista dal D.L. n. 262 del 2006, nonché alla intenzione espressa dall'Agenzia di introdurre un nuovo servizio di fornitura di dati (cd. ricerca continuativa).

2) Osservazioni utili per le linee difensive nei due filoni di contenzioso

Nel rinviare, per un più approfondito esame dei due filoni contenziosi, a quanto dettagliatamente rappresentato al successivo paragrafo 3), si ritiene qui opportuno riassumere brevemente le rispettive problematiche, al fine di individuare concreti accorgimenti difensivi utili alla tutela della posizione dell'Agenzia.

Il **primo filone**, avviato nell'anno 2005, dopo un andamento non uniforme delle pronunce di merito, ha visto un rilevante arresto giurisprudenziale nella pronuncia n. 30175/2011 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a seguito della quale le successive decisioni di merito e di legittimità si sono attestate su un ormai consolidato orientamento sfavorevole all'Agenzia. Ciò può far legittimamente presumere un esito sfavorevole - quantomeno sull'*an* - anche per i giudizi ancora pendenti: allo stato, dei 33 giudizi complessivamente avviati nel territorio nazionale, 24 si sono definitivamente conclusi e 9 sono tuttora pendenti (nel merito, o in Cassazione, o in sede di rinvio).

- In tale "coda" processuale, assodato l'accertamento della condotta anticoncorrenziale, residua tuttavia la concreta possibilità di espletare efficaci difese sotto il profilo della prova e della quantificazione dei danni; ciò, al fine di cercare di limitare il pregiudizio per l'Agenzia, anche in considerazione dell'entità spesso rilevante, delle avverse pretese, nonché in considerazione dei precedenti esiti giudiziari di condanna che frequentemente si sono attestati su una quantificazione di gran lunga inferiore rispetto alle richieste attoree.

Il **secondo filone**, avviato nel 2006/2007, vede incardinati complessivamente 13 giudizi tutti attualmente ancora pendenti (o nel merito, o in cassazione). Questo filone contenzioso merita una particolare attenzione per alcuni motivi:

- La condotta in contestazione nel secondo filone è totalmente diversa rispetto a quella del primo filone in ordine alla quale è ormai attestata, in sede giurisprudenziale, la natura anticoncorrenziale. Tale diversità di oggetto non risulta adeguatamente compresa dai giudici aditi sul secondo filone i quali spesso, fondandosi impropriamente sulla citata sentenza n. 30175/2011 delle Sezioni Unite, tendono a confondere gli ambiti in esame ed applicano supinamente ed *in toto* al secondo filone le sfavorevoli statuizioni emesse con detta sentenza dalla Corte in relazione al primo filone. Ora, se tale applicazione può essere accettata per quanto concerne le statuizioni di carattere generale e preliminare (in materia di competenza, di giurisdizione, nonché di legittimazione passiva dell'Agenzia quale "impresa"), di contro non risulta accettabile una automatica applicazione per quanto concerne il merito della vicenda, cioè il carattere anticoncorrenziale delle condotte in contestazione che, come detto, sono del tutto diverse tra primo e secondo filone.

- In tale secondo filone giudiziario, anch'esso caratterizzato da decisioni di merito non uniformi, non si è ancora consolidato un apprezzabile orientamento della Corte di Cassazione. In tale con-

testo, infatti, la Corte di Cassazione si è pronunciata due sole volte (CEDAC srl Brescia sent. n. 17164/2012, depositata il 9.10.2012 e D&B DATA HOUSE srl - ora RIBES spa Milano sent. n. 21481/2013, depositata il 19.09.2013), cassando con rinvio le rispettive sentenze di merito favorevoli all'Agenzia, peraltro con argomentazioni che non hanno espressamente e chiaramente affrontato la tematica della anticoncorrenzialità della specifica condotta in contestazione.

- La stessa condotta, che è in contestazione in tale secondo filone, non risulta, di per sé, chiaramente compresa. Essa infatti concerne due ben distinti elementi, proposti da parte avversa come esplicazione di un unico e articolato disegno anticoncorrenziale dell'Agenzia: si fa riferimento, in particolare, all'introduzione del "servizio di ricerca continuativa" e all'aumento tariffario del "servizio elenco soggetti". Ora, è bene chiarire che i due servizi di cui si discute nel secondo filone, oltre ad essere diversi dalla condotta contestata nel primo filone, sono anche del tutto diversi tra loro: per natura, per funzione e per concrete applicazioni. A dispetto della diversità di tali due servizi, i medesimi vengono invece spesso confusi in un *unicum* che costituirebbe una unica condotta anticoncorrenziale; questa confusione spesso parte da una valutazione di anticoncorrenzialità del servizio di ricerca continuativa per giungere ad una immotivata valutazione di anticoncorrenzialità dell'intera condotta in contestazione, ivi compreso l'aumento tariffario dell'elenco soggetti. Ciò risulta tanto più inaccettabile se si considera che detto servizio di ricerca continuativa non è mai stato attivato dall'Agenzia (in quanto rimasto ad una fase meramente sperimentale e poi definitivamente abbandonato) e pertanto l'oggetto della contestazione dovrebbe concentrarsi unicamente sulla eventuale anticoncorrenzialità connessa all'altro servizio (elenco soggetti, *rectius* aumento tariffario disposto dal legislatore del 2006 in relazione a tale servizio).

- Anche per questo filone assume notevole rilievo, in disparte l'*an*, il profilo afferente il *quantum*, anche per quanto concerne le diverse modalità ed i diversi criteri utilizzabili per pervenire alla eventuale quantificazione dei danni.

3) Analisi dei due filoni giudiziari in materia di riutilizzazione

Per un eventuale approfondimento si rappresenta quanto segue con riferimento a ciascuno dei due filoni giudiziari in esame, fornendo, al contempo, evidenza dei rispettivi giudizi ancora pendenti.

PRIMO FILONE

Approfondimenti

La tematica oggetto di esame nel primo filone concerne alcune lamentate restrizioni al libero riutilizzo delle informazioni.

In particolare, le disposizioni introdotte dall'art. 1, commi dal 367 al 373, della Legge Finanziaria 2005, avevano delineato una articolata disciplina in tema di riutilizzo dei documenti, dei dati e delle informazioni catastali e ipotecarie acquisiti anche per via telematica, in via diretta o mediata, dagli archivi all'epoca tenuti dagli uffici dell'Agenzia del Territorio.

Nello specifico, tali norme avevano disposto un generale divieto della riutilizzazione commerciale dei suddetti documenti, informazioni e dati acquisiti da archivi e registri tenuti da uffici dell'Agenzia del Territorio. Il riutilizzo, in base alle citate disposizioni, veniva consentito solo previa sottoscrizione di apposita convenzione con l'Agenzia a fronte del pagamento dei tributi dovuti secondo le modalità stabilite dal comma 370 (pagamento effettuato in relazione ad ogni singolo atto di riutilizzo).

In seguito alla emanazione delle predette disposizioni, si è sviluppato un contenzioso particolarmente complesso, su iniziativa prevalente di alcune società operanti nel settore delle informazioni commerciali e finanziarie.

Tali azioni giudiziarie lamentano, in sostanza, la turbativa del mercato e della concorrenza che sarebbe derivata da un presunto abuso di posizione dominante da parte dell'Agenzia del Territorio. In particolare, viene lamentata la contrarietà delle citate disposizioni normative con i principi comunitari in materia di riutilizzazione delle informazioni contenute, soprattutto, nella Direttiva CE 98/2003; contrarietà che, secondo l'assunto di controparte, avrebbe dovuto condurre alla disapplicazione della citata normativa statale del 2005 in quanto anticomunitaria. Le doglianze sono accompagnate dalla contestuale richiesta di risarcimento dei danni nei confronti dell'Agenzia.

Successivamente, la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007) ha modificato sensibilmente la normativa in tema di "riutilizzazione commerciale" dei dati e delle informazioni ipotecarie e catastali.

L'art. 1, comma 386, della L. 296 del 2006 infatti, ha sostituito l'art. 1, comma 370 della legge n. 311/2004, il quale, a seguito di tale intervento, dopo aver stabilito che i documenti, i dati e le informazioni catastali ed ipotecarie sono riutilizzabili commercialmente nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, dispone che, a far data dal 1° gennaio 2007, i riutilizzatori commerciali autorizzati devono corrispondere un *quid* con riferimento alla sola acquisizione originaria: in particolare, per l'acquisizione originaria dei dati e delle informazioni catastali devono provvedere al pagamento di un importo fisso annuale determinato con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, mentre, per l'acquisizione originaria dei dati e delle informazioni ipotecarie, devono corrispondere il pagamento dei tributi previsti maggiorati nella misura del 20 per cento. In sostanza si è disposto un pagamento forfetario che, una volta effettuato al momento dell'acquisizione originaria dei dati, consente il successivo riutilizzo degli stessi senza alcuna altra obbligazione tributaria.

La modifica normativa introdotta con la finanziaria 2007, tuttavia, pur eliminando il pagamento dei pregressi tributi previsti per ogni atto di riutilizzo, non contiene disposizioni di carattere transitorio o comunque ad effetto "definitorio" sui rapporti pregressi per cui non ha inciso sul fronte delle iniziative di carattere giudiziario che le società operanti nel settore delle informazioni ipotecarie e catastali avevano già intrapreso su tutto il territorio nazionale per contrastare il previgente regime introdotto dalla Legge Finanziaria del 2005.

Allo stato attuale, dopo alcune pronunce di merito intervenute con contenuti eterogenei, si è pronunciata sul tema la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, che con la sentenza n. 30175, depositata in data 30.12.2011, si è espressa in termini sfavorevoli per questa Agenzia.

In sostanza, in tale sentenza la Corte ha affermato i seguenti principi:

- vige, in materia, la giurisdizione civile non potendosi ritenere devoluta alla giurisdizione tributaria la questione dedotta in contestazione;
- l'Agenzia è legittimata passiva di tali azioni potendo essere considerata una "impresa" soggetta anch'essa alle regole nazionali e comunitarie in tema di concorrenza e non risultando rilevante la qualifica di ente pubblico, ma esclusivamente la specifica attività presa in considerazione;
- l'attività istituzionale di tenuta e pubblicità dei dati ipotecari e catastali deve essere tenuta distinta, ai fini di interesse nel giudizio in questione, dalle attività che - in coerenza con le previsioni statutarie che ne ammettono l'esplicazione - pongono l'Agenzia in competizione economica con altri soggetti;
- non opera, nel caso di specie, l'esenzione dall'osservanza delle regole in materia di concorrenza (ai sensi dell'art. 8 della legge n. 287 del 1990 e dell'art. 106 del Trattato UE) in quanto l'abuso di posizione dominante afferisce non alla funzione primaria della formazione, con-

servazione e gestione dei pubblici registri, bensì alle ulteriori e diverse attività relative al trattamento commerciale dei dati ricavati dalla consultazione di detti registri;

- le limitazioni all'utilizzazione economica dei dati in questione discendono dal generale divieto di riutilizzazione dei medesimi, per cui nessun rilievo assume in giudizio il nuovo assetto normativo realizzatosi a partire dall'anno 2007 con l'abolizione del divieto generalizzato di riutilizzo;

- le disposizioni contenute nella legge finanziaria per l'anno 2005 (oggetto di doglianza) non appaiono affatto compatibili con i dettami vincolanti contenuti nella direttiva europea 2003/98/CE in tema di riutilizzo delle informazioni, in coerenza con quanto evidenziato dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato e dalla stessa Commissione europea;

- i dettami in materia non risultano rispettati dall'Agenzia sia a causa della previsione di specifiche convenzioni per l'esercizio del riutilizzo (che invece dovrebbe operare in base a licenze standard), sia per la tariffazione improntata alla duplicazione dei tributi per l'acquisizione originaria del dato (e non a criteri di economicità).

Sulla base di tali principi la Corte ha rigettato il ricorso per cassazione che era stato presentato dall'Agenzia, condannando l'amministrazione anche alle spese di giudizio.

All'esito di tale pronunciamento delle Sezioni Unite si è verificato un generalizzato adeguamento giurisprudenziale dei vari giudici aditi in materia ed anche l'Avvocatura Generale dello Stato, nelle ipotesi di sentenza di merito sfavorevole all'amministrazione, si è pronunciata nel senso della opportunità di prestare ormai acquiescenza omettendo l'ulteriore gravame in sede di legittimità.

(...)

SECONDO FILONE

Approfondimenti

Sempre in materia di riutilizzazione commerciale dei dati e delle informazioni questa Agenzia è coinvolta in un "secondo filone giudiziario" sviluppatosi a seguito della emanazione dei due seguenti provvedimenti normativi:

- il D.L. 31 gennaio 2005, n. 7 che ha aggiunto alla legge 311/2004 l'allegato 2-*sexies*, recante la nuova Tabella delle Tasse ipotecarie (il cui punto 4 prevede l'introduzione del servizio di "Ricerca continuativa");

- il D.L. 3 ottobre 2006 n. 262, che ha, tra l'altro, fortemente innovato la disciplina concernente la fornitura del cd. servizio di "Elenco soggetti", modificando la Tabella delle Tasse ipotecarie allegata al D.Lgs. 347/1990.

Con tale ultimo intervento normativo, in particolare, oltre a mantenere il c.d. servizio di "Ricerca continuativa" di cui al numero d'ordine 4.1 della Tabella delle Tasse ipotecarie, sono state stabilite nuove tariffe e nuove modalità di rilascio del predetto "Elenco soggetti", prevedendo che tale ultimo servizio venga rilasciato per via telematica, su base convenzionale, ai soli soggetti autorizzati alla riutilizzazione commerciale.

Le società attrici, in questo secondo filone giudiziario, lamentano il fatto che, con l'introduzione del servizio di "Ricerca continuativa per via telematica" e con l'aumento dei tributi correlati al servizio di "Elenco soggetti", si sarebbe realizzato un abuso di posizione dominante (in violazione dei principi fissati dalle disposizioni comunitarie in materia) foriero di una illegittima turbativa del mercato che convoglierebbe i clienti di dette società verso i servizi dell'Agenzia.

Anche per tale secondo filone giudiziario, è stato utilizzato, da parte dei soggetti attori, lo strumento processuale previsto dall'art. 33 della legge 287 del 1990, in tema di violazione

delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato, dal momento che gli istanti lamentano una turbativa delle regole in materia a danno dell'attività svolta dagli stessi.

Tali giudizi sono anch'essi tendenzialmente caratterizzati dall'attivazione di una prima fase cautelare e, successivamente, da una fase di merito, a tutt'oggi, ancora in parte *sub iudice*.

È importante evidenziare che l'emanazione di alcune pronunce sfavorevoli nella fase cautelare, ha prudenzialmente indotto questa Agenzia prima ad interrompere la sperimentazione del servizio di "Ricerca continuativa" e poi ad abbandonare definitivamente l'ipotesi di attivare tale servizio (successivamente anche formalmente espunto dalla corrispondente previsione tariffaria).

La sospensione della sperimentazione del servizio di "Ricerca continuativa" ha concentrato (*rectius* avrebbe dovuto concentrare) le "attenzioni" unicamente sull'altro servizio oggetto di contestazione ("Elenco soggetti") in relazione al quale si contesta soprattutto l'aumento tariffario disposto dal D.L. 262 del 2006 (€ 4,00 per ogni soggetto presente nell'elenco). A tal proposito appare opportuno evidenziare che a fronte di numerose pronunce cautelari favorevoli, sono intervenuti alcuni provvedimenti cautelari sfavorevoli all'Agenzia con i quali è stato riconosciuto il diritto delle attrici a ricevere il detto servizio alle condizioni tariffarie *ante* D.L. 262/2006.

In relazione alla fase di merito, allo stato attuale si evidenzia che risultano ancora pendenti nel merito circa una metà dei giudizi.

Rileva al riguardo anche evidenziare che, recentemente, sulla materia è nuovamente intervenuto il legislatore il quale, con l'art. 5, comma 4-*bis* del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70, convertito dalla legge 12 luglio 2011, n. 106:

- ha abrogato il divieto di riutilizzazione commerciale dei dati ipotecarie e catastali;
- ha eliminato l'importo fisso annuale e la maggiorazione del 20 % introdotti dalla legge finanziaria del 2007;
- ha modificato la Tabella delle tasse ipotecarie riducendo il tributo da versare per il servizio di "elenco soggetti".

Tale intervento normativo risulta inserito in un contesto di espressa finalità volta ad agevolare la circolazione delle informazioni concernenti gli immobili ed ha comportato anche la formale espunzione del servizio di ricerca continuativa dalla previsione tabellare (servizio che, come detto, aveva suscitato notevoli preoccupazioni in ordine ad una presunta posizione concorrenziale dell'Agenzia e che, a titolo cautelativo, non era mai stato concretamente attivato).

In tale filone, occorre tener presente che - in funzione della eventuale anticoncorrenzialità delle condotte addebitate all'Agenzia - costituisce profilo di delicatezza la tematica del rispetto dei criteri di tariffazione fissati dalla disciplina comunitaria (congruità del corrispettivo rispetto ai costi sostenuti). Ciò in quanto, indipendentemente dalla natura tributaria della tariffa percepita a fronte della prestazione del servizio, alcuni rinvergono anche nella richiesta di una tariffa ritenuta "eccessiva" un comportamento che - in relazione al principio comunitario di congruità della tariffazione in materia di riutilizzazione commerciale - altera le regole del mercato arrecando danno agli operatori del settore a vantaggio dell'Agenzia (Agenzia che - si rammenta - ove volesse porre in essere attività concorrenziali con quelle del mercato, per essere al riparo da eventuali doglianze di turbativa, dovrebbe operare mediante una società separata soggetta alle medesime regole cui soggiacciono gli altri operatori).

Tale aspetto si interseca naturalmente con quello afferente la individuazione dei servizi che costituiscono esplicazione dell'attività istituzionale affidata dall'ordinamento all'Agenzia quale svolgimento di un compito pubblico gestito in esclusiva, al fine di distinguere tali servizi

(esclusi dalla disciplina anticoncorrenziale) da quelli il cui svolgimento potrebbe invece configurare esplicitazione di una attività concorrenziale esercitata nell'abuso di una posizione dominante.

Su tale profilo, peraltro, anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avuto modo in più occasioni di evidenziare il rilievo da attribuire, nell'ottica della individuazione dei comportamenti che possono ritenersi insuscettibili di alterare le regole della concorrenza e del mercato, al carattere istituzionale rinvenibile nei servizi offerti nello svolgimento di un compito pubblico (in tal senso, in particolare, l'Autorità si è espressa con la Segnalazione del 30 novembre 2006 e la Segnalazione del 27 gennaio 2006).

Con riferimento ai servizi svolti da questa amministrazione fiscale e al presunto connotato "commerciale" di alcuni di essi, nonché in relazione al profilo della "tariffazione", si ritiene che abbia portato elementi di interessante novità il recente intervento normativo effettuato con il **decreto legge 2 marzo 2012, n. 16**.

In particolare, l'articolo 6, comma 1, di detto decreto legge ha modificato l'articolo 64 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 ove sono individuate le attività svolte dall'Agenzia del Territorio (ora Agenzia delle Entrate). Con tale intervento, il legislatore ha soppresso la precedente previsione che consentiva all'Agenzia del Territorio di svolgere servizi tecnici da offrire direttamente sul mercato ed ha previsto ora, anche per tali servizi (estimativi e valutativi su beni immobili) una natura istituzionale connessa all'esplicitazione di una competenza spettante all'Agenzia in relazione alle richieste formulate da pubbliche amministrazioni e dagli enti ad esse strumentali. In tal modo è stato eliminato un elemento che spesso veniva addotto a riprova della "attività commerciale" svolta dall'Agenzia: elemento peraltro impropriamente addotto a carico dell'Agenzia dal momento che faceva riferimento alla possibilità di fornire "servizi commerciali" in ambito tecnico-estimativo e non nella materia della fornitura dei dati ipotecari e catastali.

Inoltre, per quanto qui di interesse, rilevano anche i commi successivi del medesimo articolo 6 del D.L. n. 16 del 2012 ove si è disposto, tra l'altro, anche in un'ottica di adeguamento ai principi comunitari in materia di tariffazione:

- la rimodulazione del tributo correlato al servizio di rilascio dell'elenco soggetti, precedentemente fissato in € 4,00, con determinazione del nuovo importo in € 0,15 per ogni soggetto presente nell'elenco;
- la riduzione del 10 per cento sui tributi dovuti nelle ipotesi di consultazione telematica della banca dati ipotecaria;
- la reintroduzione dei tributi per le visure catastali, con previsione di una analoga riduzione del 10 per cento per la consultazione effettuata per via telematica;
- la previsione della fornitura di alcuni servizi in formato elaborabile (in sostanziale coerenza con l'assetto che prevede la fornitura del dato "grezzo" da parte dell'amministrazione e la composizione di un prodotto rielaborato e commercialmente utilizzabile da parte degli operatori del mercato di riferimento).

A tale ultimo proposito, con Provvedimento Direttoriale del 26 settembre 2012 è stato attivato, a decorrere dal 1° ottobre 2012, il servizio di "fornitura telematica dell'elenco soggetti", nonché il rilascio "in formato elaborabile" del medesimo elenco soggetti e dell'elenco sintetico delle formalità estratto in sede di consultazione della banca dati ipotecaria.

(...).

Corte d'appello di Venezia, Sez. I civ., sentenza 20 marzo 2013 n. 624 - Pres. est. L.M.T. Zoso - Soc. I.T.C. (avv. C. Granelli) c. Agenzia del Territorio (avv. distrett. Stato Venezia).
(...)

Svolgimento del processo

Con ricorso cautelare ante causam, la società I.T.C. Italian Trade Consultant s.r.l. instava affinché fosse inibito all'Agenzia del territorio di proseguire nella produzione ed offerta al pubblico del servizio di ricerca continuativa telematica in via diretta piuttosto che per il tramite di società separata ammessa all'accesso ai dati detenuti dell'Agenzia a parità di costi e condizioni con le altre imprese operanti nel settore. Con ordinanza del 15 dicembre 2006 la corte d'appello di Venezia accoglieva il ricorso e il provvedimento veniva confermato in sede di reclamo il 30 gennaio 2007.

Il giudizio di merito aveva inizio con atto di citazione notificato il 13 febbraio 2007 da I.T.C. Italian Trade Consultant s.r.l. a mezzo del quale conveniva in giudizio l'Agenzia del territorio esponendo di svolgere attività di produzione e commercializzazione di servizi di informazione commerciale basati sull'elaborazione di dati reperibili presso i pubblici registri immobiliari ed il catasto terreni e fabbricati tenuti dall'Agenzia del territorio.

Sosteneva che, nell'esercizio della sua attività d'impresa, procedeva alla rilevazione presso i pubblici registri immobiliari dei dati necessari per l'elaborazione dei servizi di informazione ipocatastale e procedeva alla rielaborazione dei dati al fine di compiere relazioni patrimoniali immobiliari ed eseguire il monitoraggio immobiliare, che consisteva nella segnalazione tempestiva all'utenza di qualsiasi variazione fosse intervenuta nel patrimonio immobiliare dei soggetti che il cliente finale richiedeva venissero tenuti sotto costante controllo.

Il monitoraggio immobiliare veniva svolto attraverso la rilevazione presso gli uffici dell'Agenzia del territorio degli elenchi dei soggetti presenti nelle formalità di un dato giorno, in cui si trovavano evidenziati i nominativi di tutti i soggetti relativamente ai quali erano state effettuate nella giornata trascrizioni, iscrizioni o annotamenti; successivamente tali dati venivano digitati in formato elettronico e, attraverso l'impiego di un software, venivano incrociati i dati contenuti negli elenchi con i nomi dei soggetti che dovevano essere monitorati; a seguito di tale operazione veniva inviata al cliente la segnalazione della variazione eventualmente intervenuta nel patrimonio del soggetto monitorato.

Sosteneva l'attrice che l'Agenzia del territorio, ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, era incaricato di svolgere i servizi relativi al catasto e quelli relativi alle conservatorie dei registri immobiliari ma lo statuto dell'Agenzia prevedeva espressamente che essa potesse svolgere, oltre a tali funzioni istituzionali, anche attività di fornitura di servizi nelle materie di competenza a soggetti pubblici e privati sulla base di rapporti contrattuali; dunque l'Agenzia del territorio, oltre a svolgere i compiti istituzionali cui era preposta quale ente di diritto pubblico, poteva svolgere altresì attività di impresa sul mercato con abuso di posizione dominante in quanto agiva in concorrenza con le imprese private nella prestazione di servizi elaborati utilizzando i dati di cui era in possesso.

Ciò facendo essa era in grado di sfruttare la posizione agevolata che le derivava dall'essere depositaria dell'universalità dei dati relativi al sistema immobiliare ed aveva l'opportunità di offrire direttamente agli utenti gli stessi servizi informativi che potevano essere prestati dalle agenzie private nello svolgimento delle loro funzioni intermedie tra il cliente privato ed il pubblico ufficio depositario delle registrazioni immobiliari.

Assumeva l'attrice che l'Agenzia del territorio aveva offerto sul mercato i propri servizi di monitoraggio continuativo dei soggetti presenti nelle formalità ipotecarie. Inoltre con decreto

legge 3 ottobre 2006 numero 262, convertito con modifiche con legge 24 novembre 2006 numero 286, era stato previsto che le tasse ipotecarie relative al servizio di rilascio dell'elenco soggetti, cioè le informazioni sulla base delle quali le imprese private elaboravano il servizio di monitoraggio immobiliare, venivano aumentate ad euro 4.00 per ogni soggetto mentre fino ad allora veniva fornito ai richiedenti il medesimo servizio al prezzo di euro 0.70 a soggetto. A causa dell'aumento tariffario previsto da tale decreto alcuni clienti della società avevano comunicato di sospendere la richiesta di monitoraggio immobiliare, con il conseguente crollo del fatturato dell'impresa ITC e l'incremento vertiginoso dei costi di produzione. L'Agenzia del territorio, agendo in modo da entrare nel mercato dei servizi di informazione ipocatastale ed offrendo il servizio di monitoraggio immobiliare, aveva violato:

- l'art. 10 del trattato CE, che prescrive che gli Stati membri si astengono da qualsiasi misura atta a compromettere la realizzazione degli scopi del trattato e, tra questi, quello dell'instaurazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno;
- l'art. 82 del trattato CE che vieta lo sfruttamento abusivo da parte di uno e più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo;
- l'art. 86 del trattato CE che statuisce che anche le imprese gestite da un ente pubblico sono sottoposte alle norme del trattato e, in particolare, alle regole della concorrenza. nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata;
- l'art. 8, comma primo, della legge 287/1990 che, in attuazione dell'articolo 86 del trattato CE, prevede che le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale.

Ora, l'Agenzia del territorio doveva essere ritenuta impresa dotata di personalità giuridica di diritto pubblico operante sul mercato dei servizi informativi tratti dall'utilizzazione dei dati detenuti in virtù dei compiti istituzionali di conservazione dei registri immobiliari e, conseguentemente, essa in quest'ambito era soggetta ai limiti del diritto della concorrenza.

Rimarcava l'attrice che l'art. 8, comma 2 bis, della legge numero 287/1990 imponeva che, qualora le imprese che gestivano i servizi di interesse economico generale ovvero operavano in regime di monopolio sul mercato intendessero svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agivano nella realizzazione dei loro fini istituzionali, dovevano operare mediante società separate in quanto la separazione societaria consentiva di verificare il rispetto, da parte degli enti che avevano la disponibilità esclusiva dei servizi informativi, dell'obbligo di rendere accessibili detti beni o servizi a condizioni equivalenti alle altre imprese direttamente concorrenti.

Anche sotto tale profilo, dunque, ovvero per la mancata istituzione di una società separata che agisse nell'ambito dei servizi immobiliari, era ravvisabile l'abuso di posizione dominante. Tutto ciò premesso, doveva essere inibito all'Agenzia del territorio la prosecuzione delle denunciate condotte che integravano gli estremi dell'abuso di posizione dominante in violazione delle norme interne e comunitarie a tutela della concorrenza e l'Agenzia stessa doveva essere condannata al risarcimento del danno da determinarsi in corso di causa.

Si costituiva la convenuta eccependo in via preliminare la carenza di giurisdizione e l'incompetenza territoriale del giudice adito.

Nel merito chiedeva il rigetto della domanda in quanto l'Agenzia del territorio non poteva essere considerata impresa poiché operava nell'esercizio di funzioni pubbliche e svolgeva il servizio di conservatoria dei registri immobiliari. Il decreto legge 31 gennaio 2005 numero 7 ed il decreto legge 3 ottobre 2006 numero 262 avevano introdotto la ricerca continuativa e la trasmissione elenco soggetti che rappresentavano strumenti a disposizione dell'utenza per l'ac-

quisizione in via telematica di dati e informazioni ipotecarie. Tali elenchi contenevano i nominativi dei soggetti a favore e contro i quali erano state eseguite le formalità in un determinato giorno presso ciascuna singola conservatoria con indicazione della tipologia di formalità coinvolta e per tale servizio era stato previsto il tributo di euro 4,00 per ogni soggetto. Sostanzialmente la trasmissione dell'elenco soggetti non avveniva in forma cartacea ma per via telematica e, tuttavia, ciò non coinvolgeva in alcun modo la fase di utilizzazione commerciale dei dati ipotecarie e catastali e costituiva solo una modalità di rilascio dell'elenco soggetti; il criterio di misurazione della tassa dovuta a soggetto si atteggiava, poi, come norma di carattere fiscale destinata a incidere in modo esclusivo sull'attività di acquisizione dei dati.

La ricerca continuativa per via telematica, poi, altro non era che una modalità di acquisizione dell'elenco soggetti poiché all'utente che ne faceva richiesta era data comunicazione delle formalità che riguardavano un determinato nominativo per un determinato periodo di tempo. Dunque l'istituzione della ricerca continuativa e della trasmissione elenco soggetti non era incisa dai principi stabiliti dalla direttiva 2003/98/CEE in materia di imponibilità del riutilizzo commerciale dei dati.

Evidenziava la convenuta che l'attrice, come altre imprese operanti nel settore, svolgeva l'attività di elaborazione dei dati acquisiti finalizzata a fornire alla clientela un prodotto diverso che era il frutto dell'elaborazione dei dati forniti dall'agenzia del territorio, la quale si limitava ad erogare il servizio pubblico previo versamento di una tassa.

In corso di causa l'attrice proponeva ricorso ex articolo 669 bis c.p.c. al fine di ottenere la disapplicazione della legge nazionale istitutiva del nuovo regime tariffario con imposizione all'Agenzia convenuta della cessazione dall'imposizione di prezzi d'acquisto non equi. La corte rigettava il ricorso ed, altresì, il reclamo avverso di esso proposto rilevandone l'infondatezza. Disposta consulenza tecnica e precisate le conclusioni, la causa era trattenuta in decisione all'udienza del 20 dicembre 2012, con i termini di legge per note e repliche.

Motivi della decisione

Preliminarmente rileva la corte che non può darsi luogo alla discussione orale della causa richiesta dalla convenuta con memoria di replica non essendo stata formalizzata la domanda all'udienza di precisazione delle conclusioni, giusta la norma di cui all'art. 275 c.p.c..

In ordine alle eccezioni preliminari di difetto di giurisdizione e di incompetenza svolte dalla convenuta, si osserva che esse sono infondate.

Invero, quanto all'eccezione di giurisdizione, in base alla previsione dell'articolo 33, secondo comma della legge n. 287 del 1990, che attribuisce alla corte d'appello territorialmente competente il compito di provvedere sulle azioni di nullità e di risarcimento dei danni, oltre che sui ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza, spetta alla corte d'appello pronunciarsi sull'azione risarcitoria per violazione del divieto di abuso di posizione dominante, non occorrendo a tal fine che sia individuabile uno specifico atto del quale si assuma la nullità o del quale chi agisce per il risarcimento debba essere destinatario attuale o potenziale, ma è sufficiente che l'attore deduca di essere un operatore del mercato in cui si è consumato l'abuso di posizione dominante e di averne perciò risentito un pregiudizio economico. Neppure si può sostenere la natura tributaria della controversia in quanto l'azione proposta, anche se da essa possono derivare conseguenze sul piano dei rapporti tributari, ha un petitum ed una causa pendenti che esulano dall'ambito della giurisdizione delle commissioni tributarie poiché si tratta di stabilire se il comportamento dell'Agenzia del territorio, alla quale si attribuisce carattere imprenditoriale, sia o meno contrario alla disciplina antimonopolistica e se la società attrice abbia subito danni da risarcire. Dunque l'oggetto del contendere è l'illecito concorrenziale ed

il conseguente risarcimento del danno che fuoriesce dalla giurisdizione del giudice tributario per rientrare, invece, in quella del giudice ordinario.

Quanto alla dedotta incompetenza territoriale della corte adita, si osserva che l'azione proposta ha ad oggetto il risarcimento del danno aquiliano, che si assume essersi prodotto nell'ambito territoriale in cui opera la società attrice, ovvero Padova, Vicenza, Verona e relative province, luoghi nei quali si è prodotto il danno da cui è sorta l'obbligazione risarcitoria di talché la competenza territoriale si afferma sulla base dell'art. 20 c.p.c..

Nel merito osserva la corte che la nozione di impresa, nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza (cui occorre fare riferimento nell'interpretazione delle norme previste dalla legge numero 287/1990, a norma dell'articolo 1, quarto comma, della medesima legge), abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle modalità di finanziamento (si veda la sentenza della Corte di giustizia CE 3 marzo 2011 nella causa C-437/09) in quanto occorre avere riguardo non già al modo in cui i singoli ordinamenti nazionali definiscono l'ente o la persona fisica alla quale l'attività economica fa capo ma all'esercizio organizzato e durevole di un'attività economica sul mercato.

Pertanto la qualifica di ente pubblico attribuita dall'ordinamento italiano all'Agenzia del territorio non osta al suo assoggettamento alla disciplina antimonopolistica in quanto ciò dipende unicamente dal tipo di attività che essa svolge e dal modo in cui tale attività si esplica sul mercato. Ciò che rileva, dunque, è che si tratti di un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi sul mercato da cui esula l'esercizio di un potere d'imperio (cfr. Cass. 30175/2011).

Per contro, le attività che si ricollegano all'esercizio di pubblici poteri non presentano un carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal trattato FUE ed un soggetto di diritto pubblico può essere considerato impresa unicamente per quanto riguarda una parte delle sue attività se queste ultime corrispondono a quelle che debbono essere qualificate come attività economiche; ne consegue che nei limiti in cui un ente pubblico svolga un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, si può affermare che esso svolga attività economica (Corte di giustizia CE 26 marzo 2009 C-113/07). Inoltre la circostanza secondo cui un prodotto o un servizio fornito da un ente pubblico e inerente all'esercizio da parte del medesimo di pubblici poteri venga fornito dietro un corrispettivo previsto dalla legge e non determinato, direttamente o indirettamente, da tale ente, di per sé non è sufficiente a far qualificare l'attività svolta come attività economica e l'ente che la svolge come impresa (Corte di giustizia CE 19 gennaio 1994 C-364/92).

Pertanto un'attività di raccolta di dati relativi ad imprese, basata su un obbligo legale di dichiarazione imposto a queste ultime e sui relativi poteri coercitivi, entra nell'esercizio di pubblici poteri e, di conseguenza, un'attività di tal genere non configura attività economica. Parimenti un'attività consistente nel conservare e nel rendere accessibili al pubblico i dati in tal modo raccolti mediante consultazione o mediante la fornitura di copie su supporto cartaceo, conformemente alla normativa nazionale applicabile, non costituisce neanche essa attività economica, poiché la tenuta di una banca dati contenente tali dati e la sua messa a disposizione del pubblico sono attività inscindibili dall'attività di raccolta degli stessi dati. E la raccolta dei suddetti dati sarebbe ampiamente privata della sua utilità qualora non venisse tenuta una banca che li registra affinché possano essere consultati dal pubblico.

Per quanto riguarda la circostanza che la messa a disposizione dei dati contenuti nel database avvenga dietro corrispettivo, nei limiti in cui i diritti o le tasse dovute per la messa a disposizione del pubblico delle informazioni sono previsti dalla legge, e non sono determinati diret-

tamente o indirettamente dall'ente interessato, la riscossione di siffatto corrispettivo può essere considerata inscindibile da tale messa a disposizione. Conseguentemente l'attività della pubblica autorità consistente nel memorizzare, in una banca dati, dati che le imprese sono tenute a comunicare in forza di obblighi legali, nel consentire agli interessati di consultare tali dati e/o nel fornire loro copie degli stessi su supporto cartaceo non costituisce un'attività economica e, di conseguenza, nell'ambito di una siffatta attività, la pubblica autorità non deve essere considerata un'impresa ai sensi dell'articolo 102 TFUE. La circostanza che tale consultazione e/o tale fornitura di copie vengano effettuate dietro pagamento di un corrispettivo previsto dalla legge e non determinato, direttamente o indirettamente, dall'ente di cui trattasi non è atta a modificare la qualificazione giuridica di tale attività (Corte di giustizia CE 12 luglio 2012 C-138/12).

Ciò premesso, nel caso che occupa l'attrice sostiene che, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 31 gennaio 2005 numero 7 recante la nuova tabella delle tasse ipotecarie, è stata prevista l'introduzione del servizio di ricerca continuativa da fornirsi da parte dell'Agenzia delle entrate. Con il decreto legge 262/2006 è stato, poi, aumentato notevolmente l'importo della tassa ipotecaria relativa al servizio della trasmissione elenco soggetti.

Poiché l'attrice effettua una serie di servizi di informazione, sia in forma telematica che allo sportello e sia a favore di singoli cittadini che di imprese relativamente a ispezioni ipotecarie, visure catastali e certificazioni, essa assume che dall'aumento sproporzionato della tassa ipotecaria relativa alla consultazione dell'elenco soggetti presenti nelle formalità di un determinato giorno, che è passata da 7 euro per pagina a 40 euro per pagina, è derivato un danno patrimoniale consistito nel fatto che i clienti hanno rinunciato all'attività di monitoraggio immobiliare per i notevoli maggiori costi che ciò comportava. Dal fatto di non poter più effettuare l'attività di monitoraggio immobiliare e, conseguentemente, di non effettuare l'acquisizione degli elenchi soggetti il cui costo ricadeva sul cliente, sono derivati ulteriori danni dipesi dalla perdita di valore della banca dati ovvero dell'archivio che l'attrice non ha potuto aggiornare costantemente sempre a causa della forzata rinuncia al servizio di monitoraggio. Invero la presenza di questa banca dati aggiornata costituiva un elemento patrimoniale positivo per l'attrice che le consentiva di operare a costi assai minori relativamente alle anagrafiche contenute e aggiornate in essa.

Quasi contemporaneamente all'aumento sproporzionato della tassa ipotecaria, è stato previsto il servizio di ricerca continuativa per via telematica, che consiste nella trasmissione delle variazioni dei dati ipotecari e catastali relativi ad un determinato soggetto lungo un periodo di tempo indicato dal richiedente.

Secondo l'attrice l'aumento sproporzionato della tariffa ipotecaria della richiesta nominativa di soggetti e la concomitante offerta del servizio di ricerca continuativa per via telematica implica abuso di posizione dominante da parte dell'Agenzia delle entrate in quanto non agisce nell'ambito dei suoi compiti di servizio pubblico di messa a disposizione dei documenti relativi alla gestione dell'anagrafe dei beni immobiliari, dei servizi di pubblicità immobiliare e di conservazione dei registri ma realizza una attività commerciale che esula dall'ambito di suoi compiti, di talché soggiace alle norme per la tutela della concorrenza e del mercato previste dalla legge 287/1990 ed, in particolare, dall'articolo 3 di detta legge che vieta l'abuso da parte di un'impresa di posizione dominante inibendo che essa pratici prezzi di acquisto ingiustificatamente gravosi tali da limitare l'accesso al mercato in danno dei consumatori.

Osserva la corte che, allo stato, è venuta meno la materia del contendere in ordine alla richiesta di inibitoria alla continuazione delle attività pregiudizievoli da parte dell'Agenzia delle Entrate, tenuto conto che, a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 2. marzo 2012 n. 16, è stato abolito

il servizio di ricerca continuativa per via telematica e la tariffa per soggetto presente nell'elenco soggetti è stata ridotta ad euro 0,15.

L'oggetto del contendere si appunta, perciò, sulla domanda risarcitoria in relazione al danno prodottosi nella vigenza della precedente normativa.

Quanto al danno direttamente correlato all'aumento della tariffa, occorrerebbe affermare che l'aumento abbia costituito abuso di posizione dominante.

Orbene, la tariffa è stata fissata dallo Stato e non dall'Agenzia del territorio; inoltre, quand'anche si volesse ritenere che la tassa ipotecaria, ancorché prevista con legge dello Stato, costituisca pagamento del corrispettivo in denaro, occorrerebbe dimostrare che tale corrispettivo supera i costi di raccolta, produzione, e diffusione, maggiorati di un congruo utile sugli investimenti, che l'articolo 5, comma secondo, della mentovata direttiva 2003/98 CE pone quale limite delle tariffe praticate dall'ente pubblico per continuare a produrre un certo tipo di documento e permetterne il riutilizzo da parte di un'organizzazione del settore privato o pubblico.

La prova del superamento di tale limite non è stata raggiunta in quanto essa non può essere fatta derivare sic et simpliciter dall'aumento della tariffa poiché, nella valutazione della proporzionalità di essa, occorre considerare il lungo lasso di tempo intercorso dalla fissazione della previgente tariffa e dell'incremento dei costi di produzione del servizio, da ritenersi rilevante in considerazione dell'estensione dell'intervento necessario all'informatizzazione dei servizi sull'intero territorio nazionale e del notevole impegno finanziario richiesto dagli investimenti necessari per l'apprestamento sull'intero territorio nazionale delle indispensabili dotazioni tecniche, dei corsi di formazione professionale del personale da adibirsi all'operazione, degli strumenti informatici di nuova introduzione e della maggiore onerosità del costo di manodopera derivante dal diverso livello retributivo spettante al personale specializzato.

Quanto al danno correlato al fatto che l'Agenzia del territorio ha proposto agli utenti il servizio di ricerca continuativa di talché, quale diretta conseguenza di esso, si sono prodotti i danni dipesi dalla rinuncia al servizio di monitoraggio immobiliare da parte della clientela, si osserva quanto segue.

Secondo la direttiva CEE 2003/98 del 17 novembre 2003 relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, il riutilizzo dell'uso di documenti in possesso di enti pubblici da parte di persone fisiche o giuridiche a fini commerciali diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i documenti sono stati prodotti è soggetta alle stesse tariffe e condizioni applicati agli altri utilizzatori (articolo 10 e 9° "*considerando*"). La questione si appunta, perciò, nel definire la natura del servizio di ricerca continuativa per via telematica, la quale presuppone la necessità di elaborare i dati contenuti nei registri.

Invero, se si ritiene che tale servizio non costituisce una forma di "messa a disposizione del documento per via elettronica", secondo il dettato dell'art. 5 della direttiva (per il che l'attività rientra nell'esercizio della funzione pubblica della tenuta dei registri e del rilascio di copia) ma un "riutilizzo" del documento pubblico a fini commerciali, così come previsto dall'art. 2 n. 4 della direttiva stessa, allora si può affermare che l'espletamento del servizio in parola costituisce abuso di posizione dominante nell'accezione data dall'art. 3 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 poiché l'Agenzia si trova avvantaggiata rispetto alle imprese che espletano la medesima attività in quanto dispone essa stessa direttamente dei dati provenienti dai registri.

Viceversa, se si ritiene che la ricerca continuativa altro non è che una modalità di messa a disposizione del documento, allora si tratta di attività espletata nell'esercizio della funzione pubblica di conservazione dei registri e di rilascio di copie che esula dal campo dell'attività commerciale disciplinata dalla legge 10 ottobre 1990 n. 287.

Ritiene questa corte che l'attività in parola non concreti riutilizzo del documento a fini commerciali ma semplice rilascio di dati e ciò in quanto le notizie che vengono comunicate all'utente per via telematica, ancorché riferite ad un soggetto monitorato in un arco continuativo di tempo, derivano direttamente dall'utilizzo del moderno sistema informatico di tenuta dei registri, laddove l'inserimento di un parola chiave consente, come in qualsiasi banca dati, l'estrapolazione di elementi selezionati.

È estranea a tale iter ogni attività valutativa propria dell'intelletto umano ed è cosa ben diversa la ricerca continuativa, che promana meccanicamente dal sistema informatico di tenuta dei registri pubblicitari, dal monitoraggio immobiliare, che è attività che si colloca "a valle " e presuppone lo studio dei titoli sulla base dei quali si sono ottenute le trascrizioni, iscrizioni o annotazioni a favore o contro un determinato soggetto.

Basti considerare che con la ricerca continuativa si ottiene solamente il dato, di per se non significativo, della variazione a favore od a carico del soggetto monitorizzato ma non è dato evincere la consistenza patrimoniale del bene che ne è oggetto e solo a seguito dell'esame delle note di trascrizione è possibile individuare e stimare la rilevanza dell'atto compiuto.

Il fatto, poi, che nel passato il servizio di ricerca continuativa non fosse offerto al pubblico dall'Agenzia del territorio è dipeso dalla mancanza di risorse in capo alla pubblica amministrazione di talché gli enti commerciali offrivano ai privati tale servizio ritraendone un utile. Ma l'evolversi della tecnologia e l'applicazione dei sistemi informatici, che si è ormai diffusa capillarmente in ogni settore della pubblica amministrazione, hanno consentito di superare la difficoltà di rilascio, anche in via continuativa, dei dati dei registri pubblicitari la quale, allo stato, non apparirebbe più giustificabile se non in un'ottica che esula da quella della mera applicazione delle norme.

La domanda attorea va, perciò, rigettata e le spese processuali, in considerazione della novità delle questioni trattate, si compensano per l'intero

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Venezia, pronunciando in via definitiva nella causa promossa da I.T.C. Italian Trade Consultant s.r.l. contro l'Agenzia del Territorio, così provvede: rigetta la domanda e compensa le spese processuali.

Così deciso a Venezia il 13 marzo 2013

In materia di accesso difensivo, finalizzato alla difesa in giudizio, ex art. 24, co. 7, L. n. 241/90

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. SESTA, ORDINANZA 7 FEBBRAIO 2014 N. 600

*Marina Russo**

Il Consiglio di Stato con l'ordinanza in rassegna si è pronunciato su una controversia in materia di accesso c.d. "difensivo" a documentazione coperta da classifica ai sensi dell'art. 42 della legge 124/07.

Ha annullato l'ordinanza con la quale il TAR Lazio aveva accolto un ricorso incidentale ex art. 116 comma 2 c.p.a., con il quale la ricorrente mirava ad accedere a due note della Presidenza del Consiglio dei Ministri, rispettivamente classificate, ai sensi della legge 124/07, come "riservata" e "riservatissima".

L'Amministrazione aveva respinto l'istanza di accesso, motivando il diniego con la classifica di riservatezza, comunque esplicitando che dette note contenevano notizie relative ad un rischio di proliferazione di armi di distruzione di massa.

Il giudice dell'appello ha affermato i seguenti principi in materia di accesso difensivo a documentazione classificata:

- l'art. 24 comma 7 della legge 241/90 non autorizza ad attribuire indiscriminata prevalenza al diritto di accesso cosiddetto "difensivo" rispetto all'interesse al riserbo sotteso ai vari casi di esclusione normativamente previsti;
- ne discende che, in astratto, si potrebbe anche teorizzare una sistematica negazione dell'accesso a fini difensivi, in presenza di uno dei casi di esclusione previsti;
- in alternativa, è comunque necessario procedere ad una comparazione in concreto fra i contrapposti interessi, per accordare l'accesso solo nel caso in cui la comparazione stessa conduca ad attribuire prevalenza all'interesse difensivo rispetto a quello al riserbo.

Nel caso di specie, il giudice non prende tuttavia posizione fra la prima opzione, più rigorosa, e la seconda; ciò in quanto la comparazione degli interessi coinvolti lo induce a ritenere comunque evidente la prevalenza di quello pubblico alla sicurezza nazionale ed internazionale rispetto a quello, pur dotato di rilevanza costituzionale, all'esercizio dell'iniziativa economica privata.

Il Consiglio di Stato sottolinea, infine, la necessità di valutare con specifico riguardo al caso concreto anche il profilo della stretta indispensabilità del documento alla difesa, peraltro escludendolo nella fattispecie, posto che il ricorrente ha potuto comunque spiegare ampiamente le proprie difese, sulla base delle informazioni disponibili.

*) Avvocato dello Stato.

Consiglio di Stato, Sezione Sesta, ordinanza 7 febbraio 2014 n. 600 - Pres. Severini, Est. Giovagnoli - Ministero sviluppo economico e Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato M. Russo) c. M.Q.I. s.p.a. (avv. O. Grandinetti).

(...)

1. Il Ministero dello sviluppo economico e la Presidenza del Consiglio dei Ministri hanno impugnato, chiedendone la sospensione, l'ordinanza istruttoria 29 novembre 2013, n. 10221, con la quale il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, ha accolto l'istanza incidentale di accesso proposta dalla società ai sensi dell'art. 116, comma 2, Cod. proc. amm.

L'ordinanza appellata, in particolare, ha ritenuto illegittimo il diniego di accesso contenuto nel provvedimento del Ministero dello Sviluppo Economico del 14 agosto 2013 e, per l'effetto, ha ordinato al Ministero medesimo di depositare presso la segreteria della Sezione i seguenti atti:

- nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri del gennaio 2013;
- nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 31 maggio 2013
- nota prot. PCI/48401 del 22 marzo 2013;
- verbale della riunione del Comitato consultivo n. 289 del 30 novembre 2012.

2. Il Ministero dello sviluppo economico, destinatario dell'ordine istruttorio, e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dalla quale promana la documentazione oggetto dell'ordine di esibizione, con il presente appello hanno chiesto l'annullamento dell'ordinanza istruttoria nella parte in cui essa consente l'accesso anche alle note della Presidenza del Consiglio del 31 gennaio 2013 e del 31 maggio 2013.

3. Giova evidenziare, per una migliore comprensione della vicenda, che l'istanza di accesso è stata proposta in via incidentale dalla società nell'ambito del ricorso principale proposto per ottenere l'annullamento dei provvedimenti (prot. PCI/254141 del 12 dicembre 2012, prot. PCI/14878 del 29 gennaio 2013 e prot. PCI/108132 del 27 giugno 2013) con i quali il Ministero dello sviluppo economico ha imposto, e successivamente riconfermato, l'applicazione della cosiddetta clausola *catch-all*, di cui all'art. 4, paragrafo 1, del regolamento CE del Consiglio del 5 maggio 2009 n. 428/2009 (*Regolamento del Consiglio che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni, del trasferimento, dell'intermediazione e del transito di prodotti a duplice uso*), ad un'operazione di esportazione a favore della società turca P. (relativa alla forniture di otto refrigeratori, tipo "chiller", per il condizionamento dell'aria, destinati alla realizzazione del complesso sportivo olimpionico di Ashgabat, per un importo complessivo di € 565.622,05).

4. Ai sensi dell'art. 4, paragrafo 1, del regolamento CE n. 428/2009 "*l'esportazione di prodotti a duplice uso non compresi nell'elenco di cui all'allegato I è subordinata ad un'autorizzazione nel caso in cui l'esportatore sia stato informato dalle competenti autorità dello Stato membro in cui è stabilito che detti prodotti sono o possono essere destinati, in tutto o in parte, ad una utilizzazione collegata allo sviluppo, alla produzione, alla movimentazione, al funzionamento, alla manutenzione, alla conservazione, all'individuazione, all'identificazione o alla disseminazione di armi chimiche, biologiche o nucleari o di altri congegni esplosivi nucleari oppure allo sviluppo, alla produzione, alla manutenzione o alla conservazione di missili che possano essere utilizzati come vettori di tali armi*".

Nel caso di specie, il Ministero dello sviluppo economico, nell'imporre detta clausola, ha dichiarato di essere in possesso di informazioni riservate da cui potrebbe evincersi una connes-

sione tra l'esportazione della società ricorrente e possibili utilizzazioni attinenti allo sviluppo e produzione di armi di distruzione di massa. L'imposizione di detta clausola, peraltro, è stata riconfermata dal Ministero, sulla base di ulteriori "informazioni concernenti la rilevante sensibilità dell'operazione *de qua*".

5. Al fine di difendersi nel predetto giudizio di annullamento avverso l'imposizione della c.d. clausola *catch-all*, la società ha chiesto l'accesso ad una serie di documenti, ivi comprese, per quello che più interessa in questa sede, le note della Presidenza del Consiglio del gennaio 2013 e del 31 maggio 2013, attestanti la rilevante sensibilità dell'operazione con riferimento al rischio di proliferazione di armi di distruzione di massa.

Il diniego di accesso opposto dal Ministero (provvedimento del 14 agosto 2013) è stato impugnato dalla società in via incidentale, ai sensi dell'art. 116, comma 2, Cod. proc. amm., nell'ambito del giudizio già pendente per l'annullamento dei provvedimenti di imposizione (e di riconferma) della clausola *catch-all*.

6. L'ordinanza oggetto del presente appello ha accolto il ricorso avverso il diniego di accesso ed ha ordinato l'esibizione dei documenti richiesti (ivi comprese le due note della Presidenza del Consiglio di gennaio e maggio 2013), prescrivendo, a tutela della esigenze di riservatezza invocate dal Ministero, il deposito in busta sigillata presso la segreteria della Sezione e la visione degli stessi "*alla presenza del Direttore della Sezione Terza Ter, che redigerà apposto verbale e provvederà a riporre i documenti, una volta definita la conoscenza degli stessi da parte della ricorrente, in busta debitamente sigillata per la successiva visione da parte del Collegio*".

7. L'appello proposto dal Ministero dello sviluppo economico e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri è volto a contestare l'accessibilità delle due note della Presidenza del Consiglio del gennaio 2013 e del maggio 2013, contenenti le sopra richiamate informazioni riservate in ordine alla ritenuta sensibilità dell'operazione di esportazione rispetto al rischio di possibile utilizzo nella fabbricazione di armi di distruzione di massa.

Le Amministrazioni appellanti deducono che le note in questione sarebbero escluse dal diritto di accesso, trattandosi di documenti coperti dalla qualifica di "riservato" ai sensi dell'art. 42 della legge 3 agosto 2007, n. 124 (*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*).

8. Si è costituita la società chiedendo il rigetto del ricorso e riproponendo, comunque, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., i motivi proposti a sostegno dell'istanza incidentale di accesso assorbiti in primo grado.

9. Alla camera di consiglio del 21 gennaio 2014, formalmente fissata per la decisione sull'istanza cautelare, le parti, evidenziando le peculiarità della fattispecie e del relativo rito oltre alla circostanza che l'udienza di discussione nel merito del ricorso principale innanzi al Tribunale amministrativo regionale è fissata per il 27 marzo 2014, hanno chiesto l'immediata definizione del giudizio ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm.

10. Il Collegio ritiene che, come richiesto dalle parti, sussistano i presupposti per senz'altro definire il giudizio nel merito, considerato che il contraddittorio è integro, l'istruttoria è completa e la risoluzione della lite dipende dalla risoluzione di un'unica questione di diritto.

11. L'appello proposto dal Ministero dello sviluppo economico e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri merita accoglimento.

12. Il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto illegittimo il diniego di accesso sulla base della previsione contenuta nell'art. 24, comma 7, legge 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti ammi-*

nistrativi), nel testo sostituito dall'art. 16 legge 11 febbraio 2005, n. 15 (*Modifiche ed integrazioni alla L. 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*), ai sensi della quale: *"Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici"*.

Secondo l'ordinanza appellata, da tale norma emergerebbe una generale prevalenza del c.d. accesso difensivo (finalizzato alla difesa in giudizio) rispetto a tutti gli altri interessi contrapposti, pubblici e privati, a tutela dei quali sono previste le diverse ipotesi di esclusione dall'accesso disciplinate negli altri commi dello stesso art. 24 della legge n. 241 del 1990.

Partendo da tale premessa, il Tribunale amministrativo regionale ha reputato irrilevante la circostanza che i documenti in questione siano tra quelli che il Ministero ha espressamente sottratto all'accesso con il d.m. 16 maggio 1996, n. 422 (*Regolamento recante norme per l'individuazione dei documenti di competenza del Ministero del commercio con l'estero, sottratti al diritto di accesso ai sensi dell'art. 24, comma 4, della L. 7 agosto 1990, n. 241*) o che tali documenti siano, comunque, coperti da un divieto di divulgazione, ai sensi dell'art. 42 legge n. 124 del 2007, in quanto oggetto di classifica di segretezza ("riservato") da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Ciò in quanto, secondo il Tribunale amministrativo regionale, l'accesso c.d. difensivo sarebbe comunque prevalente e il rischio di una irragionevole compressione degli altri interessi protetti, aventi, rispetto al diritto di difesa, uguale rilevanza costituzionale e comunitaria, sarebbe adeguatamente scongiurato attraverso una applicazione dell'art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990 secondo il canone della strettissima interpretazione, volta ad appurare la reale funzionalità dell'accesso al diritto di difesa.

13. Tale conclusione non può essere condivisa.

Non merita condivisione, in particolare, la premessa interpretativa da cui essa muove, ovvero che l'accesso c.d. difensivo di cui all'art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990 sia in grado di prevalere su ogni ipotesi di esclusione dall'accesso ai sensi dei precedenti commi dello stesso art. 24.

Il Collegio ritiene, al contrario, che (nonostante la non felice formulazione dell'art. 24, comma 7, come sostituito dall'art. 5 della legge n. 15 del 2005) la regola della prevalenza del c.d. accesso difensivo non riguardi tutte le ipotesi di esclusione di cui al medesimo art. 24, ma solo la particolare ipotesi di esclusione (contemplata dalla lettera *d* del comma 6) determinata dalla necessità di tutelare la riservatezza di terzi (persone, gruppi, imprese e associazioni).

14. È vero che in senso contrario (ovvero a favore della tesi della generalizzata prevalenza dell'accesso difensivo) sembrerebbe deporre la collocazione della relativa regola in un comma autonomo (il comma 7 dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990), da cui potrebbe, appunto, ricavarsi che oggi, a differenza di quanto accadeva prima delle modifiche introdotte con la legge n. 15 del 2005, l'accesso difensivo prevalga su ogni fattispecie di esclusione.

15. Tale argomento, legato alla collocazione topografica della previsione normativa, tuttavia cede alla luce delle seguenti considerazioni.

16. Innanzitutto, esso trova smentita nei lavori preparatori della legge n. 15 del 2005, dai quali emerge, in maniera sufficiente, l'intenzione del legislatore di attribuire prevalenza all'accesso difensivo solo con riferimento ai documenti contenenti dati personali, ossia allorché venga in rilievo la tutela della riservatezza. Nella Relazione della Prima Commissione permanente della Camera Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni, presentata alla Presidenza il 6 novembre 2003, a pag. 13, infatti, si legge: *"la tutela della riservatezza dei*

dati, stabilisce il comma 7, deve comunque garantire, agli interessati che lo richiedono, l'accesso ai documenti relativi ai procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per l'esercizio del diritto di difesa o per far valere un diritto in giudizio". La norma di cui al comma 7 viene, quindi, ricondotta esclusivamente al rapporto tra accesso e riservatezza, senza menzionare le altre ipotesi di esclusione.

Al di là dell'intenzione del legislatore storico, a sostegno di tale interpretazione dell'art. 24, comma 7, depongono due ulteriori argomenti.

17. Il primo si ricava da una lettura complessiva dell'art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990. Tale disposizione si compone di due periodi: il primo, che sancisce la regola della prevalenza dell'accesso difensivo, senza ulteriori specificazioni; il secondo, che limita l'applicazione di tale regola, occupandosi di attenuarne la portata solo con riferimento ad alcune categorie di dati personali (i dati sensibili, i dati giudiziari e i dati sensibilissimi).

Mentre il primo periodo fa generico riferimento alla necessità di consentire l'accesso strumentale all'esercizio del diritto di difesa in giudizio (senza specificare rispetto a quali documenti), il secondo periodo, nel limitare la portata della regola, fa riferimento ai dati sensibili e giudiziari (puntualizzando che, in questo caso, non basta la semplice strumentalità, ma occorre la stretta indispensabilità) e ai dati sensibilissimi (specificando, tramite il rinvio all'art. 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, che *"quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, 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 e inviolabile"*).

È evidente allora che non è plausibile una interpretazione atomistica del primo periodo del comma 7 dell'art. 24, che non tenga conto di quanto dispone il secondo periodo nel chiarire e limitare la portata della regola che sancisce la prevalenza dell'accesso difensivo.

L'eccezione del secondo periodo si occupa solo dei dati personali sensibili e sensibilissimi (coperti dal c.d. nocciolo duro del diritto alla riservatezza) sul presupposto, non esplicitato ma comunque evidente, che la regola del primo periodo valga, a sua volta, solo per i documenti che contengono dati personali (e non per qualsiasi ipotesi di esclusione dal diritto di accesso).

18. L'opposto assunto, oltre ad essere smentito dal punto di vista storico-teleologico oltre che dal dato letterale (tenendo conto dell'intera formulazione del comma 7) darebbe luogo anche a conclusioni irragionevoli, finendo per tutelare la riservatezza delle informazioni private e personali in misura maggiore rispetto alla riservatezza delle informazioni pubbliche, che sarebbero cedevoli rispetto all'accesso difensivo indipendentemente da ogni concreto bilanciamento tra opposti interessi e senza tener conto del dominante rilievo e della portata stessa dell'interesse pubblico sotteso all'ipotesi legislativamente prevista di esclusione.

19. Deve, quindi, escludersi che l'art. 24, comma 7, primo periodo, legge n. 241 del 1990 possa essere interpretato nel senso di giustificare una indiscriminata prevalenza dell'accesso difensivo su tutte le ipotesi di esclusione normativamente previste.

20. Esclusa la generalizzata applicazione della regola dell'accesso difensivo di cui all'art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990, i rapporti tra l'accesso strumentale alla difesa in giudizio e gli altri casi di esclusione tipizzati dalla legge non potrà che essere risolto seguendo una delle seguenti vie: a) secondo una accezione più radicale, dando sempre prevalenza ai secondi (come sembrerebbe desumersi dall'art. 24, comma 1, legge n. 241 del 1990 che, con l'espressione "il diritto di accesso è escluso" sembra individuare negli interessi pubblici che integrando le fattispecie tipiche di esclusione inderogabili limiti negativi al contenuto del diritto

di accesso, quale che sia la sua finalità); b) secondo una accezione più “flessibile”, ammettendo la possibilità di un bilanciamento in concreto, che tenga conto (analogamente a quanto previsto per i dati personali sensibilissimi), da un lato, della indispensabilità dell’accesso rispetto alla difesa e, dall’altro, del rango comparativo degli interessi contrapposti (quello tutelato con l’esclusione dell’accesso e quello alla cui tutela in giudizio mira l’istanza ostensiva).

21. Non vi è ragione qui di indicare le ragioni perché sia da preferire l’una o l’altra via, perché, anche ad accogliere la più flessibile tesi del bilanciamento “in concreto”, non vi è dubbio che, nel caso di specie, tale bilanciamento non potrebbe che concludersi nel senso di escludere l’accesso richiesto dalla società.

22. In questo caso, infatti, l’interesse economico del richiedente (per quanto rilevante e collegato a un valore di rilievo costituzionale come quello della libertà di iniziativa economica) non può che restare subvalente rispetto all’interesse pubblico che giustifica la non ostensione, vale a dire il segreto, connesso com’è ai beni pubblici protetti dalla tutela della sicurezza nazionale e internazionale dello Stato e della lotta al terrorismo.

Basti considerare che il diniego di accesso riguarda, in questo caso, “documenti classificati” ai sensi dell’art. 42 della legge n. 124 del 2007, e le classifiche di segretezza, in base al comma 1 del medesimo art. 42, sono attribuite proprio “*per circoscrivere la conoscenza di informazioni, atti e attività ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi in ragione della proprie funzionali istituzionali*”. Vi è quindi una specifica previsione legislativa che esclude la comune accessibilità.

23. Inoltre, non sembra emergere quel rapporto di stretta indispensabilità tra il richiesto accesso e l’esercizio del diritto di difesa.

La società ricorrente, invero, nell’ambito del ricorso diretto all’annullamento del provvedimento impositivo dell’obbligo di previa autorizzazione ha esposto circostanze dettagliate e formulato motivi puntuali (ivi compresa la lamentata disparità di trattamento rispetto all’altro operatore italiano che ha esportato gli stessi prodotti presso la medesima impresa), che confermano la non indispensabilità della conoscenza delle informazioni riservate contenute nelle note della Presidenza del Consiglio dei Ministri del gennaio 2013 e del maggio 2013 per l’esercizio del diritto di difesa.

24. Alla luce delle considerazioni che precedono l’appello deve essere accolto e, per l’effetto, in riforma dell’ordinanza appellata, deve essere respinto il ricorso incidentale contro il diniego di accesso proposto dalla società ai sensi dell’art. 116, comma 2, Cod. proc. amm.

25. Le spese della presente fase incidentale seguono la soccombenza e sono liquidati in complessivi € 3.000 (tremila).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), accoglie l’appello e, per l’effetto, in riforma dell’ordinanza impugnata, respinge l’istanza incidentale di accesso proposta ai sensi dell’art. 116, comma 2, cod. proc. amm.

Condanna la società al pagamento, a favore delle Amministrazioni appellanti, delle spese del giudizio incidentale sull’accesso, che liquida in complessivi € 3.000 (tremila/00).

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2014.

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Il suggellamento degli apparecchi televisivi a seguito di disdetta dell'abbonamento R.A.I.

PARERE 17/10/2013-412985, Cs 19702/13, Sez. III, Avv. GIUSEPPE ALBENZIO

La questione sottoposta a questa Avvocatura concerne l'individuazione dell'autorità competente a svolgere le operazioni di suggellamento descritte dall'art. 10, regio decreto legge 21 febbraio 1938, n. 246, convertito in legge 4 giugno 1938, n. 880. Ai sensi di questa disposizione, in caso di disdetta dell'abbonamento R.A.I., l'apparecchio atto o adattabile alla ricezione di radio-audizioni deve essere racchiuso in un apposito involucri in modo da impedirne il futuro funzionamento, salva la facoltà dell'abbonato di cedere l'apparecchio a terzi.

L'individuazione dell'autorità competente a svolgere le operazioni di cui sopra deve necessariamente prendere le mosse da un'attenta ricognizione delle fonti normative: in questo caso, il regio decreto legge 246/1938 che ancora oggi costituisce parte integrante del reticolato normativo vigente in materia di abbonamenti R.A.I.

Ai sensi dell'art. 12, l'autorità competente a svolgere le operazioni di chiusura e riapertura degli apparecchi nei casi indicati all'art. 10 è individuata negli Uffici tecnici erariali. Com'è noto, infatti, con il regio decreto 22 ottobre 1936, n. 2007, gli Uffici tecnici di finanza hanno assunto la denominazione di Uffici tecnici erariali, lasciando peraltro inalterate le prerogative già attribuite a quelle amministrazioni periferiche dello Stato. Con il citato atto legislativo, gli Uffici tecnici erariali sono stati suddivisi in quattro sezioni: I) *Demanio e consulenze tecniche erariali*; II) *Imposte di fabbricazione*; III) *Stime*; IV) *Conservazione del catasto*.

Con il successivo regio decreto legge 16 giugno 1938, n. 962, sono stati istituiti gli Uffici tecnici delle imposte di fabbricazione (U.T.I.F.), cui sono stati attribuiti *“tutti i servizi attualmente disimpegnati dagli uffici tecnici erariali a mezzo della loro sezione 2°, a termini dell'art. 3 del regio decreto 22*

ottobre 1936, n. 2007 e dell'art. 30, n. 11, del decreto ministeriale 1° dicembre 1936" (art. 2), ovvero i servizi precedentemente assegnati alla sezione *Imposte di fabbricazione* degli Uffici tecnici erariali.

Un'ulteriore tappa del percorso normativo, rilevante ai fini della risoluzione della questione sottoposta, è rappresentata dal decreto legislativo 105/1990 che ha istituito, nell'ambito del Ministero delle Finanze, il Dipartimento delle Dogane e delle Imposte Indirette. A detto dipartimento viene riconosciuta autonomia organizzativa e funzionale; ai sensi dell'art. 16, comma 3, lett. a) di tale decreto - in attuazione di quanto prescritto dalla legge delega 349/1989 all'art. 3, lett. e) - le competenze degli Uffici tecnici delle imposte di fabbricazione sono stati trasferiti agli Uffici tecnici di finanza (U.T.F.), incardinati nel Dipartimento delle Dogane.

Infine, con il decreto legislativo 300/1999, le competenze del Dipartimento delle Dogane sono confluite nell'Agenzia delle Dogane, oggi Agenzia delle Dogane e dei Monopoli di Stato.

Dalla successione degli atti legislativi appena ricostruita si evince quindi che l'odierna Agenzia delle Dogane e dei Monopoli di Stato abbia ereditato soltanto parte delle competenze precedentemente riconosciute agli Uffici tecnici erariali, segnatamente quelle rientranti nella sezione II (*Imposte di fabbricazione*), istituita con il r.d. 2007 del 1936. Al fine di poter accertare quindi se l'Agenzia abbia ereditato dagli Uffici tecnici erariali anche l'obbligo di eseguire le operazioni di suggellamento di cui all'art. 12 cit., risulta determinante stabilire a quale delle quattro sezioni degli U.T.E. fosse stata assegnata l'esecuzione delle operazioni di chiusura e riapertura degli apparecchi. Da un'approfondita ricognizione delle fonti normative, infatti, risulta che la norma attributiva di competenza contenuta nell'art. 12, r.d.l. 246/1938 non sia stata abrogata.

Una indicazione di primaria importanza, a tal fine, è fornita dal "*Regolamento di servizio per gli uffici provinciali dell'amministrazione del catasto e dei servizi tecnici erariali*", approvato con decreto ministeriale del 1° dicembre 1936, n. 6888.

L'art. 30, rubricato "*Ordinamento degli Uffici tecnici erariali*", esplica le specifiche competenze affidate a tali uffici, ripartendole per ciascuna delle quattro sezioni. Orbene, un'attenta lettura delle singoli voci induce ad escludere che le operazioni di suggellamento potessero essere fatte rientrare nella sezione I (*Demanio e consulenze tecniche erariali*), III (*Stime*) e IV (*Conservazione del catasto*). Oltre che per una mera argomentazione *a contrario*, si ritiene convincente ricondurre le operazioni di suggellamento alla sezione II in quanto questa, benché denominata "*Imposte di fabbricazione*", è chiamata a svolgere anche "*servizi fiscali in materia di radiofonia, secondo le vigenti disposizioni di legge ed istruzioni ministeriali*" (art. 30, n. 11, lett. c), decreto ministeriale 1 dicembre 1936, n. 6888): una voce cui senz'altro possono essere ricondotte le operazioni di suggellamento come disciplinate

dalla normativa in materia di radioaudizioni (r.d.l. 246/1938).

Ad ulteriore dimostrazione che la competenza in materia di operazioni di suggellamento abbia seguito il percorso normativo prima indicato (segnatamente dagli Uffici tecnici erariali agli Uffici tecnici delle imposte di fabbricazione ed, infine, agli Uffici tecnici di finanza) vi è la circostanza che nel successivo *“Regolamento di servizio per gli uffici provinciali dell’amministrazione del catasto e dei servizi tecnici erariali”*, approvato con decreto ministeriale del 30 giugno 1945, n. 1441 (quindi, successivo, sia all’attribuzione delle competenza in materia di operazioni di suggellamento ex art. 12, r.d.l. 246/1938, sia al trasferimento di competenze operato dall’art. 2 del r.d.l. 962/1938), non solo non compaia più la voce relativa ai *“servizi fiscali in materia di radiofonia”* - ormai devoluti agli U.T.I.F. - ma non vi sia alcuna altra voce che indichi le permanenza in capo agli Uffici tecnici erariali della competenza a svolgere le operazioni di suggellamento.

In conclusione, ad avviso di questa Avvocatura, gli atti legislativi sopra citati, così come si sono succeduti nel tempo, inducono a ritenere che ad oggi gli Uffici tecnici di finanza, già incardinati nel Dipartimento delle Dogane e delle Imposte Indirette e, ora, nell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, abbiano ereditato dagli Uffici tecnici erariali la competenza ad eseguire le operazioni di suggellamento, che andrebbe così ascritta tra gli *“altri compiti a loro [gli Uffici tecnici di finanza] devoluti da leggi speciali”*, come richiamati dall’allora vigente art. 16, comma 3, lett. a), decreto legislativo 105/1990.

Il presente parere è stato sottoposto all’esame del Comitato Consultivo di questa Avvocatura Generale che si è espresso in conformità nella seduta del 14 ottobre 2013.

La clausola di salvaguardia nei contratti di acquisto di prestazioni sanitarie da strutture private accreditate

PARERE 28/10/2013-428589, Cs 33457/13, SEZ. V, AVV. GESUALDO D’ELIA

Codesta Amministrazione chiede il parere di questa Avvocatura in relazione all’ammissibilità della clausola di salvaguardia nell’ambito dei contratti per l’acquisto di prestazioni sanitarie da strutture private accreditate, ed espone, in fatto, che:

- in data 18 luglio 2013 è pervenuta all’Ufficio Legislativo del Ministero della Salute una nota della Direzione generale della programmazione sanitaria con cui si chiede il parere del suddetto Ufficio sulla medesima questione;
- che si tratta di un tema di portata generale in quanto concerne aspetti

problematici riguardanti le procedure e le condizioni per la stipulazione dei contratti con le strutture sanitarie accreditate, la cui soluzione dovrebbe poi essere estesa per uniformità a tutte le regioni e in particolare a quelle in piano di rientro;

- la clausola, che è stata inserita dal 2008 nei contratti stipulati dalle regioni in piano di rientro con le strutture private accreditate recita: *“1. Con la sottoscrizione del presente accordo la struttura accetta espressamente, completamente ed incondizionatamente il contenuto e gli effetti dei provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, di determinazione delle tariffe e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, in quanto atti che determinano il contenuto del contratto.*

2. In conseguenza dell'accettazione, la Struttura presta acquiescenza ai medesimi provvedimenti e, per l'effetto, rinuncia alle azioni già intraprese e/o a futuri contenziosi avverso gli atti e/o provvedimenti suddetti”;

- che codesto Ufficio Legislativo ritiene di poter condividere la ricostruzione della normativa e della giurisprudenza rilevanti sul tema in oggetto, illustrata nella nota della Direzione generale della programmazione sanitaria, nonché la proposta di riformulazione del secondo comma della clausola;

- che da quanto riferito nella citata nota e sulla base dell'esame della giurisprudenza rilevante, emerge che tale clausola è stata oggetto di impugnativa da parte delle strutture interessate e la giurisprudenza sul punto è oscillante. Le impugnative si basano su due ordini di motivi, e più precisamente sulla lesione dell'autonomia privata da una parte (art. 41 Cost.), e sulla lesione del diritto di difesa (art. 24 Cost.) dall'altro;

Codesta Amministrazione chiede quindi parere sui seguenti profili:

a) se sia condivisibile la tesi esposta in ordine alla conservazione del primo comma della clausola, o se invece si ritenga che anche tale comma possa comunque essere causa di ulteriori contenziosi;

b) se sia condivisibile la proposta di riformulazione del secondo comma della clausola, illustrata nella richiesta della suddetta Direzione e riportata nella nota a riscontro, o se si ritenga, invece, che, per non esporsi a ulteriori contenziosi, tale comma debba essere soppresso;

c) più in generale, va considerato che in alcune realtà regionali - e segnatamente nella regione Abruzzo, come segnalato dal Presidente della Regione - le strutture sanitarie si rifiuterebbero di sottoscrivere la clausola nella formulazione attuale, in quanto non intendono rinunciare alle precedenti impugnative, o anche ad eventuali impugnative future, avverso gli atti di determinazione dei tetti di spesa e delle tariffe, e che, in conseguenza di ciò, le regioni dovrebbero attivare la procedura di sospensione dell'accREDITAMENTO già rilasciato (ai sensi dell'articolo 8-*quinquies*, comma 2-*quinquies* del d. lgs. n. 502/1992); ciò posto, si chiede se si ritenga che la conservazione della clausola, eventualmente anche modificata nel senso illustrato, possa poi esporre

le amministrazioni regionali o le ASL (o i Commissari *ad acta* nelle regioni in piano di rientro) ad ulteriori contenziosi - anche *sub specie* di richiesta di risarcimento danni - laddove i giudizi pendenti o futuri sugli atti di determinazione dei tetti di spesa e delle tariffe dovessero risolversi in senso favorevole ai ricorrenti, successivamente all'avvenuta sospensione dell'accreditamento per la mancata sottoscrizione del contratto.

Questa Avvocatura osserva quanto segue.

Per quanto riguarda il punto a) - premesso che è impossibile stabilire a priori se una norma potrà essere oggetto di controversia (anche la norma "perfetta" può esserlo) - si ritiene di poter condividere l'ipotesi di conservazione del primo comma della clausola.

Non vi è dubbio sul fatto che l'autonomia privata possa subire dei limiti. Lo stesso articolo 41 Cost., dopo aver stabilito che l'iniziativa economica privata è libera, pone ad essa alcuni limiti espliciti. Infatti, l'art. 41 stabilisce al secondo comma che l'iniziativa economica privata "*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale*" e al terzo che "*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*".

Esaminando la legislazione ordinaria, si nota che il d. lgs. n. 502/1992 prevede all'art. 8 *quater*, secondo comma, che "*la qualità di soggetto accreditato non costituisce vincolo per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate, al di fuori degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies. I requisiti ulteriori costituiscono presupposto per l'accreditamento e vincolo per la definizione delle prestazioni previste nei programmi di attività delle strutture accreditate, così come definiti dall'articolo 8-quinquies*". Inoltre, il primo comma dello stesso articolo da una parte subordina, tra l'altro, l'accreditamento delle strutture richiedenti "*alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale*" e dall'altra impone alle regioni di definire il "*fabbisogno di assistenza secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano sanitario regionale per garantire i livelli essenziali e uniformi di assistenza*". Tutto ciò è diretto all'individuazione dei criteri "*per la verifica della funzionalità rispetto alla programmazione nazionale e regionale*". Con specifico riferimento agli accordi, l'articolo 8-quinquies prevede che essi debbano indicare, tra l'altro "*il volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza*" e "*il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate, globalmente risultante dalla applicazione dei valori tariffari e della remunerazione extra-tariffaria delle funzioni incluse nell'accordo*". È opportuno qui richiamare anche l'articolo 32, comma 8 della legge n. 449/1997 il quale prevede che "*Le regioni, in attuazione della programmazione sanitaria ed in coerenza con gli indici di cui all'articolo 2, comma 5, della legge 28 di-*

cembre 1995, n. 549, e successive modificazioni, individuano preventivamente per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, ivi compresi i presidi ospedalieri di cui al comma 7, o per gruppi di istituzioni sanitarie, i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il Fondo sanitario e i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all'articolo 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662”.

Da questo quadro normativo la giurisprudenza amministrativa ha tratto le seguenti conclusioni interpretative.

È utile, innanzi tutto, richiamare sul punto la sentenza del Consiglio di Stato n. 7236/2009 la quale dichiara che *“Il valore autoritativo e vincolante delle determinazioni in tema di limiti delle spese sanitarie di competenza delle regioni ai sensi dell'art. 32 comma 8 l. 27 dicembre 1997 n. 449 esprime la necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria, con la conseguenza che tale imprescindibile funzione programmatica, tendente a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, deve intervenire in ogni caso, perché la fissazione dei limiti di spesa rappresenta comunque l'adempimento di un preciso ed ineludibile obbligo che influisce sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate (Consiglio Stato, sez. V, 25 gennaio 2002, n. 418).*

Le Regioni, nell'esercitare questa potestà programmatica, godono di un ampio potere discrezionale, che deve bilanciare interessi diversi, quelli al contenimento della spesa, quelli relativi alla pretesa degli assistiti a prestazioni sanitarie adeguate, quelli degli operatori privati che, nel sistema sanitario si muovono con logica imprenditoriale, quelli dell'efficienza delle strutture pubbliche che costituiscono un pilastro del sistema sanitario universalistico, ben potendo in una determinata fase storica accentuare l'esigenza di contenimento della spesa ed in un'altra l'esigenza di rafforzamento della tutela sanitaria, essendo l'atto programmatico in esame quello che condiziona l'esercizio del diritto sociale alla salute compatibilizzandolo con il suo costo finanziario” e che “Il piano annuale preventivo di programmazione sanitaria, che riguarda sia i soggetti pubblici sia i soggetti privati accreditati, ha carattere autoritativo in quanto la regione fissa unilateralmente il tetto massimo annuale di spesa sostenibile dal fondo nazionale per ogni singola istituzione o per gruppi di istituzioni e i preventivi annuali delle prestazioni, nonché le direttive da seguire nella successiva negoziazione dei piani annuali”.

Come si evince chiaramente dal quadro normativo e dalla giurisprudenza, l'autonomia privata può subire i limiti derivanti dalle esigenze di programmazione e di gestione efficiente delle risorse da destinarsi alla spesa sanitaria. Quest'ultima, se si tiene conto della congiuntura economica negativa che da alcuni anni a questa parte ha imposto dolorosi tagli in molti settori, diventa una necessità impellente. Dunque, la definizione dei tetti di spesa e delle tariffe

costituisce non solo un diritto dell'amministrazione ma anche e soprattutto un dovere imposto dalla legge. Tali provvedimenti sono poi indispensabili per poter arrivare alla successiva fase degli accordi, il contenuto dei quali viene inevitabilmente condizionato.

Infine, è opportuno evidenziare che non si ravvisa nessuna costrizione da parte dell'Amministrazione sanitaria nel procedimento teso alla conclusione degli accordi. Siccome questi ultimi si concludono unicamente nel caso dell'incontro delle due volontà, basterebbe la mancanza della volontà delle strutture accreditate per evitare la sottoposizione a qualsiasi "imposizione" da parte dell'Amministrazione. Fa parte anche questo del concetto di autonomia privata e forse ne costituisce il nucleo essenziale.

In merito al punto b) si ritiene di poter condividere l'illustrata proposta di riformulazione del secondo comma della clausola.

Nella attuale formulazione, infatti, tale clausola, a prescindere dalle eventuali valutazioni di merito, appare radicalmente nulla, tanto da doversi avere per non apposta (si può considerare cioè *tamquam non esset*). C'è quindi una palese violazione del diritto di difesa stabilito dall'art. 24 Cost.. La giurisprudenza sul punto è abbastanza chiara. Si veda al riguardo la sentenza del TAR Lazio n. 7978 del 17 ottobre 2011, la quale dichiara che *"lo schema contrattuale si manifesta, per quanto espressamente previsto dalla clausola di rinuncia alle azioni intraprese e future, palesemente in contrasto con i principi posti dalla Costituzione a tutela del diritto di difesa"*. In senso analogo si esprime il TAR Sicilia rilevando che clausole di questo tipo, *"subordinando la sottoscrizione degli accordi alla rinuncia al contenzioso - attuale o potenziale - su detti atti, mira ad impedire l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito: quello al sindacato della legittimità di provvedimenti amministrativi (incidenti sulla determinazione della struttura della spesa sanitaria), in violazione degli art. 24 e 113 della Costituzione)"* e che *"nel porsi principalmente - e dichiaratamente - contro il contenuto precettivo delle dichiarate disposizioni costituzionali, tralascia di considerare la ricostruzione del sistema, e la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive sottostanti (e del connesso regime anche costituzionale)"*. Nella medesima sentenza il TAR Sicilia richiama una decisione del Consiglio di Stato (n. 8/2006) la quale afferma che *"La determinazione da parte dell'Amministrazione del tetto di spesa e la suddivisione di essa tra le attività assistenziali, costituisce esercizio del potere di programmazione sanitaria, a fronte del quale la situazione del privato è di interesse legittimo"* e, aggiunge il TAR, *"non si vede sulla base di quale motivazione possa escludersi con atto amministrativo la tutela giurisdizionale di siffatti interessi legittimi, costituzionalmente garantita"*.

Particolarmente rilevante sul punto appare poi la recentissima sentenza del Consiglio di Stato n. 5966 del 27 novembre 2012 la quale afferma che *"la acquiescenza ad un provvedimento amministrativo esige un'esplicita e inequi-*

voca manifestazione di piena accettazione, mediante il compimento di atti o comportamenti univocamente rivelatori della volontà di accettarne gli effetti, posta in essere in un momento successivo a quello in cui si sia verificata la lesione dell'interesse legittimo azionato, nessuna acquiescenza o rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo apparendo configurabile, quando lo strumento di tutela non è ancora azionabile per mancanza dell'attualità della lesione”.

Si ritiene, dunque, che si possano trascurare le pronunce di diverso avviso del TAR Calabria n. 1245 del 19 settembre 2011 e n. 981 del 22 dicembre 2011 in quanto si riferiscono ad ipotesi più specifiche. Nella prima si afferma che *“Non è nemmeno ravvisabile la pretesa lesione del diritto di difesa con riferimento alla clausola contrattuale di cui all’art. 13 dello schema di contratto. Si rileva, infatti, da un lato, la mancanza di attualità della lesione denunciata, la quale, allo stato, è semmai solo potenziale, dovendosi verificare in concreto l’effettiva portata ed operatività della clausola stessa, dall’altro, che la detta clausola contrattuale rappresenta acquiescenza ai tetti di spesa, ai quali, comunque, l’erogatore ha accettato di sottostare (e, quindi, di rispettare) con la sottoscrizione del contratto”*; mentre nella seconda si dice: *“l’adozione di simili clausole - a natura transattiva e conciliatoria - costituisce attuazione di una delle condizioni per il Piano di rientro, che è dipendente, in concreto, dall’accertamento dei debiti pregressi, dal loro ripianamento e dalla conciliazione con i creditori (si veda a tal proposito l’art. 4, comma 2 bis del DL 1 ottobre 2007, n. 159, conv. in l. 29 novembre 2007, nr. 222, richiamato dalla LR n. 11/2009), e, conseguentemente, risulta sorretta da gravi ragioni di interesse pubblico, tradotte in una speciale conformazione degli atti imperativi che hanno sostanzialmente concretizzato i termini ed i contenuti delle convenzioni-tipo, a fronte delle quali la clausola in esame non è irragionevole, dal momento che è riferita solo alle liti relative ai tetti di spesa 2009”*. Come si vede, a parte il fatto che le due pronunce si riferiscono specificamente a regioni in piano di rientro, il ragionamento sviluppato non appare coerente, da un lato perché la non attualità della lesione non giustifica la rinuncia *ex ante* alla tutela giurisdizionale (il che potrebbe rilevare anche sotto profili di violazione della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo), dall’altro perché detta rinuncia non è consentita nemmeno dalla necessità di rispettare i limiti di spesa.

In conclusione, sembra senz’altro opportuno modificare la clausola n. 2 sopprimendo il riferimento ai contenziosi futuri, ferma rimanendo la rinuncia (che già si deduce dal tenore della clausola, che dichiara l’acquiescenza) ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati e conosciuti dal contraente.

Per quanto riguarda il punto c) - fermo restando che non è possibile prevedere l’entità e i motivi sottostanti ad eventuali contenziosi futuri - si ritiene, per tutte le ragioni finora illustrate, che la conservazione della clausola n. 2 nella versione riformulata non dovrebbe, ragionevolmente, dar luogo ad even-

tuali contenziosi futuri che possano apparire fondati in diritto, essendo essa, nella proposta riformulazione, pienamente legittima e difendibile.

Sulla questione è stato sentito, nella seduta del 14 ottobre 2013, il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato, che si è espresso in conformità.

La permanenza in servizio di professori e ricercatori universitari

PARERE 02/11/2013-436034/7, CT 28352/13, SEZ. VII, AVV. VINCENZO NUNZIATA

Con nota 11 maggio 2013 l'Università di Bologna ha formulato a codesta Avvocatura richiesta di parere in ordine alle modalità con cui dare applicazione all'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, a seguito della nota sentenza della Corte Costituzionale n. 83/2013 che ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 25 della legge n. 240/2010; tale disposizione, come è noto, escludeva docenti e ricercatori dalla facoltà di richiedere la proroga prevista dal richiamato articolo 16.

Ritiene questo G.U. di condividere le considerazioni svolte da codesta Avvocatura.

Dispone l'articolo 16 che *“È in facoltà dei dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici di permanere in servizio, con effetto dalla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421, per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo per essi previsti. In tal caso è data facoltà all'amministrazione, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali, di trattenere in servizio il dipendente in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal dipendente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi. La disponibilità al trattamento va presentata all'amministrazione di appartenenza dai ventiquattro ai dodici mesi precedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo previsto dal proprio ordinamento (...)”*.

È noto al riguardo che la originaria formulazione della norma, consistente nel solo primo periodo dinanzi riportato, riconosceva ai dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici (compresi i professori universitari) una sorta di diritto potestativo a permanere in servizio (Consiglio di Stato, IV, 21 febbraio 2005, n. 573).

Il comma 7 dell'articolo 72 del d.l. 112 del 2008 ha profondamente modificato tale previsione, con l'aggiunta del secondo periodo, il quale non riconosce più un diritto soggettivo (potestativo) alla permanenza in servizio del pubblico dipendente, ma prevede che l'istanza, che egli ha facoltà di presentare, vada valutata discrezionalmente dall'amministrazione, la quale, a sua volta, ha facoltà

di accoglierla solo in presenza degli specifici presupposti individuati dalla disposizione, legati sia ai profili organizzativi generali dell'amministrazione medesima (*"in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali"*) che alla situazione specifica soggettiva e oggettiva del richiedente (*"in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi"*).

Tale lettura della disposizione è viepiù rafforzata dalle ulteriori modifiche ad essa apportate dal legislatore con l'articolo 1, comma 17, del decreto legge 138/2011, conv. con legge 148/2011, che ha inteso confermato il carattere assolutamente discrezionale della valutazione operata dall'Amministrazione nel senso che il dipendente interessato deve presentare una *"disponibilità al trattenimento"*, e non più una *"richiesta"*: con ciò essendo ancora più evidente che ci si trova in presenza di un'eccezionale deroga all'ordinaria estinzione del rapporto d'impiego per raggiunti limiti di età, autorizzabile dall'amministrazione all'esito di una propria valutazione ampiamente discrezionale.

"Alla luce della richiamata disciplina è dato ricavare che l'istituto del trattenimento in servizio ha ormai assunto un carattere di eccezionalità in considerazione delle generali esigenze di contenimento della spesa pubblica che hanno ispirato e informato l'intero impianto normativo sotteso alla disciplina di cui al d.l. 112 cit., e segnatamente, alla disciplina di cui al Capo II di tale decreto, nel cui ambito è collocato il più volte richiamato art. 72" (così Cons. Stato, VI, 26 marzo 2013, n. 1672, che richiama Cons. Stato, VI, 2 febbraio 2012, n. 2518, e VI, 24 novembre 2011, n. 479).

Ha poi affermato il giudice amministrativo (1672/2013, cit.) che: *"Poiché è questa la ratio sottesa al richiamato intervento normativo, ne consegue che l'ipotesi ordinaria è quella della mancata attivazione dell'istituto del trattenimento (ipotesi ricorrendo la quale l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione sarà limitata all'insussistenza di particolari esigenze organizzative e funzionali le quali inducano a decidere in tal senso), mentre all'ipotesi del trattenimento sarà da riconoscere carattere di eccezionalità, con la necessità di esplicitare in modo adeguato le relative ragioni giustificatrici, conferendo rilievo preminente alle esigenze dell'amministrazione lato sensu intese"*.

Tale quadro interpretativo è stato ampiamente richiamato dal Consiglio di Stato anche nelle ordinanze di rimessione alla Corte della questione di costituzionalità e dallo stesso giudice delle leggi, nella pronuncia di incostituzionalità citata, ove si legge che l'articolo 16, nel testo oggi vigente *"realizza, per l'appunto, il suddetto bilanciamento, affidando all'amministrazione la facoltà di accogliere o no la richiesta del dipendente, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali e secondo i criteri nella norma medesima indicati"*.

Tale essendo il quadro interpretativo, può confermarsi, muovendo dal terzo dei quesiti posti, che il termine entro il quale occorre presentare la domanda (dai ventiquattro ai dodici mesi precedenti il compimento del limite di

età per il collocamento a riposo) non ha natura perentoria, in quanto esso è posto nell'interesse esclusivo dell'Amministrazione e risponde appunto alle esigenze di programmazione della provvista di risorse umane.

In tal senso, specificamente, si è espresso il Consiglio di Stato (IV, 16 novembre 2011, n. 6051), sia pure con riferimento al trattenimento in servizio del personale di magistratura: *“Così stando le cose, è evidente che la previsione della necessità di presentare la domanda di trattenimento in servizio nell'arco di una “finestra” temporale compresa tra i 24 e i 12 mesi antecedenti il collocamento a riposo - come emerge anche dalla sua introduzione contestuale alla ricordata trasformazione “ontologica” della posizione soggettiva del dipendente - viene a configurarsi non già come un onere imposto all'interessato in vista della realizzazione di un suo proprio interesse, ma piuttosto come preordinata a garantire all'amministrazione la possibilità di ponderare adeguatamente le condizioni che possono legittimare l'accoglimento dell'istanza (e, in particolare, le “proprie esigenze organizzative e funzionali”).*

Trattandosi dunque di termini sostanzialmente ispirati da esigenze di buon andamento riconducibili all'art. 97 Cost., non è ragionevole ritenere che il potere discrezionale così riconosciuto in capo all'amministrazione venga meno, o comunque non sia più esercitabile, per il solo fatto che la richiesta di trattenimento in servizio sia stata depositata al di fuori dei termini medesimi: l'unico limite a tale conclusione essendo quello discendente dall'esigenza di evitare che di tale discrezionalità sia fatto un uso irragionevole, discriminatorio o arbitrario (ciò che, a tacer d'altro) contrasterebbe con l'altro fondamentale canone costituzionale dell'imparzialità”.

Venendo agli ulteriori quesiti posti dall'Università di Bologna, essi sostanzialmente riguardano gli eventuali effetti retroattivi della sentenza della Consulta, con riguardo ai docenti che:

- sono già cessati e non hanno presentato istanza di biennio;
- sono cessati dopo aver presentato istanza di biennio, non accolta in applicazione dell'art. 25 della Legge 240/2010 ora dichiarato incostituzionale.

È noto al riguardo che gli effetti della sentenza della Corte che dichiara la incostituzionalità di una norma non si estendono ai rapporti ormai esauriti (cfr. Cass. 6 maggio 2010, n. 10958; Cons. Stato, VI, 18 ottobre 2011, n. 5600).

In entrambe le ipotesi suddette si è invece verificato il presupposto della cessazione dal servizio, sia nel caso di omessa presentazione della dichiarazione disponibilità, che di suo mancato accoglimento, non impugnato, sulla base della norma vigente *ratione temporis*.

In entrambi i casi è dunque da escludere che la sentenza della Corte possa trovare applicazione, in ipotesi a seguito di istanza degli interessati di riammissione in servizio.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato che si è espresso in conformità.

Composizione/modificazione del Raggruppamento temporaneo di imprese, ex art. 97, co. 9, Codice appalti

PARERE 05/11/2013-439812, Ct 39980/13, Sez. VII, Avv. ETTORE FIGLIOLIA

Con la nota che si riscontra, codesto Ministero chiede di conoscere il parere di questo G.U. in ordine alla applicabilità del disposto di cui al comma 9 dell'art. 37 del d.lgs. 163/2006 rispetto alle sopravvenute modificazioni della composizione dell'ATI promotore finanziario, successivamente all'esperimento della procedura negoziata ai fini della aggiudicazione della concessione di cui all'oggetto, fase questa conclusasi senza l'individuazione di alcuna offerta concorrente con l'ATI promotore, e senza che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria *"per motivazioni non note a questa struttura di vigilanza"*.

Riferisce ancora codesto Ministero che all'esito della procedura di selezione del promotore venne dichiarata di pubblico interesse *"la proposta formulata dalla Prima ATI Si."*, proposta deliberata positivamente dal Cipe, e, successivamente, il promotore *"per poter prendere parte alla successiva fase di procedura negoziata"* ha *"costituito, nel rispetto delle disposizioni normative il Raggruppamento Temporaneo con l'aggiunta della M. s.p.a (di seguito Seconda ATI Si.)"*.

Peraltro, nel corso della fase istruttoria posteriore all'espletamento della procedura negoziata comportante il diritto del promotore ad ottenere l'aggiudicazione della concessione di che trattasi in relazione alla già rappresentata carenza di partecipanti alla procedura stessa, il promotore (Seconda Ati Si.) *"ha rappresentato la necessità di procedere ad un'ulteriore modifica della compagine del Raggruppamento Temporaneo"*, in relazione alla procedura ex art. 160 e ss. della legge fallimentare che ha colpito l'Impresa S. ausiliaria di Si. s.pa.: in particolare, l'impresa Costruzioni G.M. s.p.a. non sarebbe più componente dell'ATI promotrice ma acquisirebbe il ruolo di ausiliaria di Seconda Ati Si. s.pa. in sostituzione di Impresa S., e, con nota del 1° ottobre 2013, codesto Ministero ha trasmesso il relativo contratto di avvalimento.

In subordine, poi, rispetto al quesito dell'applicabilità al contesto del disposto dell'art. 37, comma 9 del d.lgs. 163/2006, codesta Amministrazione richiede l'avviso di questo G.U. circa *"l'opportunità di procedere all'annullamento del bando relativo all'affidamento in oggetto, dato il notevole tempo trascorso e le conseguenti modifiche normative intervenute"*.

Ritiene al riguardo questa Avvocatura Generale di dover rappresentare quanto segue.

Com'è noto, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che la fase della individuazione del promotore e quella seguente volta all'affidamento della concessione debbono ritenersi sostanzialmente distinte, in quanto mentre la seconda costituisce una procedura soggetta alla normativa comunitaria e nazionale in materia di evidenza pubblica, ovviamente alla stregua delle

peculiarità e delle specifiche deroghe previste per l'affidamento delle concessioni, al contrario la individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è caratterizzata da amplissima discrezionalità amministrativa essendo finalizzata alla valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico che giustifichi, nell'ambito della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (**Cons. Stato, Ad. Plenaria 15 aprile 2010, n. 2155; Cons. Stato, Sezione V, 10 novembre 2005, n. 6287**).

Ulteriormente ha statuito il Consiglio di Stato (citata sentenza **Ad. Plen. n. 2155/2010**) che, in via generale, l'accertamento dei requisiti soggettivi del promotore partecipante alla successiva procedura selettiva di affidamento vada condotto al momento della domanda di partecipazione alla stessa, tenuto conto della diversità tra *“quanto l'impresa è tenuta a dimostrare ai fini dell'assunzione della veste di promotore e quanto invece deve documentare per l'ammissione alla successiva gara”*.

Per quanto suesposto deve ritenersi, quantomeno alla stregua del rapporto informativo stilato a corredo dei quesiti in rassegna, che rispetto alla procedura selettiva l'Amministrazione committente abbia riscontrato positivamente la ricorrenza di tutti i requisiti occorrenti a legislazione vigente per opinare la sussistenza delle condizioni per l'affidamento, atteso che seppure non sono noti i motivi per cui non intervenne l'aggiudicazione provvisoria, il che certamente non può non destare talune perplessità, peraltro codesta Amministrazione al momento non evidenzia in merito la ricorrenza all'epoca di elementi interdittivi.

Orbene, il rappresentato mutamento della composizione soggettiva del promotore Seconda ATI Si., con la diversità di ruolo dell'impresa Costruzioni G.M. s.p.a da componente dell'ATI ad ausiliaria, determinato dalla sopravvenienza della procedura di cui all'art. 160 legge fallimentare che ha colpito l'Impresa S., nella specie parrebbe tuttavia non costituire di per sé elemento ostativo all'affidamento della concessione sulla base delle considerazioni che seguono.

In primo luogo, va rilevato che alla procedura negoziata di selezione non hanno partecipato ulteriori imprese concorrenti oltre il promotore, sicché l'eventuale affidamento a quest'ultimo nella mutata composizione del Raggruppamento Temporaneo non potrebbe essere sindacata nella sede giurisdizionale da eventuali altre imprese tenuto conto del consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui non ricorrere la legittimazione al ricorso nei confronti di chi non ha partecipato alla procedura selettiva (da ultimo, **Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131**).

Ulteriormente, l'eventuale predetto affidamento non parrebbe idoneo a pregiudicare quei fondamentali principi di *par condicio* tra i concorrenti e di trasparenza delle procedure che sono recepiti nella disciplina di cui al comma 9 dell'art. 37 del codice dei Contratti.

Le circostanze, poi, della mancata adozione del provvedimento di aggiudicazione, unitamente ai caratteri propri della procedura negoziata, e tenuto

conto della peculiare disciplina del contesto concessorio rispetto a cui dovrebbe avvenire nell'ipotesi che ci occupa l'affidamento al promotore, parrebbero far ritenere insussistenti elementi ostativi all'affidamento medesimo posto che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei soli principi desumibili dal Trattato o e dei principi relativi ai contratti pubblici, e in particolare dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, "parità di trattamento", mutuo riconoscimento, proporzionalità, principi che non parrebbero in alcun modo lesi da un eventuale affidamento al promotore nella parzialmente diversa composizione prospettata.

Le deroghe, poi, previste dai commi 18 e 19 dell'articolo 37 del codice dei Contratti, riguardo al principio della immodificabilità soggettiva dell'ATI, ritenute di carattere eccezionale e come tali insuscettibili di estensione analogica, non sembrano poter essere richiamate nell'ipotesi oggetto del presente parere, tenuto conto che i citati commi riguardano la tutt'affatto diversa ipotesi in cui sia avvenuta l'aggiudicazione, viceversa, come detto, carente nella specie.

Inoltre, il rilievo che l'impresa Costruzioni G.M. s.p.a. da componente soggettiva dell'ATI promotore diventi ausiliaria a mezzo dell'istituto dell'avvalimento *ex art.* 49 del codice dei contratti, con ogni conseguente responsabilità solidale del promotore e dell'ausiliario nei confronti della stazione appaltante in relazione al complesso delle prestazioni oggetto del contratto ai sensi del comma 4 del predetto articolo di legge (**Cons. Stato, sez. III, 1 ottobre 2012 n. 5161; Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2011, 6079**), parrebbe escludere la possibilità di individuare profili di pregiudizio agli interessi stessi di titolarità della committenza rispetto alla ineludibile esigenza di assicurare a quest'ultima un occorrente quadro informativo delle imprese da impegnare nel costituendo rapporto obbligatorio in termini di certezza delle relative capacità professionali rispetto a quanto oggetto di concessione.

Parimenti, l'esigenza della stazione appaltante di conoscere preventivamente e senza incertezze se le componenti dell'ATI così come ausiliate con lo strumento dell'avvalimento siano in possesso dei requisiti occorrenti a fronte della ripartizione delle quote di esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento, bene potrebbe essere compiutamente soddisfatta nell'attualità attraverso gli accertamenti di carattere tecnico amministrativo di competenza esclusiva di codesta Amministrazione, da praticarsi anteriormente al provvedimento di aggiudicazione.

Sulla base delle superiori considerazioni, e tenuto anche conto di un orientamento giurisprudenziale secondo cui la modificazione del raggruppamento per sola "sottrazione", senza cioè la sostituzione con altro componente del soggetto nei cui confronti sia cessata la permanenza nel raggruppamento stesso, non costituisce violazione del principio racchiuso nel comma 9 dell'art. 37 del Codice dei Contratti (**Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 888; Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964**), conclusivamente, si risponde

al primo quesito prospettato nel senso che non si individuano violazioni di sorta del principio della immodificabilità soggettiva del raggruppamento partecipante alla procedura dettato dal predetto comma.

Per quanto concerne, poi, il quesito ulteriore afferente alla prospettata opportunità di annullare il bando “*dato il notevole tempo trascorso*” ed in relazione al sopravvenuto mutamento del quadro normativo di riferimento, preliminarmente osserva questo G.U. che trattasi problematica inerente al merito delle valutazioni proprie dell’Amministrazione che sfuggono alle prerogative dell’Avvocatura dello Stato, quantomeno in difetto di una circostanziata relazione che evidenzi le eventuali criticità riscontrate rispetto alla possibilità di dare ulteriore corso alla procedura in essere.

Tuttavia, si ritiene opportuno suggerire a codesta Amministrazione nell’esercizio delle proprie competenze valutative, di tenere nella debita considerazione che la normativa vigente all’epoca dell’espletamento della procedura selettiva di cui trattasi è stata censurata in sede comunitaria, sicché non può escludersi che un eventuale affidamento postumo possa generare eventuali criticità nella stessa sede comunitaria, anche se la tutela dell’affidamento del soggetto promotore scrutinato positivamente all’esito della procedura selettiva deve essere parimenti apprezzata nel quadro valutativo di che trattasi rispetto alla probabile instaurazione di contenziosi da parte dello stesso soggetto promotore che ottenesse un definitivo diniego della auspicata aggiudicazione.

Comunque, non potrà non considerarsi da parte di codesto Ministero nell’ambito delle determinazioni da assumere in merito al contesto, l’attualità dell’interesse alla realizzazione e gestione delle opere previste in termini di urgenza incompatibili con l’ipotizzata rinnovazione della procedura selettiva, nonché la permanenza della corrispondenza del quadro finanziario alla consistenza attuale degli oneri realizzativi.

Nei sensi suesposti è la consultazione richiesta su cui si è pronunciato il Comitato Consultivo di questa Avvocatura.

Istanza rimborso spese legali nel caso di un “atto plurimo” di diniego

PARERE 02/12/2013-480871, AL 45095/07, SEZ. V, AVV. ENRICO DE GIOVANNI

Con riferimento alla nota cui si risponde si rappresenta quanto segue.

Il Gen. (...) (insieme con altri ufficiali) è stato processato ed assolto dalla Corte dei Conti - con compensazione delle spese del giudizio - dall'accusa di aver causato danno erariale nell'ambito del disastro di Ustica, con sentenza

della Sez. Giurisdizionale per la Regione Lazio della Corte dei Conti (confermata in appello con sentenza della Prima Sez. Centrale d'Appello), giudizio cui aveva dato corso la Procura Contabile ancor prima della conclusione del procedimento penale dinanzi alla Corte di Assise di Roma, poi conclusosi con il proscioglimento di tutti gli imputati (tra cui l'istante in argomento).

Il Gen. (...) (così come gli altri colleghi assolti) inviava richiesta di rimborso delle spese a codesta Direzione Generale che, però, con atto cumulativo (indirizzato a tutti gli istanti) dell'11/10/2007 rigettava l'istanza.

Nella vicenda del rimborso delle spese legali si instaurava un giudizio di interpretazione della Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale Centrale sulla parte del dispositivo delle sentenze di proscioglimento riguardante la compensazione delle spese e, anche, sulla spettanza del richiesto rimborso, giudizio definito con sentenza affermando la non spettanza del rimborso.

Tutti gli interessati, compreso l'ufficiale in oggetto, impugnavano la sentenza "*di interpretazione*" con ricorso per difetto di giurisdizione alle SS.UU. della Cassazione che accoglievano il ricorso, ritenendo che con la sentenza impugnata si era "*inteso pregiudicare, in maniera vincolante, una decisione da adottare in altra sede giurisdizionale*", cassava senza rinvio la sentenza della Corte dei Conti.

Tutti i destinatari dell'atto di rigetto (compreso il Gen.(...)) lo avevano, intanto, impugnato con distinti ricorsi innanzi al TAR Lazio, ricorsi tutti rigettati dal TAR Lazio con distinte pronunce.

Mentre l'istante non impugnava la sentenza che lo riguardava (che così passava in giudicato) gli altri colleghi, invece, ricorrevano in appello al Consiglio di Stato il quale accoglieva i ricorsi e riformava le sentenze del TAR dichiarando espressamente il diritto al rimborso e annullando la nota dell'11/10/2007 indirizzata ad essi ed anche al Gen. (...).

Alle decisioni del Consiglio di Stato faceva seguito l'invio delle notule alla Scrivente da parte di codesta D.G. per i relativi pareri di congruità di questa Avvocatura sui singoli rimborsi.

Il Gen. (...), prendendo atto che suddette pronunce del Consiglio di Stato avevano espressamente annullato la nota impugnata dai colleghi e conseguentemente affermato il diritto degli originari istanti al rimborso in questione, ha inviato in data 7 febbraio 2013 apposita istanza (sottoscritta anche dal proprio legale) con cui chiede:

1) in via principale, l'accoglimento ora per allora dell'istanza 6 marzo 2007 per il rimborso delle spese legali relative al primo e al secondo grado del processo subito innanzi alla Corte dei Conti, ritenendo che le sentenze del Consiglio di Stato (rese in giudizi vertenti sul medesimo fatto e sulle stesse questioni di diritto) abbiano "eliminato dall'ordinamento giuridico" la nota di diniego dell'11/10/2007;

2) in via subordinata, l'annullamento o revoca in via di autotutela della suddetta nota (rispettivamente *ex art. 21 octies* o *ex art. 21 quinquies* c.1 della L. 241/1990) ed il conseguente accoglimento ora per allora della predetta istanza per il rimborso delle spese legali.

All'istanza viene allegata anche una lettera dell'avv. S.G. con cui si dichiara di rinunciare, nei confronti del proprio Cliente, agli importi dovuti per i giudizi successivi alle sentenze di assoluzione della Corte dei conti (giudizio di interpretazione, ricorso alle SS.UU., ricorso al TAR), quantificati in una parcella pro forma pure allegata, e si precisa che residuano "i soli importi di cui alla nota pro forma del 2007, ridotti alla metà".

Su quanto chiesto dall'istante si chiede il parere della Scrivente.

Ciò posto, l'istanza in questione, anche come sopra delimitata, non può essere accolta, sotto alcun aspetto.

Va premesso che l'istanza non sarebbe in ogni caso accoglibile (anche se non fosse stata rinunziata) nella parte in cui essa si riferisce a giudizi che non hanno avuto ad oggetto la responsabilità (o meno) dell'alto Ufficiale (cioè quelli di interpretazione avanti alla C. Conti e di impugnazione alle SS.UU.), non potendo comunque rientrare nell'ambito dell'art. 18 D.L. n. 67/97 e nella parte in cui si riferisce al giudizio avanti al TAR promosso contro il diniego di codesto Ministero, avente ad oggetto il rimborso, ma conclusosi con sentenza sfavorevole all'istante, non appellata e quindi passata in giudicato, per cui a tale titolo nulla potrebbe essere dovuto (le spese sono regolate, in tale ipotesi, dal giudice).

Limitandoci pertanto all'effettivo oggetto dell'istanza di rimborso si osserva:

A) Quanto richiesto in via principale non merita accoglimento.

Infatti, l'annullamento della nota dell'11/10/2007 da parte di più decisioni del C.d.S. non comporta l'automatico annullamento di essa per tutti i destinatari di essa.

Tale nota, infatti, non è un atto *generale*, bensì un atto *plurimo* (il medesimo contenuto è destinato a più soggetti individuati a priori).

Come ogni atto plurimo la nota in questione è scindibile in tanti atti quanti sono i destinatari, atti che, pur avendo contenuto identico, riguardano individualmente e separatamente ciascun destinatario.

Di conseguenza l'annullamento dell'atto da parte del G.A. va a beneficio dei soli destinatari che lo abbiano impugnato, mentre esso rimane efficace nei confronti degli altri. Perciò, quanto chiesto in via principale non può essere accolto.

B) Quanto alla domanda proposta in via subordinata si osserva che nella specie, anche considerato l'elevato importo richiesto, non sembrano sus-

sistere concrete e attuali “ragioni di interesse pubblico” (che, *ex art. 21 nonies*, L. n. 241/90, costituiscono requisito essenziale per qualsiasi annullamento d’ufficio), che vadano al di là di un generico interesse alla legalità, né sopravvenuti motivi di interesse pubblico o altre sopravvenienze di fatto o di diritto, che possano legittimare una revoca dell’atto di diniego, istituto comunque applicabile ai soli provvedimenti di durata (e non al mero diniego).

In ogni caso, a un suo accoglimento osta il fatto dell’intervenuto giudicato negativo sulla medesima istanza. In particolare, il TAR del Lazio ha statuito che “*è proprio la sentenza della Corte dei Conti ad affermare, in modo deciso, chiaro e tassativo, che è mancato un accertamento definitivo sulla responsabilità amministrativa di parte ricorrente*” per cui difetta “*la condizione normativa imposta dalla fonte paradigmatica occorrendo, affinché le spese legali sostenute dai soggetti sottoposti al giudizio della Corte dei Conti siano rimborsate dall’Amministrazione di appartenenza, il definitivo proscioglimento dell’agente nel merito*” (sent. n. 21751/10).

In tale situazione, qualunque sia la natura (paritetica o provvedimentale) che voglia attribuirsi all’atto di diniego, non può pensarsi ad un annullamento (e tanto meno a revoca) d’ufficio, in quanto il relativo atto, andando in diretto contrasto con il giudicato, sarebbe affetto da nullità, *ex art. 21 septies*, L. n. 241/90 (“*1. E’ nullo il provvedimento amministrativo che sia stato adottato ... in violazione o elusione del giudicato*”): trattasi di un principio dettato dal doveroso rispetto del pronunciato giurisdizionale, risalente alla L. n. 1865, n. 2248 All. E (art. 4) e che trova applicazione in tutti i campi del diritto (v. D.M. 11 febbraio 1997, n. 37, art. 2: “Non si procede ad annullamento d’ufficio ... per motivi sui quali sia intervenuta sentenza passata in giudicato favorevole all’Amministrazione finanziaria”).

D’altra parte, non si potrebbe nemmeno estendere il favorevole pronunciato, formatosi sull’appello degli altri Ufficiali interessati, ipotizzabile solo allorchè il pubblico dipendente non abbia partecipato al giudizio, ciò integrando una chiara elusione del giudicato suddetto ed ostandovi comunque il “*divieto a tutte le Amministrazioni pubbliche di cui agli artt. 1, c. 2 e 70, c. 4, D.Lgs 30 marzo 2001, n. 165, e succ. modif., di adottare provvedimenti per l’estensione di decisioni giurisdizionali aventi forza di giudicato o comunque divenute esecutive, in materia di personale dell’Amministrazioni pubbliche*” (L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 2, c. 132; D.L. 30 dicembre 2008, n. 207, art. 41).

Si ritiene pertanto, allo stato, che l’istanza di rimborso non possa essere accolta per insussistenza dei presupposti ed ostandovi l’intervenuto giudicato sul diniego a suo tempo disposto.

Sulla questione si è pronunciato in conformità il Comitato consultivo dell’Avvocatura Generale dello Stato nella seduta del 21 novembre 2013.

Procedimento di ripetizione di somme indebitamente erogate al lavoratore da parte del datore di lavoro statale

PARERE 04/12/2013-485731, AL 11277/13, SEZ. VII, AVV. GABRIELLA D'AVANZO

Il quesito sottoposto all'esame trae origine dal contenzioso instaurato dalle nominate in oggetto - funzionarie di codesto Ministero, inquadrate nella posizione C3, ex IX q.f. - le quali, dopo avere percepito dall'Amministrazione soccombente le differenze retributive nei sensi statuiti dal Tribunale in accoglimento dei ricorsi da loro separatamente proposti, contestano la correttezza del procedimento di ripetizione delle medesime somme che l'Amministrazione ha effettuato nei loro confronti in esecuzione delle sentenze della Corte d'Appello, con le quali sono state integralmente riformate le pronunce di primo grado.

Lamentano, infatti, le interessate che la restituzione delle predette somme è stata richiesta - nelle more del giudizio di legittimità da loro introdotto per la cassazione delle sfavorevoli pronunce del Giudice d'appello - al netto dei contributi previdenziali e assistenziali, ma *“al lordo delle ritenute erariali”* (comprensivo, cioè, di quanto liquidato dall'Amministrazione quale sostituto di imposta).

Ritengono invece le dipendenti che, sulla base dei principi enunciati in Cass. n. 1464/2012, *“il datore di lavoro che debba procedere alla ripetizione di somme indebitamente erogate al lavoratore può esigere soltanto quanto effettivamente corrisposto, cioè, quindi, il netto dell'importo, ossia solo quanto di fatto sia entrato a far parte della sfera patrimoniale del lavoratore”*.

Con nota del 7 novembre 2012 l'Agenzia delle Entrate - Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, in risposta a istanza di interpello di codesto Ministero, ha confermato la correttezza del recupero delle somme di cui trattasi al lordo delle ritenute di legge, ritenute che erano state *“operate legittimamente a suo tempo per effetto di una sentenza di primo grado”*.

Secondo l'Agenzia *“lo strumento previsto dal legislatore per il recupero delle imposte relative a somme che hanno concorso al reddito in periodi di imposta precedenti e sono restituite al soggetto erogatore è offerto dall'articolo 10, comma 1 lettera d - bis del DPR 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR) che ne prevede, a tal fine, la deducibilità dal reddito complessivo delle persone fisiche (IRPEF)”*.

A conforto di tale conclusione viene richiamata la circolare del Ministero delle Finanze n. 326/E del 23 dicembre 1997, nella quale si legge che, *“attraverso l'introduzione di un nuovo onere deducibile, pari, appunto, all'importo delle somme che in un periodo di imposta sono state assoggettate a tassazione e, successivamente, vengono rimborsate all'ente erogatore, il legislatore ha cercato di risolvere il problema del rimborso delle imposte pagate su somme percepite e assoggettate a tassazione secondo il criterio di cassa e poi resti-*

tuite al soggetto erogatore. Non essendo previsto, infatti, l'istituto delle sopravvenienze passive per i redditi tassati con il criterio di cassa, rimaneva dubbia l'esistenza di un supporto giuridico per procedere al rimborso delle imposte relative a somme che erano entrate nella disponibilità del contribuente, ma che successivamente erano state restituite”.

In relazione a quanto precede, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto non convincente la sentenza n. 1464/2012 della Corte di Cassazione sia perché non risulta esaminato il citato art. 10, comma 1 lett. d-bis) del TUIR, che regola, appunto, il recupero delle imposte su somme costituenti reddito in anni precedenti restituite al soggetto erogatore, e sia perché il considerare le somme oggetto di ritenuta come *“non percepite e non entrate nel patrimonio del sostituito”* non appare in linea con l'istituto della sostituzione di imposta, in quanto, si legge nella nota del 7 novembre 2012, *“i redditi di lavoro dipendente sono tassati per cassa, ossia devono essere <percepiti> (cfr. art. 51, comma 1 del TUIR) e solo se si assume la percezione può essere applicata la ritenuta a titolo d'acconto da parte del sostituito <all'atto del pagamento> (cfr. art. 23, comma 1 del D.P.R. n. 600 del 1973)”.*

La Scrivente, esaminati gli atti, osserva quanto segue.

A norma dell'art. 29 del citato DPR 29 settembre 1973, n. 600 il datore di lavoro statale effettua, all'atto del pagamento della retribuzione (la norma fa riferimento alle *“somme ed i valori di cui all'articolo 23”* del DPR 600 del 1973, cioè, per quanto qui interessa, alle somme ed i valori determinati a norma dell'articolo 48 del DPR 22 dicembre 1986, n. 917 - Testo Unico delle imposte sui redditi) *“una ritenuta diretta in acconto dell'imposta”* dovuta dai pubblici dipendenti.

Il pagamento avviene, quindi, tramite sostituto di imposta ex art. 64 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 - Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi: è, cioè il datore di lavoro che provvede al pagamento di imposte *“in luogo di altri, per fatti o situazioni a questi riferibili...”*: in tal modo egli adempie a un'obbligazione altrui (quella del proprio lavoratore subordinato - contribuente sostituito) nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

Analogamente avviene, ai sensi dell'art. 23 del medesimo DPR n. 600 del 1973, nel caso di lavoro privato o pubblico.

È noto che la previsione dell'obbligo di pagamento a carico del datore di lavoro si giustifica con la particolare relazione in cui questi si trova con il pre-supposto di imposta, in quanto eroga le retribuzioni e i compensi assoggettati a tributo ed è in grado, per il rapporto che lo lega al lavoratore sostituito, di trasferire su di lui con estrema facilità il peso economico dell'imposta versata, operando la rivalsa mediante il prelievo delle somme pagate da quelle dovute al dipendente per le prestazioni effettuate.

Trattasi, in sostanza di una partita di giro che però, per il datore di lavoro

statale, si risolve in un pagamento virtuale dell'imposta, in quanto, a differenza di quanto avviene nel caso di lavoro privato, l'amministrazione statale, per il principio di unitarietà dello Stato, non versa una vera ritenuta al fisco.

Ed è appunto tenendo conto della specificità della riscossione a mezzo di "ritenuta diretta" e, quindi, del fatto che l'amministrazione statale non paga, a differenza del datore di lavoro privato, una vera ritenuta fiscale, che appare più consona al sistema, e, quindi preferibile, la scelta di effettuare la ripetizione delle somme al netto di quanto, sia pure giuridicamente, ma non effettivamente (arg. in Cass. Lav. n. 10942/2000) sia entrato nel patrimonio del dipendente.

Nè appare idoneo a condurre a una diversa conclusione l'argomento secondo cui l'introduzione della predetta lettera d-bis dell'art. 10, comma 1 del TUIR "si è resa necessaria proprio in quanto il sistema dei rapporti tra erario, sostituto e sostituito comporta che il recupero, a carico del contribuente, delle somme a suo tempo a lui erogate avvenga al lordo delle imposte che l'ente erogatore ha versato all'Erario in qualità di sostituto".

La norma in esame, infatti, disponendo che rientrano tra gli oneri deducibili le somme "restituite al soggetto erogatore..." non comporta, necessariamente, che nelle predette somme debbano essere ricomprese anche le ritenute operate dal sostituto.

Peraltro, la norma avrebbe una sua *ratio* anche nell'ipotesi di restituzione delle somme al netto dell'imposta, e, precisamente, il fine di configurare la spettanza di un rimborso nel caso in cui le somme restituite al netto (sommando ad esse figurativamente l'ammontare dell'imposta versata dal sostituto) concorrendo ad integrare il reddito, abbiano comportato per il contribuente un aggravio impositivo in seguito all'applicazione di un'aliquota maggiore, o anche nel caso di tassazione separata del reddito relativo ad annualità anteriori.

(È appena il caso di rilevare che la modifica del citato art. 10 prevista all'art. 118 della legge di stabilità 2014 non influisce sulla soluzione data al quesito in esame, in quanto essa riguarda le modalità di recupero delle somme in tutto o in parte non dedotte nel periodo di imposta di restituzione).

Non può infine non considerarsi che la scelta della restituzione al lordo delle somme comporterebbe, inevitabilmente, un aggravio del procedimento amministrativo, imponendo lo svolgimento di adempimenti fiscali in forme più costose e meno agevoli per il contribuente, conseguenze queste, non in linea con quanto prevede, in materia di "conoscenza degli atti e semplificazione", l'art. 6, comma 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212 - recante lo "Statuto dei diritti del contribuente" - le cui disposizioni costituiscono, a norma dell'art. 1 della medesima legge, "principi generali dell'ordinamento tributario".

In relazione a quanto precede, tenuto conto della peculiarità del sistema della riscossione a mezzo della "ritenuta diretta", la Scrivente ritiene opportuno che codesto Ministero richieda la restituzione delle somme di cui trattasi

al netto delle ritenute fiscali versate, *rectius* trattenute, in qualità di sostituto di imposta, secondo i principi enunciati in materia sia dalla Corte di Cassazione con la richiamata pronuncia n. 1464/2012, che dal Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 1164/2009; *id.*, n. 2061/2005 e n. 1358/1998).

Il suesposto parere è stato sottoposto all'esame del Comitato Consultivo che, nella seduta del 30 ottobre 2013, si è espresso in conformità.

Riconoscimento del compenso assembleare di cui all'art. 2389, co. 1, cod. civ. in società controllate da pubbliche amministrazioni

PARERE 19/12/2013-510784, CS 41118/13, SEZ. III, AVV. FABIO TORTORA

Con la nota a riscontro codesto Istituto chiede di sapere se, alla luce della disciplina introdotta dall'art. 23 *bis* D.L. n. 201/11, come convertito dalla L. n. 214/11 e nel testo oggi vigente a seguito di ulteriori modifiche ed integrazioni, avente ad oggetto i “*Compensi per gli amministratori e per i dipendenti delle società controllate dalle pubbliche amministrazioni*”, possa addivenirsi alla possibilità di attribuire all'amministratore delegato della controllata (...) S.p.A. il compenso assembleare di cui all'art. 2389, comma 1 c.c., o se lo stesso debba intendersi riassorbito nella retribuzione percepita per il rapporto di lavoro ove quest'ultima fosse superiore al limite stabilito dalle fasce individuate nell'Atto di Governo n. 27.

Premesso che tale ultimo Atto, sottoposto a parere parlamentare, non è ancora efficace, con lo stesso il Governo, in ottemperanza al preciso disposto dell'art. 23 *bis*, comma 1, del detto D.L. n. 201/11, ha inteso individuare tre fasce dimensionali nelle quali includere le società controllate direttamente o indirettamente dal MEF, ad esclusione di quelle quotate e di quelle che emettono strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e loro controllate, ciò al fine di parametrare in misura differenziata e proporzionale la determinazione degli emolumenti previsti dall'art. 2389, comma 3 c.c. (“*La remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche in conformità dello statuto è stabilita dal consiglio di amministrazione, sentito il parere del collegio sindacale. Se lo statuto lo prevede, l'assemblea può determinare un importo complessivo per la remunerazione di tutti gli amministratori, inclusi quelli investiti di particolari cariche*”).

Il legislatore, con l'introduzione del comma 5 *bis* del detto art. 23 *bis* (ad opera dall'art. 2, comma 20 *quater*, lett. b), D.L. n. 95/12, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 135/12), ha esteso tale previsione limitativa dei com-

pensi ex art. 2389, comma 3 c.c. a tutte le società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (e non solo dal MEF), disponendo che il detto compenso *“non può comunque essere superiore al trattamento economico del primo presidente della Corte di cassazione. Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono limiti ai compensi inferiori a quello previsto al periodo precedente”*, con ciò introducendo un tetto specifico di commisurazione massima dei detti emolumenti del quale l'Atto di Governo sembra avere fatto piena applicazione.

Senza entrare nel merito della metodologia utilizzata dal Governo per la individuazione delle dette fasce dimensionali, allo stato la società Editalia S.p.A., controllata di IPZS, appare rientrare nella terza delle medesime, per la quale il limite massimo degli emolumenti ai sensi dell'art. 2389, comma 3, c.c. è stato fissato dal detto Atto di Governo al 50% del trattamento economico vigente per il Primo Presidente della Corte di Cassazione.

Come messo in luce da codesto istituto l'Atto di Governo, peraltro, aggiunge, oltre quanto disposto dalla norma primaria cui dà attuazione (*id est* art. 23 bis menzionato), una ulteriore indicazione precettiva, laddove prevede all'art. 3 comma 3: *“Nei casi in cui l'amministratore con deleghe sia anche dirigente della società, sulla base di un rapporto di lavoro instaurato prima del 28 settembre 2007, nella determinazione del compenso ex art. 2389, comma 3, ai fini del rispetto del limite stabilito dai precedenti commi, si computa anche la retribuzione percepita per il rapporto di lavoro. Qualora la retribuzione percepita per il suddetto rapporto di lavoro risulti superiore al limite stabilito per la relativa fascia, tale retribuzione viene considerata corrisposta anche a titolo di compenso ex articolo 2389 comma 3”*.

Tale specificazione appare applicabile al caso di specie, posto che l'Amministratore delegato della Editalia S.p.A. è, allo stato, direttore generale della medesima, assunto nella qualità con contratto a tempo indeterminato in data antecedente al 28 settembre 2007.

Stante quanto sopra allora, ed in ossequio alle norme richiamate e alle specifiche disposizioni dell'Atto di Governo, al medesimo soggetto indicato sembrano applicabili i limiti ivi previsti, dovendosi intendere che allo stesso non possa attribuirsi ulteriore compenso ex art. 2389, comma 3 c.c. ove il suo trattamento sia già superiore al limite stabilito per la relativa fascia (*“Qualora la retribuzione percepita per il suddetto rapporto di lavoro risulti superiore al limite stabilito per la relativa fascia, tale retribuzione viene considerata corrisposta anche a titolo di compenso ex articolo 2389 comma 3”*).

Tale interpretazione appare sufficientemente lineare e non necessita di ulteriore specificazione.

Altra e diversa conclusione, invece, va rappresentata per il differente compenso previsto dall'art. 2389, comma 1 c.c. (*“I compensi spettanti ai membri*

del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo sono stabiliti all'atto della nomina o dall'assemblea").

Tale compenso, infatti, è previsto per tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione, a prescindere dalle deleghe esercitate, e costituisce solitamente una posta di valore decisamente minore, se non di modesta entità, poiché non remunerativa delle dette deleghe o dei particolari incarichi svolti.

Come tale, infatti, non viene considerato dall'intero disposto normativo dell'art. 23 *bis* D.L. n. 201/11, né dall'Atto di Governo che a tale disposto dà attuazione.

La norma citata, infatti, fa riferimento a fini limitativi (ed in più punti) ai soli emolumenti specificamente previsti dall'art. 2389, comma 3 c.c., in quanto remunerativi di deleghe anche complesse esercitate da (alcuni dei) componenti del Consiglio di Amministrazione, ma mai a quelli "generici" di cui all'art. 2389, comma 1 c.c..

La *ratio* di tale norma limitativa, verosimilmente, appare quella di evitare che agli amministratori delegati delle società controllate o a componenti del C.d.A. con particolari incarichi possano attribuirsi compensi sproporzionati fuori del controllo dell'Assemblea, ed in contrasto con le notevoli criticità economiche e finanziarie degli ultimi anni che hanno indotto il legislatore ad intervenire con numerosi provvedimenti di cd. *spending review* a ritardare la spesa complessiva della macchina amministrativa.

Ciò non sembra avvenire con il compenso semplice dei componenti del C.d.A., anche per il diverso meccanismo di controllo della sua determinazione (atto di nomina o assemblea), oltre che per la sua tendenziale tenuità, dovuta come detto alla sua natura non remunerativa di deleghe o particolari incarichi svolti.

Nessuna utile argomentazione, in proposito, sembra poi potersi dedurre dalla lettura dei due pareri rilasciati dal Consiglio di Stato in materia, e richiamati puntualmente nel corpo dell'Atto di Governo (Adunanza Generale n. 559/13, e Adunanza della Sezione Consultiva per gli Atti Normativi n. 2648/13).

Contrariamente a quanto ritenuto da codesto Istituto nella parte finale della nota a riscontro, peraltro, è possibile rinvenire anche in questo caso una norma limitativa dei compensi assentibili per l'ipotesi, ricorrente in termini, di componente del Consiglio di amministrazione che sia allo stesso tempo anche dipendente della società medesima.

Resta, infatti, fermo nella ipotesi specificata anche in relazione a tale compenso, pur escluso dalla disciplina suddetta, il limite massimo introdotto, con valenza generale per tutte le società controllate, dal comma 5 *ter* del detto art. 23 *bis* (anch'esso introdotto dall'art. 2, comma 20 *quater*, lett. b), D.L. n. 95/12, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 135/12), che recita: "Il trattamento economico annuo onnicomprensivo dei dipendenti delle società non quotate di cui al comma 5-bis non può comunque essere superiore al tratta-

mento economico del primo presidente della Corte di cassazione. Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono limiti ai compensi inferiori a quello previsto al periodo precedente”.

Essendo la individuazione delle fasce funzionale e specificamente prevista per la determinazione del solo compenso previsto dall'art. 2389, comma 3 c.c. come indicato dalla norma che la dispone, non appare possibile utilizzare tale parametro (la fascia di riferimento) anche per il diverso compenso in discussione.

Sul parere, costituente questione di massima, è stato sentito il Comitato Consultivo che, nella seduta del 17 dicembre 2013, si è espresso in conformità.

Oneri ed incentivi ex art. 92, co. 5, D.Lgs. n. 163/2006

PARERE 21/12/2013-513720/23, Cs 4955-6145/13, SEZ. VII, AVV. MARCO STIGLIANO MESSUTI

Con due diverse note vengono sottoposti diversi quesiti attinenti agli incentivi ed ai compensi per collaudo statico, per collaudo tecnico-amministrativo, per l'espletamento di attività di segreteria tecnico-amministrativa unificata, in regime di convenzione con altri enti.

Con la nota prot. n. 12970 del 5 dicembre 2012, il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria fa riferimento ad una convenzione tra il medesimo Provveditorato e la Società di Gestione Expo 2015-SOGE s.p.a. per l'espletamento di attività di collaudo e di attività di segreteria tecnico-amministrativa unificata, premesso che, ai sensi dell'art. 4, comma 9, DPCM 22 ottobre 2008, *“la SOGE, sulla base di convenzioni può anche avvalersi degli uffici tecnici e amministrativi degli enti pubblici interessati e può disporre di personale comandato degli stessi”.*

Il Provveditorato chiede quindi:

1) *“se l’incentivo alla progettazione ex art. 92 del D. Lgs. n. 163/2006 possa considerarsi giuridicamente un emolumento retributivo ovvero un **compenso** per prestazioni occasionali, ancorché di carattere professionale, poiché prestate da dipendenti appartenenti all’Amministrazione”*, tenendo presente che, ai sensi dell'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, viene riassegnato ad apposito capitolo di bilancio l'importo corrispondente al 50% dei **“compensi”** spettanti al dipendente pubblico per l'attività di collaudo in sede di contratti di lavori, servizi e forniture;

2) *“se debba ritenersi applicabile il disposto di cui all'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, in caso di erogazione dell'incentivo di cui all'art. 92 del decreto legislativo 163/2006”;*

3) “*se la convenzione stipulata fra Expo 2015 s.p.a. ed il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria, per effetto delle previsioni normative di cui al DPCM 22 ottobre 2008 e ss. modificazioni, costituisca di fatto espletamento di compiti di istituto*”, posto che l'espletamento di compiti di istituto rappresenta il presupposto imprescindibile per l'assegnazione degli incentivi *ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006*.

Al riguardo si osserva quanto segue.

1-2) I primi due quesiti formulati dal Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria impongono di valutare se, in definitiva, gli incentivi di cui all'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, siano assimilabili ai "compensi" di cui all'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, convertito in legge 133/2008, ai fini dell'applicazione della ritenuta del 50 % prevista da quest'ultimo disposto.

D'altra parte, questa valutazione si impone dal momento che la ritenuta prevista espressamente per gli incentivi *ex art. 61, comma 8, D.L. n. 112/2008*, è stata abrogata dall'art. 1, comma 10-*quater*, lett. b), D.L. n. 162/2008; si chiede dunque di verificare se, abrogata la ritenuta di cui all'art. 61, comma 8, D.L. n. 112/2008, non sia forse applicabile quella di cui all'art. 61, comma 9, tuttora vigente.

Ciò detto, occorre preliminarmente osservare che gli incentivi *ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006*, possono essere assegnati per l'attività di segreteria tecnico-amministrativa unificata, soltanto se questa attività ha ad oggetto un "*contributo intellettuale e materiale all'attività del responsabile del procedimento, alla redazione del progetto, del piano della sicurezza, alla direzione dei lavori ed alla loro contabilizzazione*" (art. 4, comma 4, lett. g), del D.M. Infrastrutture e Trasporti del 17 marzo 2008, n. 84). Occorre motivare i provvedimenti di riconoscimento e di ripartizione degli incentivi in tal senso.

Ad ogni buon conto, nonostante la natura retributiva degli incentivi *ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006* (Cassazione, Sez. lav., 8 novembre 2012, n. 19328; 27 luglio 2010, n. 17536), gli stessi non sono assimilabili ai "compensi" di cui all'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, ai fini dell'applicazione della ritenuta del 50 % da destinare ad apposito capitolo di bilancio.

In primo luogo, infatti, è soltanto il comma 8 dell'art. 61, D.L. n. 112/2008, che, prima della sua abrogazione, riguardava espressamente gli incentivi *ex art. 92, comma 5, Cod. Contr. Pubbl.*, destinandoli "*nella misura dello 0,5 per cento alle finalità di cui alla medesima disposizione e, nella misura dell'1,5 per cento, è versata ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato*". Per converso, l'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, riguarda i compensi per attività professionali del pubblico dipendente, espletate occasionalmente, al di fuori dei compiti di istituto e dell'orario di lavoro.

Tali conclusioni sono avvalorate da alcuni *obiter dicta* della Corte Costi-

tuzionale, per cui: *“Il comma 8 dell’art. 61 si riferisce all’incentivo, «non superiore al due per cento dell’importo posto a base di gara di un’opera o di un lavoro», che, ai sensi dell’art. 92, comma 5, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), «è ripartit[o], per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall’amministrazione, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori». Il censurato comma 8 dell’art. 61, a decorrere dal 1° gennaio 2009, ha ridotto tale percentuale, disponendo che essa possa essere destinata solo nella misura dello 0,5 per cento alla finalità di incentivo prevista dal codice dei contratti pubblici, dovendo invece, nella misura dell’1,5 per cento, essere «versata ad apposito capitolo dell’entrata del bilancio dello Stato». Il legislatore ha in séguito abrogato la disposizione impugnata (con l’art. 1, comma 10-quater, lettera b), del decreto-legge n. 162 del 2008), salvo reintrodurre, in un momento ancora successivo (con l’art. 18, comma 4-sexies, del decreto-legge n. 185 del 2008), una disposizione identica a quella abrogata, che è attualmente contenuta nel vigente comma 7-bis dell’art. 61”.* **Il comma 9 dell’art. 61 riguarda, invece, i compensi spettanti ai dipendenti pubblici per arbitrati o collaudi.** La norma dispone che sia versato direttamente ad apposito capitolo del bilancio dello Stato il 50 per cento dei compensi spettanti ai dipendenti pubblici per l’attività di componente o di segretario del collegio arbitrale e per i collaudi svolti in relazione a contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. La disposizione precisa che il predetto importo è riassegnato al fondo di amministrazione per il finanziamento del trattamento economico accessorio dei dirigenti ovvero ai fondi perequativi istituiti dagli organi di autogoverno del personale di magistratura e dell’Avvocatura generale dello Stato ove esistenti” (Corte Costituzionale, 30 dicembre 2009, n. 341).

In secondo luogo, invece, gli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, sono diversi rispetto ai veri e propri compensi professionali, ancorché entrambi possano avere ad oggetto l’attività di collaudo.

D’altra parte, l’incentivo viene corrisposto in ragione della partecipazione del pubblico dipendente alla complessiva attività di progettazione, pianificazione, collaudo, ecc., al di là della sua qualifica professionale, nell’ambito dei compiti di istituto e durante l’orario di lavoro, sempre che l’attività svolta costituisca un valore aggiunto rispetto alle prestazioni attese dal dipendente medesimo (ARAN, Orientamenti applicativi, RAL1081).

Per contro, il compenso viene corrisposto in ragione della qualifica professionale posseduta dal pubblico dipendente ed in ragione della sua effettiva, specifica ed occasionale partecipazione all’attività di progettazione, pianificazione, collaudo, ecc., al di fuori dell’orario di lavoro ed al di là dei compiti

di istituto cui è assegnato il pubblico dipendente medesimo.

Sulla distinzione tra incentivi ex art. 92, comma 5, Cod. Contr. Pubbl., ed i compensi per attività professionali (cfr. C. Conti Piemonte, Sez. contr., delibera, 30 agosto 2012, n. 290); Cassazione, 16 giugno 2009, n. 13941; sui presupposti per il riconoscimento di compensi professionali a favore dei dipendenti, (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 9 settembre 1999, n. 1027; 2 novembre 1998, n. 1571).

Pertanto, la natura retributiva degli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, non osta a che: a) gli incentivi medesimi non siano strutturalmente assimilabili ai compensi per attività professionale prestata dal pubblico dipendente; b) l'art. 61, comma 9, D. L. n. 112/2008, riguardi i soli compensi per attività professionali, e non pure gli incentivi di cui trattasi, ricordando come le prestazioni patrimoniali imposte dal decreto delegato del 2008 devono essere sottoposte ad interpretazione restrittiva, ai sensi dell'art. 23 Cost.

Da quanto esposto emerge che, ai fini dell'applicazione dell'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, gli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, non sono assimilabili a compensi per prestazioni professionali, né sono soggetti alla ritenuta del 50 %, da destinare ad un apposito capitolo del bilancio dello Stato come misura di contenimento dei costi per realizzare obiettivi di finanza pubblica.

3) Con il terzo quesito, il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria chiede di verificare se, ai fini dell'applicazione dell'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, l'espletamento di attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativa unificata rientri tra i compiti di istituto di codesto Provveditorato, ai sensi e per gli effetti della disciplina dettata dal DPCM 22 ottobre 2008 e ss. modificazioni.

Preliminarmente occorre osservare che il DPCM 22 ottobre 2008 e ss. modificazioni è stato abrogato dal DPCM 6 maggio 2013.

Ad ogni modo, specularmente rispetto a quanto prevedeva l'art. 4, comma 9, del DPCM 22 ottobre 2008, anche l'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013, stabilisce che: *“La Società EXPO 2015 p.a., sulla base di convenzioni, può anche avvalersi degli uffici tecnici e amministrativi degli enti pubblici interessati e può disporre di personale comandato dagli stessi, nonché può avvalersi degli enti fieristici, senza scopo di lucro, con sede in Lombardia e operativi a livello regionale, nei cui organi direttivi vi siano rappresentanti designati dagli enti locali interessati, ovvero delle persone giuridiche da questi controllate”*.

Tutto ciò premesso, al fine di valutare se le attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativa unificata rientrano tra i compiti di istituto del Provveditorato alle OO.PP., occorre esaminare: **a)** cosa debba esattamente intendersi per compiti di istituto e se, in particolare, questi ultimi equivalgono agli interessi affidati ex lege alla cura di una determinata amministrazione o di un determinato ente pubblico; **b)** se la SOGE s.p.a. sia una società in house,

la quale esercita un'attività prevalentemente nei confronti delle pubbliche amministrazioni interessate, tra le quali si annovera il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; **c**) se l'avvalimento dei Provveditorati alle OO.PP. da parte della SOGE s.p.a. corrisponde ad una comunanza di interessi pubblici tra i soggetti in questione; **d**) se le convenzioni stipulate dai Provveditorati con la SOGE s.p.a. rappresentino misure attuative dell'avvalimento, nonché accordi *ex art. 15, l. n. 241/1990*, con cui le amministrazioni disciplinano “*lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*”.

Con riferimento alla questione sub a), i compiti di istituto equivalgono agli interessi affidati *ex lege* alla cura di una determinata amministrazione o di un determinato ente pubblico (Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2007, n. 4060; Sez. V, 9 settembre 1999, n. 1027).

Inoltre, ai sensi del comb. disp. dell'art. 9, comma 2 lettera c), DPR n. 211/2008, e dell'art. 42, comma 1, lett. a), b), d-*bis*), d-*ter*), d-*quater*), D.Lgs. n. 30 luglio 1999, n. 300, tra i compiti di istituto dei Provveditorati alle OO.PP. rientra, *inter alia*: a) l'**attività di supporto su base convenzionale** nella programmazione, progettazione ed esecuzione di opere anche di competenza di amministrazioni non statali, anche ad ordinamento autonomo, economico e non, nonché di enti ed organismi pubblici; b) la programmazione, finanziamento, realizzazione e gestione in proprio delle reti infrastrutturali di interesse nazionale, come quelle relative ad Expo 2015, ai sensi dell'art. 1, comma 1, allegato 1, DPCM 6 maggio 2013.

Con riferimento alla questione sub b), la SOGE s.p.a., organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, D.Lgs. n. 163/2006, è altresì una società *in house*.

Secondo la giurisprudenza *Teckal* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nonché secondo la giurisprudenza amministrativa, una società è *in house* se l'amministrazione pubblica esercita sulla stessa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, nonché se la società svolge la sua attività prevalentemente con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. V, *Teckal srl c. Comune di Viano e Azienda Gas - Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, 18 novembre 1999, causa C-107/98; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

Elementi sintomatici del controllo analogo sono: a) la totalità della partecipazione pubblica al capitale sociale, con annessa incredibilità delle azioni a privati; b) la derivazione dello statuto e dell'atto costitutivo della società *in house* da un provvedimento autoritativo o legislativo-regolamentare; c) il potere di nomina di una parte consistente del *management* e del collegio sindacale da parte del soggetto controllante pubblico; d) il potere del soggetto controllante pubblico di determinare le scelte strategiche della società *in house* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Parking Brixen*, 13 novembre 2005, causa C-458/04; *Agusta spa*, 8 aprile 2008, causa C-337/05; Consiglio

di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214; 24 settembre 2010, n. 7092; 9 marzo 2009, n. 1365; 3 febbraio 2009, n. 591; CGA, 4 luglio 2007, n. 719).

Per contro, si ha lo svolgimento di attività prevalentemente nell'interesse delle amministrazioni quando, sia con riguardo all'oggetto sociale, sia con riguardo all'attività concretamente esercitata, la società realizza lavori, servizi e forniture in misura quantitativamente e qualitativamente preponderante per e per conto dell'amministrazione controllante (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, 12 dicembre 2002, causa C-270/99; Sez. II, 17 luglio 2008, causa C-371/2005).

Si dice che *in house* è convenzionato quando un ente pubblico affida, con convenzione *ex art.* 15 l. n. 241/1990, un appalto a favore di una società controllata da un altro ente. In tale ipotesi, l'affidamento *in house* senza gara è stato ritenuto illegittimo, perché vi deve essere coincidenza tra l'ente pubblico che esercita il controllo analogo ed il soggetto nei cui confronti è esercitata l'attività prevalente della società (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6736).

In house, invece, si definisce frantumato quando molteplici enti pubblici partecipano al capitale della società, senza che nessuno di essi abbia singolarmente il controllo della stessa. In questo caso il controllo analogo è comunque assicurato dal coordinamento degli enti in esame per quanto attiene alla determinazione della strategia aziendale (Corte di Giustizia dell'UE, 29 novembre 2012, *Econord spa c. Comune di Varese*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 novembre 2008, *Coditel Bradant Sa*; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; 9 marzo 2009, n. 1365; 29 dicembre 2009, n. 8970; 31 marzo 2009, n. 5082).

Ne deriva che, sotto il profilo del controllo analogo, la SOGE s.p.a., organismo di diritto pubblico, è altresì una società *in house* (frantumato) in quanto:

a) il capitale sociale è suddiviso tra Ministero dell'Economia e delle Finanze, Regione Lombardia, Provincia di Milano, Comune di Milano e Camera di Commercio di Milano, i quali sono enti interessati ad Expo 2015 (art. 6, DPCM 6 maggio 2013; art. 5, DPCM 22 ottobre 2008, sui tavoli interistituzionali tra gli enti interessati), secondo le quote stabilite con decreto del MEF (art. 5, comma 2, DPCM 6 maggio 2013; art. 4, comma 2, DPCM 22 ottobre 2008); la frantumazione del capitale sociale non impedisce che i diritti di voto relativi alle quote azionarie siano esercitati secondo un'unica direttrice strategica, come dimostra la regolamentazione dei tavoli interistituzionali tra gli enti interessati *ex art.* 6, DPCM 6 maggio 2013;

b) l'atto costitutivo e lo statuto sono predisposti dal Commissario Straordinario del Governo (art. 5, comma 1, DPCM 6 maggio 2013; art. 4, comma 1, DPCM 22 ottobre 2008), mentre l'oggetto sociale è predeterminato per via regolamentare nel senso che la SOGE "*realizza e fa realizzare le opere per la migliore riuscita di Expo 2015 [...] e organizza e gestisce Expo 2015*" (art. 5,

comma 4, DPCM 6 maggio 2013; art. 4, comma 4, DPCM 22 ottobre 2008);

c) il numero dei membri del consiglio di amministrazione (5) è fissato per via regolamentare e per via regolamentare sono fissate anche le modalità di nomina del *management* (art. 5, comma 3, DPCM 6 maggio 2013; art. 4, comma 3, DPCM 22 ottobre 2008);

d) la SOGE è tenuta a presentare un rendiconto periodico, anche finanziario, sulle opere da realizzare, mentre il rendiconto generale finanziario è approvato dal Ministro per l'Economia e le Finanze (art. 5, commi 5 e 7, DPCM 6 maggio 2013; art. 4, commi 5 e 7, DPCM 22 ottobre 2008).

Ugualmente, sotto il profilo dell'attività svolta prevalentemente nell'interesse delle amministrazioni, la SOGE espleta la propria attività nell'esclusivo interesse degli enti pubblici che la controllano. Trattasi dunque di una società *in house*.

Per converso, per quanto attiene al rapporto tra la SOGE ed il Provveditorato alle OO.PP., il quale si fonda su una convenzione tra i due enti, si esula dalla figura dell'*in house* convenzionato, istituto ritenuto illegittimo dal Consiglio di Stato.

In effetti, l'*in house* convenzionato ha luogo quando la società non è controllata dall'ente pubblico affidante l'appalto, mentre svolge attività per quest'ultimo in base ad una convenzione. Nel caso all'attenzione della scrivente, invece, lo Stato (in cui il Provveditorato si inserisce) controlla la SOGE insieme ad altre amministrazioni (*in house* frantumato); inoltre, la SOGE svolge la sua attività esclusivamente nell'interesse delle pubbliche amministrazioni controllanti, incluso lo Stato, in vista della realizzazione di Expo 2015.

Senza dimenticare come la convenzione tra il Provveditorato e la SOGE non è volta ad affidare ai dipendenti di quest'ultima o del MIT lo svolgimento di attività professionali. Al contrario, siffatta convenzione viene stipulata in virtù del potere/dovere di avvalimento delle amministrazioni interessate, ai sensi dell'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013. Tali amministrazioni, però, non esercitano attività professionale esterna per conto della SOGE (art. 90, comma 1, lett. d) e ss., D.Lgs. n. 163/2006), il che sarebbe illegittimo (Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5003). Piuttosto, le amministrazioni (e non i loro dipendenti presi singolarmente) concorrono, nell'ambito dei compiti di istituto, alla realizzazione di Expo 2015, insieme alla SOGE.

In breve, la SOGE spa, la quale ha una soggettività giuridica distinta da quella delle amministrazioni, rappresenta **un modulo istituzionale ed organizzativo ad hoc** per il coordinamento e la realizzazione degli interventi connessi ad Expo 2015, i quali riguardano enti pubblici su diversi livelli, statale, regionale e locale. Di questo modulo organizzativo si avvalgono, tramite convenzioni, tutte le amministrazioni in questione per realizzare compiti di istituto in vista di un evento eccezionale. Specularmente, tramite le medesime convenzioni, la SOGE s.p.a. si avvale, ai sensi dell'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013, delle

amministrazioni pubbliche interessate, come i Provveditorati alle OO.PP.

Così, in un caso analogo, la Cassazione ha ritenuto che sussistesse la giurisdizione della Corte dei Conti sugli amministratori della società per la candidatura di Trieste ad ospitare l'Esposizione Universale, **posto che le amministrazioni locali, anche tramite convenzioni, si avvalevano di tale organismo di diritto privato per perseguire finalità istituzionali loro proprie** (trattasi di compiti di istituto: Cassazione, Sez. Un., ordinanza, 9 maggio 2011, n. 10063).

Ciò detto, se da una parte la SOGE è società *in house* che svolge strutturalmente attività nell'interesse esclusivo delle pubbliche amministrazioni controllanti, dall'altra, vi è una coincidenza tra gli interessi/i compiti di istituto di queste ultime e l'oggetto sociale della SOGE medesima. D'altro canto, sotto il profilo letterale, è lo stesso art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013, a sancire una comunanza di interessi e di compiti istituzionali tra la SOGE e gli *"enti pubblici interessati"* di cui la stessa può avvalersi.

In particolare, la SOGE s.p.a., partecipata anche dallo Stato, ha tra i suoi compiti istituzionali la realizzazione delle opere pubbliche per Expo 2015. Al contempo, i Provveditorati Interregionali alle OO.PP. hanno sempre, come funzioni loro proprie, l'attività di supporto su base convenzionale nella programmazione, progettazione ed esecuzione di opere anche di competenza di amministrazioni non statali, anche ad ordinamento autonomo, economico e non, ovvero di Enti ed organismi pubblici, nonché la programmazione, finanziamento, realizzazione e gestione in proprio delle reti infrastrutturali di interesse nazionale, come quelle relative ad Expo 2015.

Con riferimento alla questione sub c), l'avvalimento dei Provveditorati alle OO.PP. da parte di altri enti è disciplinato: a) in via generale, dall'art. 90, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006 (già art. 19, comma 3, l. quadro n. 109/1994); b) in modo particolare, dall'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013.

L'istituto dell'avvalimento corrisponde ad un rapporto tra due o più amministrazioni in cui, in base ad una previsione legislativa o regolamentare (ad es., l'art. 90, D.Lgs. n. 163/2006; l'art. 19, comma 3, l. n. 109/1994; l'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013), una amministrazione od un ente ha il potere (simile ad un diritto potestativo sostanziale) di utilizzare le strutture di una seconda amministrazione, sulla quale incombe il dovere specifico di fornirle, senza potersi rifiutare (Corte dei Conti, Sez. contr., 12 giugno 1996, n. 87). La materia oggetto di avvalimento, quindi, rientra tra i compiti di istituto della seconda amministrazione, posto che il dovere specifico di fornire le proprie strutture, ai sensi dell'art. 90, D.Lgs. n. 163/2006, deve essere previsto dalla legge o da un regolamento e posto che il regolamento o la legge individuano le funzioni, i compiti, i doveri delle varie amministrazioni e dei vari enti pubblici, in ossequio al principio di legalità *ex art. 97 Cost.*

Ne deriva che, se ai sensi dell'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013, la

SOGE si avvale delle strutture del Provveditorato per attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativa unificata, questa materia è oggetto di un dovere specifico, di una funzione, di un compito di istituto stabilito direttamente dalla legge a carico del Provveditorato medesimo.

Con riferimento alla questione sub d), un accordo *ex art. 15 l. n. 241/1990* può essere definito come il patto tra più amministrazioni od enti sostanzialmente pubblici che, su un piano di parità, regolano l'attività di interesse comune, ad esempio in virtù del potere di avvalimento affidato dalla legge ad una di esse (Corte dei Conti, Sez. contr., 12 giugno 1996, n. 87). Con gli accordi, in definitiva, le parti contraenti compongono in un quadro unitario gli interessi pubblici di cui ciascuna amministrazione è portatrice (Corte dei Conti, Sez. Giur. Reg. Puglia, 21 marzo 2003, n. 244). Entrambe le amministrazioni contraenti, però, devono essere competenti ed avere *ex lege* la cura di interesse pubblico tale da legittimare la stipula dell'accordo (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1707), sempre che la convenzione *ex art. 15 cit.* non si risolva nell'acquisizione senza gara di servizi presso un soggetto professionista/imprenditore (Consiglio di Stato, Sez. III, 25 gennaio 2012, n. 324). Inoltre, la giurisprudenza amministrativa e di legittimità ha pacificamente ammesso l'eventualità che accordi *ex art. 15, l. n. 241/1990*, possano essere stipulati tra un'amministrazione ed una società *in house*, frantumato o meno (Cassazione, Sez. Un., ordinanza, 9 maggio 2011, n. 10063; Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6736).

Dunque, laddove la SOGE spa è una società *in house* che può avvalersi *ex lege* del Provveditorato, stipula con quest'ultimo una convenzione attuativa del potere di avvalimento (art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013). Questa convenzione, la quale pone su un piano di parità un'amministrazione ed una società *in house*, è un accordo *ex art. 15, l. n. 241/1990*. Con questo accordo, il Provveditorato e la SOGE regolano attività di interesse comune, la quale può a sua volta essere regolata per via convenzionale solo in quanto entrambi gli enti coinvolti (incluso il Provveditorato) abbiano come compito di istituto la materia oggetto della convenzione medesima.

Da quanto esposto emerge che l'espletamento di attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativa unificata per conto della SOGE costituisce, nella specie, un compito di istituto del Provveditorato alle OO.PP., ai sensi dell'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013.

In primo luogo, infatti, i compiti di istituto coincidono con gli interessi che la legge affida alle cure delle amministrazioni e degli altri enti pubblici. In particolare, i Provveditorati alle OO.PP. provvedono all'attività di supporto su base convenzionale nella programmazione, progettazione ed esecuzione di opere anche di competenza di amministrazioni non statali, anche ad ordinamento autonomo, economico e non, nonché di enti ed organismi pubblici.

In secondo luogo, sotto il profilo letterale, l'art. 5, comma 9, DPCM 6 mag-

gio 2013, menziona espressamente l'"interesse" degli enti pubblici, tra i quali i Provveditorati, rispetto alle attività che costituiscono l'oggetto sociale della SOGE s.p.a. (realizzazione delle opere e predisposizione dei servizi per Expo 2015).

In terzo luogo, la SOGE s.p.a. è una società *in house* che, secondo la giurisprudenza *Teckal* della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, espleta la propria attività prevalentemente nell'interesse delle amministrazioni pubbliche partecipanti al capitale sociale. Ne deriva una comunanza di interessi pubblici e compiti di istituto tra la SOGE e le amministrazioni medesime, ivi compresi i Provveditorati, i quali sono ovviamente interessati alla realizzazione delle opere per Expo 2015.

In quarto luogo, l'avvalimento di un'amministrazione pubblica da parte di un altro ente pubblico o di una società a partecipazione pubblica è sintomatico di una comunanza di interessi e compiti di istituto.

In quinto luogo, le convenzioni attuative del potere di avvalimento o del dovere di concedere l'avvalimento sono veri e propri accordi *ex art.* 15, l. 241/1990, strutturalmente volti a disciplinare attività di interesse comune. Ne deriva che, se le attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativa unificata sono ad oggetto di una convenzione tra il Provveditorato e la SOGE, tali attività costituiscono, altresì, attività di interesse comune, nonché compiti di istituto della SOGE e del Provveditorato medesimi.

Con la nota prot. n. 16332 del 30 novembre 2012, il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per l'Emilia Romagna e le Marche fa riferimento ad una convenzione tra il medesimo Provveditorato, l'Università degli Studi di Parma ed il Comune di Parma-Assessorato ai Lavori Pubblici per la ristrutturazione ed il restauro dell'ex carcere di San Francesco, destinato ad ospitare strutture dell'ateneo parmense.

Il Provveditorato chiede dunque:

4) se, per i dirigenti delle pubbliche amministrazione, i compensi per incarichi di collaudo statico ovvero tecnico-amministrativo rientrino o meno nel trattamento economico dirigenziale, tenendo presente il principio di onnicomprensività della retribuzione spettante ai dirigenti medesimi;

5) chi debba intendersi per membro interno ovvero esterno alla stazione appaltante ai fini dell'applicazione rispettivamente degli incentivi *ex art.* 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, ovvero dei compensi per le attività professionali di collaudo tecnico-amministrativo, ai sensi dell'art. 90, comma 1, lett. d) e ss., D.Lgs. n. 163/2006, nonché degli articoli 210, DPR n. 554/1999, e 238, DPR n. 207/2010;

6) se, per le attività di collaudo tecnico-amministrativo svolte da dipendenti pubblici sulla base di convenzioni tra più amministrazioni, si debba fare riferimento - in deroga rispetto agli incentivi *ex art.* 92, comma 5, Cod. Contr. Pubbl. - alle tariffe professionali di ingegneri ed architetti, posto che, ai sensi dell'art.

120, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 163/2006, *“nell’ipotesi di carenza di organico all’interno della stazione appaltante di soggetti in possesso dei necessari requisiti, accertata e certificata dal responsabile del procedimento, ovvero di difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche in materia, la stazione appaltante affida l’incarico di collaudatore ovvero di presidente o componente della commissione collaudatrice a soggetti esterni scelti secondo le procedure e con le modalità previste per l’affidamento dei servizi; nel caso di collaudo di lavori l’affidamento dell’incarico a soggetti esterni avviene ai sensi dell’articolo 91. Nel caso di interventi finanziati da più amministrazioni aggiudicatrici, la stazione appaltante fa ricorso prioritariamente a dipendenti appartenenti a dette amministrazioni aggiudicatrici sulla base di specifiche intese che disciplinano i rapporti tra le stesse”*.

Al riguardo si osserva quanto segue.

4) Con riferimento al primo quesito formulato dal Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per l’Emilia Romagna e le Marche, occorre valutare se il principio di onnicomprensività della retribuzione dei dirigenti subisce deroghe in relazione ai compensi per attività professionali oltre i compiti di istituto, nonché in relazione agli incentivi *ex art. 92*, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, strutturalmente connessi all’espletamento di compiti di istituto.

Sul punto, il D.M. Infrastrutture e Trasporti del 17 marzo 2008, n. 84, reca le norme per la ripartizione dell’incentivo di cui all’art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006. Questo decreto ministeriale nulla dispone in ordine alla spettanza dell’incentivo a favore dei dirigenti.

Inoltre, la giurisprudenza amministrativa, civile e contabile è concorde nell’affermare che *“il principio di onnicomprensività (art. 24, D.Lgs. n. 165/2001), che concerne tutti gli incarichi conferiti ai dirigenti pubblici in ragione dell’ufficio o su designazione dell’amministrazione di appartenenza, trattandosi di attività connesse in maniera più o meno diretta al rapporto organico, tra dipendente pubblico ed amministrazione, il cui svolgimento può fra l’altro riflettersi direttamente sul raggiungimento degli obiettivi assegnati al medesimo dirigente, non esclude che gli stessi dipendenti possano espletare incarichi retribuiti a titolo professionale dall’amministrazione, ove ne ricorrano i presupposti legali e sempre che non costituiscano comunque espletamento di compiti di istituto”* (inter alia, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 21 marzo 2011, n. 1733). Le deroghe al principio di onnicomprensività del trattamento economico dirigenziale sono comunque soggette ad un regime applicativo restrittivo, mentre i compiti o finalità di istituto sono interpretati in modo estensivo (cfr. Cassazione, Sez. lav., 24 febbraio 2011, n. 4531; Cons. Giust. Amm. Sic., 20 dicembre 2010, n. 1504).

Ciò detto, occorre distinguere tra i compensi per attività professionale e gli incentivi.

Anzitutto, come si è osservato nella risposta al quesito n. 1), i compensi per attività professionale vengono corrisposti soltanto nel caso in cui non siano espletati compiti di istituto. Dal mancato espletamento di siffatti compiti discende automaticamente l'estraneità dei compensi in esame rispetto alle mansioni ordinarie del dirigente ed al principio di onnicomprensività della retribuzione *ex art. 24, D.Lgs. n. 165/2001*.

Più complesso è il caso degli incentivi *ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006*, i quali vengono assegnati se si espletano compiti di istituto.

In questo caso, infatti, occorre verificare se, ai sensi dei contratti collettivi applicabili *ratione temporis*, siano previste altre forme di incentivazione che non rimangano assorbite nel trattamento economico accessorio dei dirigenti, rappresentato dalla retribuzione di posizione e di risultato.

Sul punto, indipendentemente da quanto concerne i dirigenti del comparto regioni ed enti locali, i quali hanno un diverso contratto collettivo, con parere n. 173/2004 del 4 maggio 2005, l'Adunanza della Commissione Speciale Pubblico Impiego del Consiglio di Stato ha definitivamente affermato che, nelle amministrazioni statali e negli enti previdenziali, il principio di onnicomprensività della retribuzione assorbe qualsiasi compenso sia per gli incarichi affidati ai dirigenti nell'esercizio delle loro specifiche mansioni (ad esempio il ruolo di RUP), sia per gli incarichi ulteriori affidati discrezionalmente dall'amministrazione statale in virtù di specifiche qualifiche professionali possedute (ad esempio l'incarico di collaudatore o di progettista): *"La Commissione speciale deve osservare, in proposito, che il principio dell'onnicomprendività della retribuzione assorbe qualsiasi compenso sia per gli incarichi affidati ai dirigenti nell'esercizio delle loro specifiche mansioni (ad esempio il ruolo di RUP), sia per gli incarichi ulteriori affidati discrezionalmente dall'amministrazione statale in virtù di specifiche qualifiche professionali possedute (ad esempio l'incarico di collaudatore o di progettista): "La Commissione speciale deve osservare, in proposito, che il principio dell'onnicomprendività, di cui si discute, risulta ispirato al soddisfacimento di una pluralità di esigenze, ed in specie risulta legato con un rapporto di stretta consequenzialità alla particolare posizione che assumono i dirigenti, nell'ambito dell'organizzazione della pubblica amministrazione, specie dopo la riforma relativa alla "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, di cui al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni e integrazioni. Come è noto, in base alla normativa suddetta ai predetti dirigenti è stata attribuita la diretta responsabilità in materia di gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa, restando demandata agli Organi di governo la funzione di definire gli obiettivi ed i programmi da attuare, nonché di verificare la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite. Un simile mutamento di prospettiva, quindi, ha sensibilmente accentuato l'ambito delle pur ampie responsabilità già attribuite alla dirigenza dal d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, e la disciplina mediante lo strumento contrattuale dei singoli rapporti ha coerentemente consentito non solo di rapportare la retribuzione all'impegno ed alla complessità dei compiti connessi alle diverse posizioni organiche, ma anche di corrispondere un trattamento economico accessorio collegato ai risultati effettivamente conseguiti nell'espletamento dell'attività. In ogni caso va opportunamente sottolineato che il carattere contrattuale del*

rapporto di impiego implica necessariamente un incontro della volontà delle parti, anche per quanto riguarda la determinazione del compenso, che non viene ora rapportato a parametri rigidamente predeterminati per legge, come avveniva precedentemente pure per la categoria della dirigenza. Trattandosi, d'altronde, di un impegno di carattere esclusivo, nell'espletamento del quale il funzionario deve prestare tutta la sua opera (con le sole eccezioni previste per gli incarichi non compresi nei compiti e doveri d'ufficio, autorizzabili ai sensi dell'art. 53 del citato decreto legislativo n. 165 del 2001), la corrispondenza di un trattamento economico onnicomprensivo appare coerente con i fondamentali principi di correttezza e di trasparenza che debbono caratterizzare l'organizzazione dei pubblici uffici, e si palesa, altresì, maggiormente rispondente all'opportunità di consentire un più equo e favorevole trattamento previdenziale e pensionistico per il personale in questione. Tenuto conto di quanto sopra, non appaiono fondate le perplessità prospettate dal Ministero referente (cui si è associato anche il Ministero dell'economia e delle finanze) in ordine alla applicazione del principio della onnicomprensività pure con riguardo agli incarichi ulteriori, comunque conferiti dall'Amministrazione. Anzitutto è da escludere che possa configurarsi, in una simile fattispecie, una prestazione imposta per unilaterale volontà di una delle parti, atteso che trattasi pur sempre di incarichi che debbono essere accettati dall'interessato e quest'ultimo, pertanto, può liberamente determinarsi nel senso di rifiutare l'ulteriore aggravio del carico di lavoro. Né appare pertinente l'obiezione secondo cui un simile rifiuto potrebbe riflettersi negativamente sulla valutazione finale dell'attività svolta, atteso che il conferimento di ampi poteri amministrativi e gestionali ai dirigenti comporta, inevitabilmente, la responsabilizzazione dei medesimi con riguardo a tutte le scelte ed alle opzioni effettuate nel corso dello svolgimento delle funzioni di competenza, anche con riferimento alla individuazione delle iniziative da intraprendere e alle attività da svolgere in concorrenza o in alternativa con altre, ai fini del conseguimento degli obiettivi di pubblico interesse da perseguire in base alle direttive generali impartite dagli Organi di governo. Per quanto concerne il rispetto del canone costituzionale relativo alla proporzionalità della retribuzione alla quantità e qualità della prestazione lavorativa che, in ogni caso, deve essere sufficiente ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia "una esistenza libera e dignitosa", si rammenta che, come sottolineato dalla Corte costituzionale e come ampiamente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, la proporzionalità e sufficienza della retribuzione vanno valutate considerando la retribuzione nel suo complesso, e non in base ai singoli elementi che compongono il trattamento economico (Cfr. Corte Cost. 20 giugno 2002, n. 263; 12 marzo 2004, n. 91; Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7101). Per quanto riguarda specificamente l'aspetto della durata degli incarichi, poi, deve convenirsi con quanto osservato dal Dipartimento della funzione pubblica in ordine alla ir-

rilevanza del carattere non continuativo dell'impegno richiesto, ai fini dell'assoggettamento del relativo compenso al regime della onnicomprensività. Nell'ipotesi di compensi dovuti dai terzi per incarichi aggiuntivi, dunque, ogni dubbio in proposito dovrebbe essere senz'altro superato con riguardo alla complessiva congruità del trattamento economico spettante al dirigente. Deve tenersi conto, inoltre, dalla previsione, di cui all'articolo 14, comma 2, del contratto collettivo per la dirigenza sottoscritto il 5 aprile 2001, già sopra ricordato, secondo cui, allo scopo di remunerare il maggiore impegno e la maggiore responsabilità dei dirigenti che svolgono detti incarichi aggiuntivi, viene loro corrisposta, ai fini del trattamento accessorio, oltre alla retribuzione di posizione e di risultato, una quota, in ragione del loro apporto, fino al 30% della somma che confluisce nel fondo di attuazione del principio di onnicomprensività. Può ritenersi, infatti, che una simile previsione, consentendo un trattamento differenziato e di particolare favore per i dirigenti maggiormente impegnati, sia comunque idonea a soddisfare le esigenze di carattere sostanzialmente perequativo segnalate dall'Amministrazione referente".

Inoltre, è principio pacifico in giurisprudenza che gli incentivi *ex art. 92 Cod. Contr. Pubbl.* siano riconosciuti previa adozione di un provvedimento ampiamente discrezionale di accertamento, da parte del dirigente di prima fascia o da parte del dirigente seconda fascia delegato, in ordine all'attività di progettazione espletata ovvero in ordine alla sua perdurante effettiva utilità per l'amministrazione (Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 12 aprile 2011, n. 8344; Trib. Napoli, 6 luglio 2012, L.A. e altri c. Università degli Studi di Napoli "Federico II" e altri; cfr. art. 5, comma 1, D.M. Infrastrutture 17 marzo 2008, n. 84).

Secondo questa prospettiva, il dirigente generale o di I° fascia non ha poteri di controllo sulle *performances* dei dirigenti di II° fascia eventualmente delegati (fatto salvo il potere di sostituzione in caso di inerzia; art. 16, D.Lgs. n. 165/2001). Dunque, laddove il dirigente di II° fascia dovesse realizzare progetti, sarebbe egli stesso a dovere valutare i presupposti per il riconoscimento degli incentivi *ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006*. Sembrerebbe determinarsi, così, un potenziale conflitto di interessi tra il dirigente che esegue opere di progettazione ed il medesimo dirigente che deve valutarne, ad esempio, la perdurante utilità.

Ciò è ancor più vero per quanto attiene ai dirigenti generali, anch'essi soggetti al principio di onnicomprensività della retribuzione *ex art. 24, D.Lgs. n. 165/2001*, ed ancor di più sottratti al controllo sulle *performances*, anche in termini di ritiro della delega.

Dunque, il comb. disp. degli articoli 24, D.Lgs. n. 165/2001, e 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, sembrerebbe doversi interpretare nel senso che i dirigenti siano esclusi dall'ambito di applicazione degli incentivi *ex art. 92, comma 5, cit.*, anche perché, all'interno della retribuzione onnicomprensiva *ex art. 24, D.Lgs. n. 165/2001*, si colloca il trattamento economico di risultato in base

agli obiettivi raggiunti, pure in termini di progettazione, collaudo, ecc.

5-6) Gli ultimi due quesiti formulati dal Provveditorato alle OO.PP. per l'Emilia Romagna e le Marche meritano una trattazione unitaria ed impongono di valutare se:

a) per quanto attiene gli incarichi di collaudo statico ovvero tecnico-amministrativo, siano applicabili discipline distinte, in conformità al parere del Consiglio Superiore dei LL.PP. n. 97/2008, per cui gli incentivi *ex art. 92*, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, non sarebbero riferibili all'attività di collaudo statico;

b) per gli incarichi di collaudo tecnico-amministrativo, siano applicabili gli incentivi *ex art. 92*, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, ovvero i compensi per attività professionale, laddove siano state stipulate convenzioni tra più amministrazioni a norma dell'art. 120, ult. comma, Cod. Contr. Pubbl.

Con riguardo al punto sub a), con determinazione n. 43/2000, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici affermava che, ai fini dell'applicazione degli incentivi, *"per incaricato di collaudo, ai sensi dell'art. 18, comma 1, della legge n. 109/1994 (cfr. ora l'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006), deve intendersi non solo il redattore del certificato di collaudo finale o certificato di regolare esecuzione, bensì anche l'incaricato del collaudo statico, il quale, peraltro, coincide con il primo oppure con uno dei tre membri della suddetta commissione"*.

Successivamente, con parere n. 97/2008 del 16 settembre 2008, il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici dissentiva dall'avviso espresso dall'AVLP.

In particolare, il CSLP affermava che, in alcuni casi, negli appalti di lavori pubblici, la figura del collaudatore tecnico-amministrativo non coincide con quella del collaudatore statico. Pertanto, secondo il Consiglio Superiore, non era corretto l'assunto dell'AVLP circa la coincidenza delle figure del collaudatore statico e del collaudatore tecnico-amministrativo, con conseguente inapplicabilità degli incentivi al collaudatore statico.

Ciò nondimeno, ai fini dell'applicazione dell'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, è **irrilevante** la distinzione tra collaudo statico (ex articoli 7, l. n. 1086/1971, 25 e 67, DPR n. 380/2001) che attiene alla conformità dell'opera rispetto alle normative tecniche ed il collaudo tecnico-amministrativo o di conformità dell'opera alla legge, alle regole d'arte, al progetto ed ai capitolati, al contratto.

D'altra parte, con la determinazione n. 43/2000, l'AVLP ha individuato la coincidenza **tendenziale** tra il collaudatore statico e quello tecnico-amministrativo come **ulteriore, ma non unico, indice sintomatico** circa l'inclusione delle due figure nell'ambito di applicazione degli incentivi, come dimostra l'uso della congiunzione "peraltro".

Inoltre, per quanto attiene alla *ratio* logico-giustificativa, l'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, si riferisce all'attività di "collaudo" nel complesso esercitata e disciplina unicamente l'aspetto economico della retribuzione dei di-

pendenti pubblici per l'espletamento di compiti di istituto. Sul punto non rilevano le ipotesi di non coincidenza tra la figura del collaudatore statico e quella del collaudatore tecnico amministrativo, come quando quest'ultimo non possiede le qualifiche per effettuare il collaudo statico (art. 238, DPR n. 207/2010; art. 187, DPR n. 554/1999). Tale distinzione, infatti, non concerne l'aspetto economico della retribuzione, ma l'affidamento di incarichi all'interno dell'amministrazione.

Infine, sul fronte dell'oggetto dell'attività di collaudo, ai sensi dell'art. 215, comma 1, DPR n. 207/2010 (già art. 187, DPR n. 554/1999), avviene che: *“Il collaudo [affidato ex articoli 90, 91 e 120, D. Lgs n. 163/2006] ha lo scopo di verificare che l'opera o i lavoro siano stati eseguiti a regola d'arte, secondo il progetto approvato e le relative prescrizioni tecniche, nonché le eventuali perizie di variante, in conformità del contratto e degli eventuali atti di sottomissione o aggiuntivi debitamente approvati. [...] Il collaudo comprende altresì tutte le verifiche tecniche previste dalle leggi di settore”*.

Sulla compatibilità e coincidenza tra collaudo statico e collaudo-tecnico amministrativo negli appalti di OO.PP., cfr. *inter alia* Cassazione, Sez. I, 23 novembre 1993, n. 11560.

Ne deriva che, concordemente rispetto all'avviso espresso nella determinazione n. 43/2000 dell'AVLP, gli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, si applicano sia al collaudo statico, sia al collaudo tecnico-amministrativo.

Per quanto concerne il punto sub b) e come già precisato nella risposta al quesito n. 1, gli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, sono diversi dai compensi per attività professionale di collaudo ex art. 120, D.Lgs. n. 163/2006.

Da un lato, infatti, l'incentivo viene corrisposto in ragione della partecipazione del pubblico dipendente all'attività di collaudo nell'ambito dei compiti di istituto e durante l'orario di lavoro.

Dall'altro, invece, il compenso viene corrisposto in ragione della qualifica posseduta anche dal pubblico dipendente ed in ragione della sua effettiva, specifica ed occasionale partecipazione all'attività di collaudo, al di fuori dell'orario di lavoro ed al di là dei compiti di istituto cui è assegnato il pubblico dipendente medesimo. Il compenso, peraltro ed a differenza dell'incentivo, viene determinato a norma del D.M. Giustizia del 20 luglio 2012, n. 140, il quale ha introdotto i nuovi criteri per la determinazione giudiziale e stragiudiziale dei compensi per le professioni regolamentate, dopo che il D.L. n. 1/2012, conv. con modificazioni dalla l. n. 27/2012, ha abrogato le tariffe professionali (sul punto, cfr. Corte Costituzionale, 31 maggio 2013, n. 115).

Inoltre, come si è già osservato nella risposta al quesito n. 4, i compiti di istituto coincidono con gli interessi affidati *ex lege* alla cura di una determinata amministrazione.

Tutto ciò premesso, ai dipendenti pubblici che svolgono attività professionale nell'ambito dei compiti di istituto delineati dalla Convenzione tra l'Uni-

versità, il Provveditorato ed il Comune di Parma si applicano i soli incentivi *ex art. 92*, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, e non pure i compensi per attività professionale.

In primo luogo, infatti, dissentendo dall'avviso espresso da codesto Provveditorato, non rileva quanto disposto dall'art. 120, Cod. Contr. Pubbl., il quale rinvia alle convenzioni per la disciplina dei rapporti intersoggettivi tra amministrazioni, ma non ammette esplicitamente deroghe, da parte dell'autonomia negoziale, rispetto alle previsioni legislative imperative, come nel caso dell'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006.

In secondo luogo, gli appalti finanziati e realizzati da più amministrazioni in regime di convenzione ai sensi dell'art. 120, D.Lgs.n. 163/2006, sono definiti "appalti complessi integrati". In questo caso, secondo l'AVCP, le diverse amministrazioni coinvolte espletano compiti di istituto e trovano applicazione gli incentivi *ex art. 92*, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, e non pure i compensi per attività professionale, un tempo parametrati rispetto alle tariffe professionali di ingegneri ed architetti (AVCP, deliberazione n. 77, 1 agosto 2012; determinazione n. 2, 25 febbraio 2009).

In terzo luogo, l'Università si avvale per legge delle strutture del Provveditorato, ai sensi degli articoli 52, comma 1, l. n. 388/2000, 19, comma 3, l. n. 109/1994 (cfr. oggi l'art. 90, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006). Come si è evidenziato nella risposta al quesito n. 3), l'avvalimento riflette una comunanza ed una ripartizione di compiti di istituto tra le amministrazioni coinvolte, l'Università ed il Provveditorato.

In quarto luogo, la Convenzione tra l'Università, il Comune ed il Provveditorato attua il potere/dovere di avvalimento e rientra tra gli accordi *ex art. 15*, l. 241/1990, con cui si disciplinano attività di interesse comune. Pertanto, anche sotto questo profilo, l'attività di collaudo ad oggetto di una convenzione stipulata rientra tra i compiti di istituto del Provveditorato alle OO.PP.

In quinto luogo, si potrebbe prospettare una violazione delle regole della concorrenza, laddove i dipendenti pubblici con qualifiche professionali fossero retribuiti con compensi per attività professionale determinati *ex D.M. Giustizia* n. 140/2012, sulla base di una convenzione e senza il previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di incarichi al di sopra della soglia per gli interventi in economia.

D'altro canto, la giurisprudenza di matrice europea:

a) ha qualificato le Università come operatori economici (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza *CoNISMA*, C-305/08);

b) ha affermato che persino il rimborso di spese integra il requisito di onerosità dell'appalto (Corte di Giustizia dell'UE, *ASL Lecce e Università degli Studi del Salento c. Ordine degli Ingegneri di Lecce et al.*, 19 novembre 2012, causa C-159/11);

c) ha sancito che gli affidamenti onerosi di lavori, servizi e forniture a fa-

vore di operatori economici universitari tramite accordi *ex art. 15, l. n. 241/1990*, violano le regole di concorrenza di cui alla direttiva n. 2004/18/CE, laddove:

- tali convenzioni non abbiano ad oggetto servizi di interesse economico generale,

- tali convenzioni non corrispondano ad attività di interesse pubblico comune, ancorché graduato in attività finali ed attività strumentali;

- siano in grado di alterare la concorrenza quando non siano previste gare a valle per l'affidamento di incarichi a professionisti privati (da ultimo, cfr. Corte di Giustizia dell'UE, Sez. X, ord., 16 maggio 2013, causa C-564/11; cfr. anche Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Protezione Civile, Ufficio del Consigliere Giuridico, parere prot. n. CG/0025732 del 30/04/2013: allegato).

Dunque, in prima istanza, se gli incarichi di collaudo a favore di pubblici dipendenti fossero pagati alla stregua di compensi per attività professionale, si potrebbe determinare una violazione delle regole concorrenziali. In effetti, se il pubblico dipendente fosse pagato con compensi per attività professionali *ex D.M. Giustizia n. 140/2012*, questi verrebbe considerato e pagato alla stregua di un professionista privato, senza il previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica a monte. Pertanto, è necessario fare ricorso agli incentivi *ex art. 92, D.Lgs. n. 163/2006*, i quali, comunque, sono strettamente connessi all'espletamento di compiti di istituto, ricordando come il ricorso al personale dipendente per l'espletamento di funzioni istituzionali esclude *ipso jure* il ricorso a professionisti esterni, ai sensi dell'art. 90, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006.

Per completezza, bisogna valutare se gli stessi incentivi, aventi natura retributiva (cfr. la risposta al quesito 1), costituiscano forme di trattamento economico in violazione delle regole concorrenziali rispetto ai professionisti privati.

In questa sede si esclude che gli incentivi *ex art. 92 D.Lgs. n. 163/2006* siano in violazione della concorrenza: a) in quanto sono distribuiti presso il personale dipendente dell'amministrazione utilizzato in regime di *insourcing* (come accade nell'*in house providing*); b) in quanto sono quantitativamente inferiori ai compensi professionali che sarebbero corrisposti a soggetti esterni ai sensi del D.M. Giustizia n. 140/2012; c) in quanto sono *ipso jure* relativi all'esercizio di compiti di istituto, i quali non possono essere espletati da soggetti esterni, se non in caso di assenza o di indisponibilità di personale dipendente pubblico qualificato (art. 90, D.Lgs. n. 163/2006).

In seconda istanza, viola le regole europee in tema di concorrenza l'affidamento diretto di incarichi professionali a personale non specificamente inquadrato come ingegnere-architetto (ad esempio, sono inquadrati in tal senso i funzionari esperti del MIT di categoria F6 od F7), in base a convenzioni od accordi *ex art. 15, l. n. 241/1990*.

Così, da un lato, la Corte dei Conti, Sez. contr., con pronuncia del 12 giu-

gno 1996, n. 87, ha stabilito che è *"legittima una convenzione tra il comune e il Provveditorato regionale alle opere pubbliche con la quale quest'ultimo assume compiti inerenti la progettazione esecutiva e il collaudo di opere pubbliche da realizzare per conto del Comune"*. Ciò nondimeno, per la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 324/2012, l'accordo o la convenzione intersoggettiva ex art. 15, l. n. 241/1990, non deve risolversi in una violazione della concorrenza attraverso l'acquisizione di servizi presso soggetti pubblici imprenditori e/o professionisti (cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1902).

In tal senso, desta perplessità l'art. 8 della Convenzione tra il Provveditorato alle OO.PP. per l'Emilia Romagna e le Marche, l'Università degli Studi di Parma ed il Comune di Parma.

In base a questo articolo, *"l'Università provvederà a nominare, d'intesa con il Provveditorato, i collaudatori [...]"*.

Ebbene, il presente disposto potrebbe essere in grado di violare la concorrenza nell'affidamento di incarichi professionali, laddove i collaudatori scelti non siano inquadrati, come dipendenti pubblici del Provveditorato, alla stregua di ingegneri ed architetti, i quali per specifica mansione possono svolgere l'attività di collaudo per conto dell'amministrazione. Soltanto in questo modo l'attività di collaudo, retribuita con i meri incentivi ex art. 92, D.Lgs. n. 163/2006, viene espletata all'interno dei compiti di istituto, senza implicare l'esercizio di una professione *extra moenia*, anche da parte del pubblico dipendente.

Conclusivamente:

Quesito n. 1)

"Se l'incentivo alla progettazione ex art. 92 del D.Lgs. n. 163/2006 possa considerarsi giuridicamente un emolumento retributivo ovvero un compenso per prestazioni occasionali, ancorché di carattere professionale, poiché prestate da dipendenti appartenenti all'Amministrazione".

Nonostante abbiano natura retributiva, gli incentivi ex art. 92, comma 5, D. Lgs. n. 163/2006, non equivalgono ai compensi per attività di collaudo svolta fuori dai compiti istituzionali e dall'orario di lavoro, occasionalmente, anche dal pubblico dipendente-professionista.

Quesito n. 2)

"Se debba ritenersi applicabile il disposto di cui all'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, in caso di erogazione dell'incentivo di cui all'art. 92 del decreto legislativo 163/2006".

La ritenuta del 50 %, prevista dall'art. 61, comma 9, D.Lgs. n. 112/2008, è inapplicabile agli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006. Gli incentivi spettano anche per l'attività di segreteria tecnico-amministrativa unifi-

cata soltanto se quest'ultima ha ad oggetto un *"contributo intellettuale e materiale all'attività del responsabile del procedimento, alla redazione del progetto, del piano della sicurezza, alla direzione dei lavori ed alla loro contabilizzazione"*. Occorre motivare in tal senso i provvedimenti di riconoscimento e di ripartizione degli incentivi.

Quesito n. 3)

"Se la convenzione stipulata fra Expo 2015 s.p.a. ed il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria, per effetto delle previsioni normative di cui al DPCM 22 ottobre 2008 e ss. modificazioni, costituisca di fatto espletamento di compiti di istituto".

Ai fini dell'applicazione degli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, rientra tra i compiti di istituto l'attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativa unificata, svolta dal Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria in attuazione della convenzione con la SOGE spa, ai sensi dell'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013, il quale ha abrogato il DPCM 22 ottobre 2008.

Quesito n. 4)

"Se, per i dirigenti delle pubbliche amministrazioni, i compensi per incarichi di collaudo statico ovvero tecnico-amministrativo rientrino o meno nel trattamento economico dirigenziale, tenendo presente il principio di onnicomprensività della retribuzione spettante ai dirigenti medesimi".

Ai sensi del comb. disp. degli articoli 24, D.Lgs. n. 165/2001, e 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, in base all'orientamento del Consiglio di Stato espresso in sede consultiva, si ritiene che i pubblici dirigenti siano da escludere dall'ambito di applicazione degli incentivi ex art. 92, comma 5, cit..

Ad ogni modo, si auspica un intervento chiarificatore del legislatore ovvero l'adozione di clausole normative *ad hoc* in sede di contrattazione collettiva.

Quesiti nn. 5 e 6

"chi debba intendersi per membro interno ovvero esterno alla stazione appaltante ai fini dell'applicazione rispettivamente degli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, ovvero dei compensi basati sulle tariffe professionali di ingegneri ed architetti per le attività di collaudo tecnico-amministrativo, ai sensi dell'art. 90, comma 1, lett. d) e ss., D.Lgs. n. 163/2006, nonché degli articoli 210, DPR n. 554/1999, e 238, DPR n. 207/2010".

"Se, per le attività di collaudo tecnico-amministrativo svolte da dipendenti pubblici sulla base di convenzioni tra più amministrazioni, si debba fare riferimento - in deroga rispetto agli incentivi ex art. 92, comma 5, Cod. Contr. Pubbl. - alle tariffe professionali di ingegneri ed architetti".

Con riferimento all'attività di collaudo statico, ovvero tecnico-ammini-

strativo, - regolarmente autorizzata dall'amministrazione - svolta dal Provveditorato nell'ambito di una convenzione con altra amministrazione, non si esula dai compiti di istituto e si applicano gli incentivi *ex art. 92*, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, a nulla rilevando la distinzione tra collaudo statico e collaudo tecnico-amministrativo.

Tali incentivi, comunque, si applicano sempre laddove l'attività di collaudo rientra tra i compiti di istituto, ad esempio in attuazione di una convenzione stipulata dal Provveditorato in attuazione del dovere di concedere l'avvalimento. Per converso, il pubblico dipendente-collaudatore riceve un compenso, parametrato secondo le modalità previste dal D.M. Giustizia n. 140/2012, nel solo caso residuale in cui l'attività viene espletata al di fuori delle funzioni istituzionali e dell'orario di lavoro.

Infine, l'art. 8 della Convenzione tra il Provveditorato, l'Università ed il Comune di Parma, deve essere interpretato nel senso che l'Università ed il Provveditorato concordano sulla scelta dei collaudatori o di altri professionisti tecnici esclusivamente nell'ambito dei dipendenti del Provveditorato medesimo che siano inquadrati come ingegneri-architetti.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo che, nella seduta del 17 dicembre 2013, si è espresso in conformità.

Precari scuola. Trattamento economico differenziato rispetto ai rapporti a tempo indeterminato

PARERE 17/01/2014-22097, Cs 51594/13, SEZ. VII, AVV. GABRIELLA D'AVANZO ()*

Con riferimento alla nota in oggetto, che viene inviata per opportuna conoscenza anche alla Direzione generale per il personale scolastico del Ministero, si chiede di conoscere l'avviso della Scrivente in ordine all'opportunità di continuare a coltivare, anche in sede di legittimità, la questione di diritto concernente la pretesa del personale c.d. precario della Scuola volta a ottenere la progressione professionale retributiva e, quindi, a percepire le differenze stipendiali maturate in ragione dell'anzianità di servizio, richiesta accolta in primo grado con decisione che, si precisa nella nota, in caso di impugnazione sarà verosimilmente confermata dalla Corte d'appello di Firenze, la cui giurisprudenza si è già pronunciata in fattispecie analoghe in senso favorevole alla parte privata.

(*) Parere reso in via ordinaria.

Occorre preliminarmente rilevare che il contenzioso riguardante il personale in questione involge tre diverse problematiche:

1 - una prima questione concerne la pretesa del dipendente a tempo determinato di ottenere dal giudice la conversione dei diversi contratti a termine in un unico rapporto a tempo indeterminato (a decorrere dalla data di stipula del primo dei contratti dedotti in giudizio) con il pagamento delle differenze retributive. In via subordinata si chiede la condanna della P.A. al risarcimento dei danni subiti sul rilievo dell'illegitima apposizione del termine contrattuale e, quindi, dell'abuso in cui sarebbe incorso il datore di lavoro - amministrazione scolastica, nello stipulare i diversi contratti a termine in violazione della clausola 5, punto 1 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP allegato alla citata direttiva 1999/70/CE. Con detta clausola, intitolata "*misure di prevenzione degli abusi*" si dispone che, in assenza di "*norme equivalenti*", gli Stati membri dovranno introdurre misure idonee per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato;

2 - una seconda questione (l'ipotesi è quella ora sottoposta all'esame) attiene alla pretesa dei ricorrenti - lavoratori a termine volta a ottenere la parità retributiva rispetto al personale scolastico assunto a tempo indeterminato; a fondamento della domanda gli interessati assumono che il trattamento differenziato tra le due categorie di dipendenti, che svolgono le medesime mansioni, violerebbe la clausola 4, punto 1 dell'anzidetto Accordo Quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato. La citata clausola 4, sul "*principio di non discriminazione*" sancisce la parità di trattamento nelle "*condizioni di impiego*" fra i lavoratori a tempo determinato con quelli a tempo indeterminato. (Nel nostro sistema, invece, il personale precario viene retribuito sulla base della fascia iniziale, senza quindi tener conto dei diversi contratti a termine eventualmente stipulati: la normativa collettiva, art. 79 C.C.N.L. vigente, stabilisce solo per il personale scolastico di ruolo "*un trattamento economico differenziato per posizioni stipendiali*" al termine di periodi prestabiliti di servizio);

3 - una terza questione riguarda, infine, la richiesta volta a ottenere, ai sensi dell'art. 53, comma 2 della legge n. 312 del 1980, gli scatti biennali di stipendio nella misura del 2,50% della retribuzione spettante.

Così riepilogati i termini del contenzioso in atto si osserva che, com'è noto, sulla questione di cui **al punto sub 1)** si è pronunciata, con la sentenza n. 10127/2012, la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione che ha escluso che potesse essere riconosciuto il diritto al risarcimento del danno che il dipendente scolastico assumeva di avere subito in ragione della successione dei contratti a termine. In tale occasione, infatti, il Giudice di legittimità ha definito il sistema delle supplenze "*corpus normativo*" dotato di intrinseca "*specialità e completezza*" nei cui confronti è inapplicabile il D.L.vo 6 settembre 2001,

n. 368 - *Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES.*

Sulla base di tali principi la Cassazione ha quindi concluso che il reclutamento del personale scolastico a mezzo supplenze “è conforme alla clausola 5, punto 1 dell'accordo quadro di cui alla Direttiva del Consiglio CE 1999/70/CE e costituisce, quindi, <norma equivalente> in quanto risponde ad oggettive, specifiche esigenze, a fronte delle quali non fa riscontro alcun potere discrezionale della pubblica amministrazione, per essere la stessa tenuta al puntuale rispetto della articolata normativa che ne regola l'assegnazione”.

Successivamente, tuttavia, la stessa Sezione Lavoro della Corte di Cassazione ha ritenuto opportuno rinviare la decisione di alcuni ricorsi in materia (alcuni dei quali riguardanti anche il quesito di cui al punto sub 2) concernente cioè la parità di trattamento retributivo tra le due categorie di personale riconosciuta da alcuni giudici d'appello) e di attendere l'esito dei giudizi pendenti sia avanti la Corte Costituzionale che avanti la Corte di Giustizia; a quest'ultima, infatti, con ordinanza del 3 luglio 2013 è stata rimessa, dal Tribunale di Napoli, ex art. 267 TFUE, la questione riguardante l'interpretazione della citata clausola 5, punto 1 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP allegato alla direttiva 1999/70/CE.

Ed infine, con ordinanza del 3 luglio 2013 la medesima Corte Costituzionale ha sollevato, ai sensi del citato art. 267 TFUE, questione pregiudiziale in ordine alla conformità all'anzidetta clausola 5 della direttiva europea del nostro sistema di reclutamento, nella parte in cui si dispone il conferimento di supplenze annuali “in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo”.

Sulla questione di cui al punto **sub 2)**, le pronunce dei giudici di merito che accolgono le richieste dei c.d. precari si basano sul rilievo che il mancato riconoscimento a questi ultimi del diritto alla progressione professionale retributiva, riconosciuta invece al personale assunto a tempo indeterminato, configurerebbe un trattamento discriminatorio, non giustificato da ragioni oggettive, così da violare la clausola 4 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP allegato alla citata direttiva 1999/70/CE.

La questione non è stata ancora decisa dalla Corte di Cassazione, avanti la quale pendono numerosi ricorsi proposti nell'interesse dell'Amministrazione.

Infine, per quanto riguarda il punto **sub 3)** il contenzioso introdotto dal personale assunto con contratti a termine per ottenere gli scatti biennali in applicazione dell'art. 53, comma 3 della legge n. 312 del 1980 deve ritenersi ormai risolto in senso favorevole all'Amministrazione, alla luce dei principi enunciati dalla Corte Costituzionale che, con ordinanza n. 146/2013, depositata il 20 giugno 2013, ha dichiarato:

- “inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 53, terzo comma, della legge 11 luglio 1980, n. 312 (Nuovo assetto retributivo

funzionale del personale civile e militare dello Stato) sollevata - in riferimento agli artt. 3, 36, 11 e 117 della Costituzione, questi ultimi due parametri in relazione alla clausola 4 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE del Consiglio - sollevata dalla Corte d'appello di Firenze, in funzione di giudice del lavoro con riguardo al tertium comparationis costituito dai docenti non di ruolo a tempo indeterminato;

- non fondata la questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 53, terzo comma della legge n. 312 del 1980 sollevata, in riferimento ai medesimi parametri costituzionali, dalla Corte d'appello di Firenze in funzione di giudice del lavoro con riguardo al tertium comparationis costituito dai docenti di religione... ”.

In risposta al quesito in oggetto - tenuto conto della rilevanza, in punto di diritto, del contenzioso di cui trattasi, oltre che del notevole numero dei ricorsi pendenti, considerata l'oscillante giurisprudenza di merito che ha risolto la questione con pronunce di segno opposto, nonché la favorevole sentenza n. 10127/2012 della Corte Suprema di Cassazione, anche se riguardante fattispecie di cui al quesito sub 1) - si ritiene che, in attesa delle pronunce della Corte di Giustizia, debbano continuare a coltivarsi tutte le cause nelle quali l'Amministrazione risulta soccombente, come peraltro già ritenuto, sia pure con riferimento alla problematica di cui all'anzidetto punto sub 1), nel parere 13 giugno 2012, n. 237321 (*) (già inoltrato a tutte le Avvocature Distrettuali e che ad ogni buon conto si unisce nuovamente in copia) reso dal Comitato Consultivo di questa Avvocatura Generale (cfr. anche circolare n. 26 del 2012 dell'Avvocato Generale).

Ed infatti, pur tenendo conto della circostanza che entrambi i sopra ricordati rinvii pregiudiziali ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia non riguardano (anche) la questione concernente la parità retributiva reclamata dal personale precario, si è dell'avviso che l'attesa pronuncia della Commissione di Giustizia enuncerà principi che rileveranno anche ai fini della soluzione del contenzioso di cui trattasi.

(*) *Rass.*, 2012, Vol. II, p. 33.

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

L'ordinamento amministrativo della pubblica sicurezza, dalla singolarità nazionale alla proiezione europea

*Valerio Perotti**

Lo studio che segue, di diritto amministrativo comparato, verte sui fondamenti ordinamentali della pubblica sicurezza ed è suddiviso in due parti: nella prima, incentrata sul diritto dell'Unione Europea ed internazionale (*in primis* OSCE ed ONU), si cerca di desumere, dalla molteplicità spesso non sistematica né organica delle fonti, i tratti qualificanti della materia a livello sovrastatale. Nella seconda parte, invece, tali criteri vengono confrontati con le soluzioni adottate da alcuni legislatori nazionali, con particolare riguardo al caso italiano. L'oggetto di indagine, pressoché misconosciuto a livello dottrinale, è in realtà fondamentale nei modelli contemporanei dello Stato di diritto, laddove la realtà operativa italiana - per i più forse inaspettatamente - presenta delle decisive eccellenze, indicate come esempio a livello internazionale.

SOMMARIO: PARTE I - 1. Il ruolo dell'Unione Europea nelle politiche di ordine e sicurezza degli Stati membri. Il modello integrato civile/militare nelle strategie di sicurezza interna ed esterna dell'UE. Le discipline di settore degli ordinamenti ONU e NATO. A) Le innovazioni operate dal Trattato di Lisbona. B) Il riparto delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri. C) La normativa dell'Unione Europea in materia di sicurezza e le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa: premesse introduttive. Le fonti giuridiche dell'OSCE. D) Le fonti normative dell'Unione Europea in materia di pubblica sicurezza. Verso un istema multipolare ed integrato? E) Il tema della pubblica sicurezza tra fonti internazionali e comunitarie. Il "modello EU-

(*) Avvocato dello Stato.

Del presente saggio si pubblica la prima parte, con l'invito - per il Lettore interessato alla integrale fruizione - al successivo numero della Rassegna.

ROGENDFOR". F) Il "modello MSU" tra diritto internazionale (FPU) e comunitario (IPU). L'approccio integrato civile/militare nelle fonti normative della PESC/PSDC. G) Le politiche di sicurezza nell'ex "Terzo Pilastro" UE: la cooperazione di polizia tra collaborazione e coordinamento. H) Le Agenzie dell'UE strumentali alla collaborazione di polizia. Elementi di sintesi sul modello di sicurezza dell'Unione Europea.

PARTE II - 2. Principi generali in materia di pubblica sicurezza: A) Il principio di coordinamento tra ordinamento nazionale e comunitario, nel rapporto con la potestà ordinatoria dell'Autorità di governo. A.1) Il modello di coordinamento nel sistema amministrativo italiano. A.2) Il modello di coordinamento nelle fonti dell'Unione Europea. Conclusioni - 3. Principi generali in materia di pubblica sicurezza: B) L'ordinamento italiano alla luce della legge 121/81 e del TULPS: linee guida, profili storici e problematicità di sistema. B.1) L'Amministrazione della Pubblica Sicurezza in Italia. B.2) Il Dipartimento della Pubblica Sicurezza. B.3) Le Autorità provinciali di Pubblica Sicurezza. B.4) Sicurezza urbana e poteri del Sindaco quale rappresentante del Governo. Il modello della cd. "sicurezza partecipata" - 4. Elementi di diritto comparato nella prospettiva del "modello europeo". La cd. gestione "di prossimità". Sintesi e conclusioni.

1. Il ruolo dell'Unione Europea nelle politiche di ordine e sicurezza degli Stati membri. Il modello integrato civile/militare nelle strategie di sicurezza interna ed esterna dell'UE. Le discipline di settore degli ordinamenti ONU e NATO.

A) LE INNOVAZIONI OPERATE DAL TRATTATO DI LISBONA.

Tra le priorità individuate dal Trattato di Lisbona, che ha ampiamente riformato l'impianto istituzionale dell'Unione Europea, vi è la realizzazione, nel territorio degli Stati membri, di uno "spazio europeo comune" nel quale le persone possano circolare liberamente e ricevere una protezione giuridica efficace: per raggiungere un tale obiettivo è però necessario intervenire preventivamente su materie non solo particolarmente sensibili per l'opinione pubblica quali l'immigrazione, la lotta contro la criminalità organizzata o il terrorismo, ma soprattutto caratterizzate da una forte dimensione transfrontaliera, tale da richiedere un'efficace cooperazione a livello interstatale.

Il Trattato distingue le questioni relative allo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (1) in quattro settori: 1) le politiche relative ai **controlli alle frontiere, all'asilo ed all'immigrazione**; 2) la **cooperazione giudiziaria in materia civile**; 3) la **cooperazione giudiziaria in materia penale**; 4) la **cooperazione di polizia**.

(1) Per una complessiva introduzione sull'argomento, cfr. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in DRAETTA-PARISI (a cura di), *Elementi di Diritto dell'Unione Europea - Parte Speciale*, Milano 2010. Sul regime normativo antecedente le riforme di Lisbona, e con specifico riguardo al Diritto di polizia, si veda anche PASTORE, *Lo Spazio Europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Implicazioni per l'Italia*, CeSPi Roma 1998.

In precedenza, le questioni di cooperazione giudiziaria in materia penale e di cooperazione fra le Forze di polizia rientravano nel cd. “Terzo Pilastro” dell’Unione Europea, un insieme di materie regolamentato dal metodo della cooperazione intergovernativa, nel quale le Istituzioni europee (Consiglio, Commissione, Parlamento e Corte di Giustizia) non avevano alcuna competenza e non potevano quindi adottare provvedimenti vincolanti quali regolamenti o direttive. Il Trattato di Lisbona - come meglio verrà evidenziato - sopprimendo il sistema “a Pilastri” ha posto fine a questa distinzione, consentendo all’Unione di intervenire in tutte le questioni sopra evidenziate.

Ciò premesso, va ora individuato l’oggetto di questo lavoro, dalla duplice natura: da un lato occorrerà individuare le caratteristiche, i profili e le modalità operative del “*sistema sicurezza*” definito dalle fonti normative sovranazionali per il menzionato “*spazio comune europeo*”, dall’altro dovranno essere chiariti, in modo rigoroso, i possibili margini di inferenza tra quest’ultimo e gli ordinamenti nazionali.

Si tratta, in breve, di introdurre il tema dei reali rapporti tra gli ordinamenti nazionali di pubblica sicurezza e la normativa dell’Unione Europea, per delineare un possibile quadro di riferimento entro il quale il legislatore statale sia eventualmente chiamato a muoversi, se e nei limiti in cui trovi spazio, in materia, il principio della *primauté* del diritto comunitario sulle fonti di legge ordinaria (2).

A tal fine, è indispensabile chiarire - per prima cosa - oggetto e portata della normativa UE in materia di sicurezza e difesa (gli odierni settori PESC/PSDC e FSJ, già GAI).

Con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, il sistema delle fonti primarie del diritto sovranazionale è stato completamente rivoluzionato, così che l’Unione Europea, soggetto giuridico che succede alle

(2) La regola di prevalenza del diritto comunitario (primario e derivato) sulle norme di legge ordinaria (ed equiparate) degli Stati membri si fonda sul principio di leale cooperazione (ex art. 4 TUE) e sulla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (a partire dalla Sentenza *Costa c. ENEL* del 15 luglio 1964) nonché - in ambito nazionale - sulle pronunce della Corte Costituzionale, a far data dalla Sent. *Granital* del 1984. In merito invece all’eventuale contrasto tra una norma di diritto sovranazionale derivato ed il contenuto di un provvedimento amministrativo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia - dopo avere escluso l’esistenza di un obbligo generale ed incondizionato di rimozione *sine die* dei provvedimenti comunitariamente illegittimi, laddove sussista pur sempre un apprezzabile interesse pubblico al loro mantenimento (sent. *Kühne & Heitz* [Causa C-453/00] del 13 gennaio 2004) - è giunta recentemente ad affermare l’obbligo, per l’Amministrazione interessata, di disporre l’annullamento in autotutela solo in assenza di un legittimo affidamento da parte di terzi nella sua validità, e dunque nella conseguente produzione dei relativi effetti (sent. *Arcor* del 19 settembre 2006 - Cause riunite C-392/04 e C-422/04). Sull’argomento, per un’efficace disamina delle varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali sulla materia, si rinvia a RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, *Il Diritto dell’UE* n. 4/2008, pp. 773 ss.. Con riferimento specifico al Trattato di Lisbona, si veda invece CELOTTO, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in AA.VV. (a cura di LUCARELLI e PATRONI GRIFFI), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona: nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli 2009.

precedenti Comunità, si fonda adesso su due Trattati costituzionali: il TUE (*Trattato sull'Unione Europea*), contenente le disposizioni generali della sua architettura istituzionale, ed il TFUE (*Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*), recante la disciplina ordinamentale ed operativa dei vari organi ed Agenzie UE.

A ciò aggiungasi che l'art. 6, par. 1 comma primo TUE ha attribuito alla *Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE* (cd. "Carta di Nizza"⁽³⁾) un valore vincolante analogo a quello dei Trattati.

Le innovazioni politicamente più significative del Trattato di Lisbona sono però consistite nell'abolizione della precedente struttura ordinamentale "a Pilastrì" e nell'espresso (e tassativo) riparto delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri.

L'Unione Europea diventa un ordinamento unitario, assorbe la Comunità ed acquista personalità giuridica (art. 47 TUE).

Da tali innovazioni possono trarsi due principali conseguenze.

In primo luogo, per quanto riguarda i rapporti con l'esterno, l'attribuzione della personalità giuridica all'UE comporta una semplificazione rispetto alla precedente architettura istituzionale, in quanto le attribuisce un volto unitario (*l'Alto rappresentante per gli Affari esteri*) e le consente di concludere autonomamente degli accordi internazionali vincolanti, senza dover più ricorrere alla complessa prassi degli accordi misti (ex art. 216 TFUE).

Sul piano interno, invece, il superamento della tradizionale architettura "per Pilastrì" risalente al Trattato di Maastricht comporta delle novità per quanto concerne le funzioni attribuite all'Unione nei settori in precedenza oggetto dei due ex-Pilastrì intergovernativi, ossia la politica estera e di sicurezza comune (PESC) e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (GAI, ora FSJ (4)).

Sul punto occorre però essere precisi. In effetti anche nel dopo-Lisbona permane la specificità della PESC/PSDC, che conserva la precedente gestione intergovernativa (tale politica non è stata infatti inclusa nelle tre competenze generali dell'Unione Europea: esclusiva, concorrente e di sostegno), pur potendosi ipotizzare, nel futuro, un maggior intervento del legislatore soprannazionale, seppur circoscritto allo strumento (marginale) delle cd. "passerelle" e delle cooperazioni rafforzate.

La persistente specialità della PESC si deduce immediatamente dal fatto che l'art. 2 TFUE, nel distinguere per categorie generali le competenze europee, non menziona la materia in esame, la cui disciplina specifica è invece conte-

(3) Pubblicata per la prima volta in GUCE C-364 del 18 dicembre 2000, e successivamente in GUCE C-83 del 30 marzo 2010: la seconda versione venne proclamata nel dicembre 2007, a seguito di modifiche resesi necessarie per superare le riserve di alcuni Stati al suo recepimento nel Trattato di Lisbona.

(4) In argomento si veda anche la *Nota informativa* del Segretariato Generale del Consiglio UE (su http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/it/ec/111625.pdf), rilasciata nel novembre 2009.

nuta nel Capo II del TUE (da cui si ricava che la PESC è definita ed attuata dal Consiglio Europeo e dal Consiglio, che deliberano all'unanimità su iniziativa degli Stati membri o dell'Alto rappresentante, ma non della Commissione).

In materia di PESC è poi esclusa l'adozione di atti legislativi, come pure la giurisdizione della Corte di Giustizia UE, salvo per le questioni riguardanti la definizione del confine tra la PESC e le altre politiche europee, nonché la legittimità delle misure restrittive eventualmente adottate in tale ambito.

In deroga alla regola dell'unanimità, il Consiglio può comunque deliberare a maggioranza qualificata quando la sua decisione sia sollecitata dal Consiglio Europeo, salvo che un membro del Consiglio dichiari di opporsi per specifici e vitali motivi di politica nazionale.

La regola dell'unanimità, tuttavia, può essere superata attraverso l'utilizzo delle cd. "passerelle". Una, di carattere speciale, è prevista dall'art. 31 par. 3 TUE, che consente al Consiglio di passare al voto a maggioranza qualificata in specifici ambiti della PESC; l'altra, di carattere generale, è invece prevista all'art. 48 par. 7 TUE, che secondo alcuni rappresenterebbe lo strumento con cui "normalizzare" l'intera politica di settore.

L'utilizzo di questa seconda "passerella" è comunque precluso per il settore della Difesa (PSDC (5)), che pure rientra a pieno titolo nella PESC quale sua parte integrante.

In ordine alle cooperazioni rafforzate, vale a dire azioni a cui partecipano solo alcuni Stati, l'art. 20 TUE chiarisce che gli Stati membri possono realizzarle nei settori per i quali non operano competenze esclusive dell'Unione.

Il Consiglio può autorizzare una cooperazione rafforzata adottando, in ultima istanza, una decisione *ad hoc*, nella quale si dia atto che gli obiettivi ivi perseguiti non potrebbero essere conseguiti dall'Unione, nel suo insieme, entro un termine ragionevole, ed a condizione che vi partecipino almeno nove Stati membri.

L'art. 333 TFUE prevede poi la possibilità, per il Consiglio, di deliberare all'unanimità una decisione che consenta il passaggio al voto a maggioranza

(5) L'esplicita (e reiterata) esclusione del settore "Difesa" dalla sfera di incidenza, sia pur indiretta, del diritto sovranazionale è dovuta anche alla precisa volontà di alcuni Stati membri di impedire nuovi sconfinamenti della Corte di Giustizia che, muovendo dal generico presupposto di assicurare la tutela di ipotetici diritti fondamentali della persona (nella specie, il diritto delle donne di accedere alla carriera militare), con la sentenza *Kreil c. Bundesrepublik Deutschland* dell'11 gennaio 2000, C-285/98 (scaricabile da <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CJ0285:IT:HTML>) aveva in realtà finito col pronunciarsi sull'ordinamento delle Forze militari di uno Stato membro, nonostante già all'epoca fosse pacifico che la materia non rientrava in alcun modo nelle competenze dell'UE. La sentenza è censurabile in quanto emanata in assoluta carenza di potere, posto che nessuna norma attribuisce alla Corte di Giustizia il ruolo di Giudice (generale) dei diritti fondamentali, al di fuori delle materie di competenza dell'Unione (ruolo che invece compete alle Corti Costituzionali nazionali, ed entro certi limiti alla CEDU). Analoghi problemi - seppur in settori totalmente diversi - si sono avuti anche con le sentenze *Viking* (11 dicembre 2007, C-438/05) e *Laval* (18 dicembre 2007, C-341/05), dove parimenti la Corte è intervenuta nel merito, nonostante l'art. 137 TCE prevedesse (come fa ancor oggi l'art. 153 TFUE) l'impossibilità per l'UE di dettare regole in materia di sciopero o retribuzioni.

qualificata. Anche questa facoltà è però inapplicabile al settore della Difesa.

Storicamente, la costruzione di uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, reso necessario dalla progressiva attuazione della libertà di circolazione sul territorio dell’UE e dal conseguente abbattimento delle frontiere interne fra gli Stati membri, ha determinato la nascita, nel 1993, con l’entrata in vigore del Trattato di Maastricht, del “Terzo Pilastro” della Giustizia e degli Affari Interni (GAI), comprendente quattro materie: il controllo delle frontiere, l’asilo politico e l’immigrazione, la cooperazione giudiziaria in materia civile e penale.

Con il successivo Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel 1999, le materie della cooperazione giudiziaria nel settore civile e dell’immigrazione transitano nel “Primo Pilastro”, ossia quello a pieno regime comunitario; il metodo di decisione intergovernativo continua invece a valere per le altre due materie, ossia la cooperazione giudiziaria in materia penale ed il controllo delle frontiere, che verranno “comunitarizzate” solo con il successivo Trattato di Lisbona.

Lo “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” è adesso collocato in seno alle politiche comuni dell’UE ed incluso, ai sensi dell’art. 4 TFUE, tra le materie di competenza *concorrente* dell’Unione.

La riconduzione ad unità del “Terzo Pilastro” nell’ambito delle politiche comuni ha avuto conseguenze rilevanti: infatti, le misure adottate dall’Unione Europea in materia di cooperazione giudiziaria penale e di polizia sono ormai adottate, ai sensi dell’art. 79 TFUE, su proposta della Commissione (o di un quarto degli Stati membri), assumono la forma di direttive e regolamenti, sono sottoposte alla giurisdizione della Corte di Giustizia e, se rimaste inattuuate, possono dar luogo ad una procedura di infrazione nei confronti degli Stati inadempienti.

La specificità della materia, involgente eminenti profili della sovranità nazionale, ha comunque giustificato la previsione di rilevanti eccezioni, mantenendo la competenza esclusiva statale in taluni settori: in tema di integrazione degli immigrati e di prevenzione della criminalità, ad esempio, gli artt. 79, par. 4, ed 84 TFUE attribuiscono all’Unione solamente una “competenza di sostegno”, traducendosi nella possibilità, per Parlamento e Consiglio UE, di adottare - secondo la procedura ordinaria - dei provvedimenti che si limitino ad incentivare o sostenere l’azione degli Stati, senza però poter sindacare il merito degli stessi.

Ancora, l’art. 79 par. 5 TFUE riconosce ai soli Stati membri la competenza a determinare il volume di ingresso, nel loro territorio, di immigrati da paesi terzi per ragioni di lavoro.

Gli artt. 82 par. 3 ed 83 par. 3 TFUE codificano poi due ipotesi di “freno di emergenza” che consentono ad ogni Stato membro - in materia di cooperazione giudiziaria penale - di sospendere la procedura legislativa ordinaria in seno al Consiglio quando “*ritenga che un progetto di direttiva incida su aspetti*

fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale”.

Infine, nell’ambito di tutti e quattro i settori dell’attuale “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (FSJ - ex-GAI) residuano delle materie in relazione alle quali il Consiglio delibera, in sede legislativa, solo all’unanimità.

Di converso, ad evitare che tali rilevanti deroghe alla “comunitarizzazione” del settore finiscano col produrre una situazione di stallo, il Trattato di Lisbona ha previsto la possibilità di “cooperazioni rafforzate” anche in ambito FSJ, a condizione che vi partecipino almeno nove Stati.

Sotto il profilo giurisdizionale, a scongiurare che - per il tramite dell’estensione di massima del metodo comunitario al settore ex-GAI - si aprisse un varco per il sindacato della Corte di Giustizia UE in materia di ordine e sicurezza pubblici *interni* degli Stati (che l’art. 4 TUE sottrae comunque all’interferenza sovranazionale), l’art. 276 TFUE espressamente esclude che la medesima Corte possa giudicare della validità e/o proporzionalità delle operazioni condotte dalla polizia (o da altri servizi incaricati) all’interno di uno Stato membro per il mantenimento dell’ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza.

B) IL RIPARTO DELLE COMPETENZE TRA L’UNIONE E GLI STATI MEMBRI.

A differenza di quanto capitava nella vigenza degli abrogati Trattati istitutivi (di CEE ed UE), con il Trattato di Lisbona vengono per la prima volta tracciati i confini - con disciplina espressa di carattere generale - delle competenze dell’Unione Europea e degli Stati membri.

In precedenza, infatti, erano di volta in volta le singole norme materiali ad indicare se nei vari settori sui quali le stesse andavano ad incidere vi fosse o meno una competenza esclusiva della CE (preclusiva di ulteriori interventi statali), ovvero concorrente.

Il Trattato di Lisbona, invece, pone un’importante distinzione - benché non esaustiva - tra competenza esclusiva, concorrente e di sostegno, regolandone i criteri di attribuzione.

L’art. 1 TUE, dopo aver ricordato la natura non originaria, bensì derivata e strumentale dell’Unione Europea (che infatti nasce da un accordo internazionale multilaterale tra gli Stati membri, dai quali dunque trae ogni legittimazione ad agire, nonché le correlate potestà e funzioni), codifica il cd. “principio di attribuzione” delle competenze (cfr. art. 5 TUE), che trovano giustificazione nei limiti in cui la parziale devoluzione di sovranità a favore dell’organismo sovranazionale sia indispensabile per il perseguimento di determinati obiettivi comuni.

A sua volta, l’art. 2 TFUE distingue tra **competenze esclusive** (tassativamente individuate all’art. 3 TFUE e non estensibili in via interpretativa), nel cui ambito l’Unione può emanare atti giuridicamente vincolanti; **competenze concorrenti** (individuate dall’art. 4 TFUE in termini meramente esemplificati).

tivi), nel cui ambito coesistono l'attività legislativa di principio dell'UE e quella - esecutiva e di dettaglio - dei singoli Stati membri (l'art. 2 TFUE descrive però la competenza statale come residuale, potendo essere esercitata solo se le competenti Istituzioni dell'Unione non abbiano fatto uso delle proprie attribuzioni); **competenze di ausilio** e di coordinamento di politiche nazionali (art. 5 TFUE) nonché **competenze complementari**, di sostegno e di completamento dell'azione degli Stati membri (art. 6 TFUE).

I criteri di riparto delle competenze sono gli stessi già previsti dal Trattato di Maastricht del 1992, *in primis* il già menzionato "principio di attribuzione" - ora espresso in termini negativi - che delimita le competenze dell'UE.

L'art. 5, par. 2 TUE precisa infatti che *"in virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri"*.

Il limite negativo di cui sopra viene costantemente riproposto nei Trattati istitutivi dell'UE: ad esempio, per l'art. 6 TUE le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali *"non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni"* (previsione coerente con quanto già espressamente previsto nell'art. 51 della Carta di Nizza). Inoltre, per rimanere nell'ambito di questo lavoro, l'art. 4 TUE ricorda che qualsiasi competenza non attribuita all'UE nei Trattati appartiene agli Stati membri, ulteriormente precisando, al par. 2, che *"la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro"*.

La delimitazione delle competenze dell'Unione Europea trova espresso riconoscimento anche nell'ambito dell'istituto descritto dall'art. 352 TFUE (6), nel quale è stata tradotta la teoria dei cd. "poteri impliciti", utilizzata a partire dagli anni Settanta dalla Corte di Giustizia CEE per estendere (spesso forzando la portata dei Trattati istitutivi) l'area dell'intervento comunitario.

Prevede infatti tale norma che *"se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate"*. Ove si intenda procedere in tal senso, la Commissione ha però l'onere di richiamare l'attenzione dei Parlamenti nazionali sulle proposte formulate.

(6) Parte della dottrina parla, al riguardo, di "clausola di flessibilità".

Il successivo par. 3 precisa però che neppure tale atipico istituto può comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i Trattati la escludono e, ad evitare fraintendimenti di sorta nel settore FSJ, **il par. 4 significativamente esclude dalla portata dei cd. poteri impliciti proprio "il conseguimento di obiettivi riguardanti la politica estera e di sicurezza comune"**.

Nella materia oggetto di questo lavoro, dunque, dovrebbero essere scongiurate "fughe in avanti" creative della Corte di Giustizia o di altre Istituzioni europee.

È però d'obbligo l'uso del condizionale, poiché a tale precisazione sembra in qualche modo contrapporsi l'ambiguo tenore (seppur privo di valore legale vincolante, a differenza della norma poc'anzi citata) della 41^a Dichiarazione allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona (7), relativa alla portata dell'art. 352 TFUE, a mente della quale "È ... escluso che un'azione basata sull'articolo 352 del TFUE persegua soltanto gli obiettivi di cui all'articolo 3, paragrafo 1 del TUE" (secondo cui l'UE "si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli"), dovendosi piuttosto intendere che "il riferimento, nell'articolo 352, paragrafo 1 del TFUE, agli obiettivi dell'Unione è un riferimento agli obiettivi di cui all'articolo 3, paragrafi 2 e 3 del TUE ...", obiettivi - i primi - propri del settore FSJ (8).

Quasi ad "aggiustare il tiro", però, sempre la 41^a Dichiarazione conclude ricordando che "conformemente all'articolo 31, paragrafo 1 del TUE, **non si possono adottare atti legislativi nel settore della politica estera e di sicurezza comune**": ne discende una certa ambiguità circa l'effettiva operatività di tale criterio anche nel "settore sicurezza" poiché, che se da un lato vi si oppone un'espressa disposizione di legge, dall'altro vi è pur sempre la richiamata Dichiarazione n. 41 che - a volerle attribuire un'atipica rilevanza ermeneutica - nel precisare che lo stesso non potrebbe esplicitarsi in atti normativi, implicitamente sembrerebbe ammetterne, pur in via residuale, l'esistenza.

Più pertinente e chiara è invece la successiva 42^a Dichiarazione, a mente della quale "per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, l'articolo 352 del TFUE, costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio dei poteri attribuiti, **non può costituire il fondamento per ampliare la sfera delle competenze dell'Unione al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni dei Trattati, ed in particolare da quelle che definiscono i compiti e le azioni dell'Unione**".

(7) Su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0335:0360:IT:PDF>.

(8) Recita infatti il par. 2 dell'art. 3 TUE: "L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima".

C) LA NORMATIVA DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI SICUREZZA E LE RACCOMANDAZIONI DEL CONSIGLIO D'EUROPA: PREMESSE INTRODUTTIVE. LE FONTI GIURIDICHE DELL'OSCE.

Fin dal *Preambolo* del TUE - undicesimo alinea - fa ingresso un principio fondamentale, consistente nell'obiettivo dell'UE di “*attuare una politica estera e di sicurezza comune che preveda la definizione progressiva di una politica di difesa comune, che potrebbe condurre ad una difesa comune a norma delle disposizioni dell'articolo 42*”: da ciò è nata l'idea che le Istituzioni europee (in particolare, il Consiglio ed il Consiglio Europeo) dispongano di una competenza generale in materia di sicurezza (interna ed esterna) del relativo “spazio comune”.

Al riguardo è necessario fare chiarezza, a scanso di equivoci.

Come già anticipato, in linea di principio, l'Unione Europea non ha attribuzioni di carattere generale, ma solo riferite ai settori (eccezionali e specifici) espressamente devoluti alla sua competenza: ciò è stato ancora di recente ricordato, quale *obiter dictum*, dalla Corte Costituzionale nelle sentenze 11 marzo 2011, n. 80 e 22 luglio 2011, n. 239, oltre che dalla stessa Corte di Giustizia successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (9).

I Trattati istitutivi non assegnano all'Unione competenze generali in materia di pubblica sicurezza: le sue strutture politiche e strumentali (prive, queste ultime, di capacità operative) possono infatti intervenire non a fronte di qualsiasi situazione di pericolo a carattere transnazionale, ma solo in presenza di determinate tipologie di illeciti (normativamente, previsti) quali il traffico di armi e stupefacenti, la tratta di esseri umani ed il commercio di organi, i reati associativi di stampo mafioso, etc.

L'intervento del legislatore UE, peraltro, sotto il profilo che qui interessa è più che altro circoscritto alla realizzazione di strutture di raccordo tra le varie Forze dell'ordine nazionali, con cui agevolare la spontanea collaborazione interstatale ed - entro margini ancor più ristretti, tuttora *in fieri* - l'eventuale coordinamento delle politiche di sicurezza comuni, ogniqualvolta l'azione isolata dei singoli Stati non appaia in grado di fronteggiare una minaccia capace di attingere anche gli interessi comunitari.

Contrariamente a quanto talvolta si crede, inoltre, **l'Unione Europea non ha alcun titolo a disciplinare il settore dell'organizzazione interna statale della pubblica sicurezza**, trattandosi di materia riservata all'esclusiva ed insindacabile giurisdizione domestica degli Stati membri.

Ciò viene puntualizzato dall'art. 4 TUE, vera norma-chiave del sistema, il cui secondo comma così recita: “*L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati*

(9) Soprattutto in materia di diritti fondamentali (settore, del resto, la cui fluidità ha storicamente fornito alla Corte uno strumento per superare i limiti di competenza imposti dalle fonti normative comunitarie): cfr. sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 (*PPU e McB*); ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10 (*Krasimir et alii*). In precedenza, si veda anche l'ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08 (*Mariano*).

membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro”.

La regola del “riservato dominio” nazionale, sancita dall’art. 4 TUE, è espressione di un principio generale di diritto internazionale, richiamato dall’art. 2, par. 7 della Carta ONU; una regola, del resto, mai revocata in dubbio (10) dagli organi comunitari e costantemente riaffermata dal Consiglio.

Sempre all’art. 4 - non a caso - vengono poi espressi i correlati principi di sussidiarietà e di leale cooperazione (11) tra gli Stati membri e l’Unione.

Al principio enunziato dall’art. 4 TUE fa da complemento l’art. 72 TFUE, a mente del quale “*Il presente titolo [titolo V, avente ad oggetto lo “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” - ndr] non osta all’esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell’ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna”.*

Il successivo art. 24 TUE descrive invece, in termini generali (poi precisati dal TFUE e da disposizioni di settore), le competenze dell’UE in materia di politica estera e di sicurezza: “*La competenza dell’Unione in materia di politica estera e di sicurezza comune riguarda tutti i settori della politica estera e tutte le questioni relative alla sicurezza dell’Unione, compresa la definizione progressiva di una politica di difesa comune che può condurre a una difesa comune”.*

In estrema sintesi, l’UE rivendica a sé, quale soggetto internazionale dotato di autonoma personalità giuridica nelle materie di sua pertinenza, l’esercizio di una politica estera e di sicurezza (PESC) strumentale al perseguimento dei propri obiettivi.

La norma merita però attenzione per un ulteriore profilo, atteso il carattere ordinamentale del TUE: quest’ultimo, infatti, individua gli organi nei quali è strutturata l’UE, anche in prospettiva di sviluppo.

Orbene, se da un lato, in seno al più ampio settore della PESC, viene indi-

(10) Si pensi, ad esempio, alla risposta all’interrogazione scritta P-1603-03 (pubblicata in GUCE C51 E/114 del 26 febbraio 2004) con cui la Commissione Europea (l’organo esecutivo dell’UE) ufficialmente ricordava, in data 26 maggio 2003, che “... *la salvaguardia della legge, dell’ordine pubblico e della sicurezza interna, ambito in cui rientrano l’organizzazione e la gestione della polizia, sono esclusivamente di competenza degli Stati membri”.*

(11) Ai sensi del primo comma, “*In conformità dell’articolo 5, qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri”;* laddove il terzo precisa che “*In virtù del principio di leale cooperazione, l’Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell’Unione. Gli Stati membri facilitano all’Unione l’adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell’Unione”.*

viduato un obiettivo preciso (seppur futuribile) della politica di difesa dell'Unione (PSDC (12)), ovverosia la creazione di un'autonoma struttura militare comune, non esiste per contro un'analogha previsione in materia di Forze di polizia, per le quali gli artt. 67 ss. TFUE prevedono solo delle forme di (libera) cooperazione transfrontaliera, nel caso in cui specifici fatti di reato assumano una dimensione comunitaria e non più solo nazionale.

Quanto sopra è emblematico di un convinto *self restraint* del legislatore UE in merito alle politiche di polizia, reso ancor più evidente dall'esplicito ed incontrovertibile limite posto dall'art. 4 TUE.

Del resto, se di un embrionale "Esercito europeo" si parlava già nel lontano 1950 con l'istituzionalizzazione (poi abortita) della CED (*Comunità Europea di Difesa*) - il cui Trattato costitutivo, mai ratificato da Francia ed Italia, venne firmato il 27 maggio 1952, dopo la restituzione della sovranità statale alla Repubblica Federale Tedesca da parte delle tre Potenze che ne occupavano il territorio (13) - dell'esigenza di un'analogha struttura di polizia non si rinviene invece alcuna traccia nelle fonti del diritto comunitario, fin dalle sue origini.

Di estremo rilievo è anche il secondo comma dell'art. 24 TUE, che traccia i requisiti caratteristici della PESC: "*La politica estera e di sicurezza comune è soggetta a norme e procedure specifiche. Essa è definita e attuata dal Consiglio europeo e dal Consiglio che **deliberano all'unanimità**, salvo nei casi in cui i trattati dispongano diversamente. È esclusa l'adozione di atti legislativi. La politica estera e di sicurezza comune è messa in atto dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e dagli Stati membri in conformità dei trattati. Il ruolo specifico del Parlamento europeo e della Commissione in questo settore è definito dai trattati. **La Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente riguardo a tali disposizioni**, ad eccezione della competenza a controllare il rispetto dell'articolo 40 del presente trattato e la legittimità di talune decisioni, come previsto dall'articolo 275, secondo comma del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*".

La PESC (e, al suo interno, la PSDC) restano quindi disciplinate da decisioni del Consiglio (adottate all'unanimità) ex artt. 25 e 26 TUE ("*Il Consiglio europeo individua gli interessi strategici dell'Unione, fissa gli obiettivi e defini-*

(12) L'ex-PESD, rinominata "*Politica di Sicurezza e Difesa Comune*" (PSDC) dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e facente parte integrante della PESC ai sensi dell'art. 42 TUE. Sul sistema PESC/PSDC si rinvia allo studio di LIAKOPOULOS-VITA, *Introduzione di politica estera e sicurezza comune nel diritto comunitario ed internazionale*, Napoli 2009.

(13) Secondo il programma presentato dai francesi Monnet e Pleven, la creazione della CED (finalizzata a scongiurare l'adesione alla NATO da parte della Repubblica Federale Tedesca ed il suo conseguente riarmo, caldeggiato dagli USA ma osteggiato dalla Francia) avrebbe avuto la funzione di non ostacolare la formazione di un Esercito europeo e nel contempo di evitare un riarmo tedesco: tutti gli Stati partecipanti avrebbero infatti "devoluto" una Divisione all'Esercito europeo, mantenendo comunque una propria Forza armata nazionale, salvo la Germania che avrebbe potuto armare solo la Divisione partecipante all'Esercito integrato, rimanendo per il resto smilitarizzata.

sce gli orientamenti generali della politica estera e di sicurezza comune, ivi comprese le questioni che hanno implicazioni in materia di difesa. Adotta le decisioni necessarie”).

Come già accennato, in seno alla PESC si colloca la più specifica “Politica di Sicurezza e Difesa Comune” (PSDC), ai sensi del primo comma dell’art. 42 TUE, la quale “*assicura che l’Unione disponga di una capacità operativa ricorrendo a mezzi civili e militari. L’Unione può avvalersi di tali mezzi in missioni al suo esterno per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite. L’esecuzione di tali compiti si basa sulle capacità fornite dagli Stati membri*”.

In seno alla PSDC, come vedremo, sono stati adottati diversi atti esecutivi e di dettaglio, talvolta utili a chiarire i variegati confini delle politiche di sicurezza (soprattutto quella “esterna”) dell’Unione ed i rapporti tra le altre Forze chiamate ad operare sul campo.

La PSDC comprende la graduale definizione di una politica di difesa comune dell’Unione, che negli intenti del Trattato potrà condurre ad una vera e propria Forza di difesa comune a seguito di un’eventuale, futura decisione in tal senso del Consiglio Europeo, all’unanimità.

In tale evenienza il Consiglio Europeo dovrebbe raccomandare agli Stati membri di adottare una conforme decisione legislativa, coerentemente (dato atto, ad esempio, dei limiti contenuti nella Costituzione tedesca) alle rispettive norme costituzionali. L’art. 42 fa comunque salvi gli obblighi internazionali dei singoli Stati, quali quelli derivanti dall’adesione alla NATO.

Più in generale, a differenza di quanto previsto per le Forze di polizia (Capo V - Titolo 5 TfUE), le disposizioni dei Trattati non sembrano insistere - *medio tempore* - su una più qualificata cooperazione (o coordinamento) tra le Forze nazionali esistenti (di fatto adeguandosi, sotto tale profilo, ai già sperimentati moduli operativi della NATO - cfr. *infra*).

Il comma terzo, cpv, prevede poi che “*Gli Stati membri che costituiscono tra loro Forze multinazionali possono mettere anche tali Forze a disposizione della politica di sicurezza e di difesa comune*”, norma che secondo alcuni consentirebbe di inserire in ambito PSDC strutture operative come l’EUROGENDFOR, la cui azione viene peraltro riconosciuta dalle stesse Istituzioni UE (cfr. *infra*) come riferibile a tutti i settori della PESC - in primo luogo quelli attinenti le incombenze di polizia civile - e non solo agli impieghi prettamente militari.

Altri riconducono tale struttura al *genus* delle “cooperazioni strutturate” di cui all’art. 46 TUE, tesi che però non appare corretta, stante l’assenza di una decisione istitutiva del Consiglio.

Infine, ad evidenziare la stretta complementarità tra le politiche di sicurezza (interna ed esterna) dell’UE, di cui si parlerà più oltre, l’art. 43 TUE precisa l’oggetto delle missioni PSDC, nelle quali l’Unione può ricorrere tanto

a mezzi civili quanto militari: queste *“comprendono le azioni congiunte in materia di disarmo, le missioni umanitarie e di soccorso, le missioni di consulenza e assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti e di mantenimento della pace e le missioni di unità di combattimento per la gestione delle crisi, comprese le missioni tese al ristabilimento della pace e le operazioni di stabilizzazione al termine dei conflitti. Tutte queste missioni possono contribuire alla lotta contro il terrorismo, anche tramite il sostegno a paesi terzi per combattere il terrorismo sul loro territorio”*.

In breve, non solo azioni “belliche” nel senso tradizionale del termine, ma più in generale di *“peace keeping”*, nell’ottica più ampia di arginare, tra l’altro, eventuali fenomeni terroristici e contribuire così anche alla salvaguardia della sicurezza interna dell’UE e dei singoli Stati membri.

Ricorrendone i presupposti, la regola della cooperazione tra le Forze dell’ordine quale obiettivo e strumento della PESC trova espressione nell’art. 87 TFUE, per cui *“L’Unione sviluppa una cooperazione di polizia che associa tutte le Autorità competenti degli Stati membri, compresi i servizi di polizia, i servizi delle dogane e altri servizi incaricati dell’applicazione della legge specializzati nel settore della prevenzione o dell’individuazione dei reati e delle relative indagini”*: trattasi, con ogni evidenza, non tanto di una politica diretta ad incidere specificamente sull’attività delle Forze di polizia, quanto piuttosto - in ottica integrata e “partecipata” - su tutti i soggetti preposti alla prevenzione e repressione del crimine (14).

Tra le strutture incaricate di favorire tale obiettivo vi è l’EUROPOL, un’Agenzia creata per *“sostenere e potenziare l’azione delle Autorità di polizia e degli altri servizi incaricati dell’applicazione della legge degli Stati membri e la reciproca collaborazione nella prevenzione e lotta contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri, il terrorismo e le forme di criminalità che ledono un interesse comune oggetto di una politica dell’Unione”*.

L’azione degli organismi dell’UE ha solo una finalità di supporto, ed in tanto si giustifica, in quanto l’illecito abbia assunto una rilevanza ben più ampia del contesto nazionale, attingendo gli interessi comuni oggetto delle politiche dell’Unione.

Al di fuori di questa ipotesi ogni intervento delle Autorità dell’UE sarebbe privo di legittimazione.

Non a caso, del resto, nel settore PESC l’art. 352 comma quarto TFUE esclude l’operatività dei c.d. “poteri impliciti” (regola generale secondo cui *“Se un’azione dell’Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche de-*

(14) Sull’argomento si veda anche la proposta di Regolamento n. COM/2011/0753-definitivo - 2011/0368 (COD) che istituisce, nell’ambito del Fondo Sicurezza interna, lo strumento di sostegno finanziario per la cooperazione di polizia, la prevenzione e la lotta alla criminalità e la gestione delle crisi (su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0753:FIN:IT:HTML>).

finite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate): in tale contesto vale l'opposta regola della tassatività dei settori di intervento, principio che del resto trova conferma, sempre in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia, all'art. 82 comma secondo TFUE.

Neppure è ammissibile un sindacato della Corte di Giustizia UE, come ribadito dall'art. 276 TFUE.

Ancor oggi il tema delle possibili interferenze tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale concernente l'*Amministrazione della Pubblica Sicurezza* non risulta essere stato oggetto di specifici studi giuridici, venendosi così a creare una sorta di "cono d'ombra" che nel tempo ha favorito la nascita, tra l'altro, di dubbi, ambiguità e singolari luoghi comuni che può essere interessante menzionare al solo scopo di puntualizzare alcuni principi di fondo.

In primo luogo va sfatata l'idea - abbastanza diffusa ma priva di fondamento giuridico - che le Istituzioni europee abbiano titolo a dettare regole, più o meno vincolanti, sull'assetto organizzativo dei singoli apparati di P.S. e delle stesse Forze di polizia all'interno degli Stati membri.

Sulla base di tale erroneo presupposto, invero, si è inspiegabilmente diffusa, nel corso del tempo e tra gli operatori del settore, un'idea alquanto curiosa secondo cui a "livello europeo" si sarebbe optato nientemeno che per assetti ordinamentali delle Forze dell'ordine di tipo "civile" rispetto a quelli a *status* militare, tanto da imporre - entro scadenze più o meno tassative - il definitivo superamento di questi ultimi a vantaggio dei primi.

In poche parole, per motivi più o meno articolati, secondo questa bizzarra tesi l'Unione Europea imporrebbe ai singoli Stati membri lo scioglimento delle varie Forze di polizia ad ordinamento militare.

Si è ad esempio sostenuto che a livello comunitario alcuni Stati membri avrebbero mosso delle ipotetiche resistenze a che, nel caso di operazioni congiunte di polizia, il proprio territorio fosse attraversato da militari in armi di altri Paesi, dimenticando però di spiegare per quale ragione il problema sarebbe venuto meno allorché a transitare sul medesimo territorio fossero state le stesse persone (dotate di analogo armamento), ma stavolta prive dello *status* militare e ricondotte a quello civile. Tale tesi sembra inoltre ignorare che la questione è già stata regolamentata - significativamente in tutt'altro senso - proprio dal legislatore comunitario, nell'ambito del cd. *Aquis* di Schengen (si veda la raccolta pubblicata dal Consiglio UE su GUCE L-239 del 22.9.2000 ed *ivi*, in particolare, gli artt. 40 e 41 della *Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen* del 14 giugno 1985 - documento scaricabile *online* all'indirizzo http://www.esteri.it/mae/normative/Normativa_Consolare/Visti/Acquis_di_Schengen.pdf).

Una variante sul tema fa invece improprio riferimento ad un risalente procedimento per infrazione aperto nel 2006 nei confronti dell'Italia (e di altri 10 Paesi, poi archiviato nel 2011), per scorretto recepimento della Direttiva 2002/22/CE del Parlamento UE e del Consiglio, ed

ivi dell'art. 26 (avente ad oggetto il cd. "Numero di emergenza unico europeo"). La totale inconsistenza di tale rilievo si appalesa ove si consideri che **la Direttiva in questione nulla ha a che fare con il settore della pubblica sicurezza e men che mai con quello delle Forze di polizia** (né potrebbe del resto averlo, trattandosi di materie sottratte all'ingerenza comunitaria), **bensì con quello** (questo sì, di pertinenza UE) **della tutela dei consumatori**, con particolare riferimento al cd. "servizio universale ed ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica".

La Direttiva ha infatti ad oggetto non l'organizzazione dei servizi di polizia o delle rispettive Centrali operative, bensì i diritti dei consumatori nel settore della telefonia fissa e mobile, come evidenziato ai p.ti 1, 3, 7 e 36 del relativo *Preambolo*, laddove "La liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni, l'intensificazione della concorrenza e la più ampia scelta di servizi di comunicazione implicano un'azione parallela volta a istituire un quadro normativo armonizzato che garantisca la prestazione di un servizio universale. Il concetto di servizio universale dovrebbe evolvere ai fini di rispecchiare il progresso tecnologico, l'evoluzione del mercato e della domanda degli utenti ... Il fatto di assicurare un servizio universale (ossia la fornitura di un insieme minimo definito di servizi a tutti gli utenti finali a prezzo abbordabile) può comportare la prestazione di determinati servizi a determinati utenti finali a prezzi che si discostano da quelli risultanti dalle normali condizioni di mercato ... Gli Stati membri dovrebbero continuare a provvedere affinché nel loro territorio i servizi elencati nel Capo II siano messi a disposizione di tutti gli utenti finali ad un determinato livello qualitativo, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi ... Occorre che gli utenti possano chiamare gratuitamente il numero d'emergenza unico europeo «112» o qualsiasi numero d'emergenza nazionale a partire da qualsiasi apparecchio telefonico, compresi i telefoni pubblici a pagamento, senza dover utilizzare alcun mezzo di pagamento". Ancora, l'art. 6 comma terzo prevede che "Gli Stati membri provvedono affinché sia possibile effettuare chiamate d'emergenza dai telefoni pubblici a pagamento utilizzando il numero di emergenza unico europeo («112») o altri numeri di emergenza nazionali, gratuitamente e senza alcun mezzo di pagamento".

L'inconferenza di quanto sopra con la materia della pubblica sicurezza - e, segnatamente, della sua organizzazione interna - trova conferma nella sentenza 15 gennaio 2009 (causa C-539/07, su <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=74310&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&pat=1&text=&doclang=IT&cid=805504>) con cui la Corte di Giustizia UE si pronunciò sulla questione, dichiarando sì la responsabilità dell'Italia per inadempimento della suddetta Direttiva, ma non certo perché erano rimasti attivi i diversi numeri di emergenza delle singole Forze dell'ordine nazionali e le relative, autonome Centrali operative (ipotesi che la stessa Direttiva fa espressamente salva), bensì per il fatto (del tutto diverso) che si era "omesso di mettere a disposizione delle autorità incaricate dei servizi di soccorso le informazioni relative all'ubicazione del chiamante per tutte le chiamate telefoniche effettuate al numero di emergenza unico europeo «112», nella misura in cui ciò era tecnicamente fattibile", con ciò venendo "meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 26, n. 3, della direttiva" (così, espressamente, al p.to 14 della sentenza).

Il "numero unico" altro non è che un servizio di *call-center* (possibilmente in più lingue) offerto al consumatore-utente dei servizi di telefonia, che certo non presuppone accorpamenti, scissioni o smilitarizzazioni di Forze di polizia o quant'altro: l'art. 26, comma primo ribadisce infatti che "Gli Stati membri provvedono affinché ... oltre ad altri eventuali numeri di emergenza nazionali specificati dalle autorità nazionali di regolamentazione, tutti gli utenti finali di servizi telefonici accessibili al pubblico, ed in particolare gli utenti di telefoni pubblici a

pagamento, possano chiamare gratuitamente i servizi di soccorso digitando il numero di emergenza unico europeo «112»”; quest’ultimo si riferisce quindi ad un servizio di smistamento telefonico - rigorosamente gratuito - che si affianca e si raccorda (senza però sostituirli) ai numeri nazionali già esistenti, che l’UE non chiede certo di unificare (avendo titolo ad esprimersi sulla tutela dei consumatori ex art. 4 lett. “f” TFUE, ma non anche sulla gestione delle emergenze o sull’organizzazione dei relativi servizi - sanitari, di polizia, antincendio, etc. - di esclusiva competenza domestica).

La tesi qui confutata, invero, muove da un **equivoco di fondo**: sul presupposto, infatti, che in Italia (a differenza di altri Paesi dell’UE), al momento di adozione della Direttiva 2002/22/CE il numero telefonico 112 non era “libero” ma già in uso alle Centrali operative dei Carabinieri (che a tal punto, a rigor di logica, avrebbero dovuto essere potenziate quanto a mezzi ed organici per poter efficacemente svolgere anche tali nuove incombenze, soluzione indubbiamente meno onerosa del creare ulteriori strutture - terze rispetto alle Forze dell’ordine, ai Vigili del Fuoco, al 118, etc. - fungenti appunto da smistamento e filtro), impropriamente finisce con l’equiparare le funzioni del 112 europeo a quelle delle Centrali operative di polizia, per poi suggerirne (incoerentemente, date le premesse) l’accorpamento.

Per maggiori approfondimenti su quest’ultimo punto, si veda quanto precisato *infra*, nel Cap. 4 di questo lavoro).

Per una complessiva introduzione sulla materia, si veda il portale istituzionale “*Digital Agenda for Europe*” del Consiglio, su <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/what-are-eu-rules-concerning-112>, nonché l’*Implementation Report* della Commissione Europea, aggiornato al 18 marzo 2013 e scaricabile *online* dal portale istituzionale http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=1674).

Più di recente, una terza versione sembra invece far indirettamente leva sui vincoli di bilancio imposti dal patto di stabilità europeo (da cui, tra l’altro, la cd. “*spending review*”) evidenziando i presunti risparmi di spesa che deriverebbero dal prefigurato accorpamento, stimati addirittura in miliardi di euro (da 1 a 7, a seconda delle versioni; in occasione della Legge di stabilità 2014 si è pensato di indicare l’importo “mediano” di 4,5 Mld).

Va però evidenziato che di tali importi non viene fornita alcuna giustificazione contabile, di per sé piuttosto improbabile ove si consideri che le uniche spese riducibili - salvo tagliare gli organici - sono attualmente quelle d’ordine ed in conto capitale, laddove gli stanziamenti di bilancio 2013/2014 sarebbero addirittura inferiori al totale complessivo delle spese *correnti* necessarie (e dunque non ulteriormente riducibili) per l’operatività delle Forze a competenza generale.

In termini finanziari, a titolo d’esempio, nello Stato di previsione della spesa del Ministero della Difesa per il 2013 (15) all’Arma dei Carabinieri sono attribuiti 5 miliardi e mezzo di euro per i costi del personale (retribuzione, etc.), più all’incirca 315 milioni complessivi per spese correnti e di investimento, cui si aggiungono 238.500.000 € stanziati sul Bilancio del Ministero dell’Interno per il pagamento dei fitti di 4.314 Caserme dei Reparti territoriali minori e la relativa manutenzione, oltre alle missioni di polizia giudiziaria, spese di per sé in-

(15) Si veda, in particolare, quanto riportato nella *Nota Integrativa al Disegno di Legge di Bilancio per l’anno 2013 e per il triennio 2013-2015* (Tabella 11 - Ministero della Difesa), in particolare alle pp. 6 ss. (dove esplicitamente si evidenzia l’insufficienza di tali stanziamenti già solo a consentire l’ordinaria attività operativa dell’Arma). Il documento contabile è pubblicato sul sito della Ragioneria Generale dello Stato (www.rgs.mef.gov.it); lo Stato di previsione della spesa 2013 del Ministero della Difesa è invece reperibile su <http://www.difesa.it/Content/Pagine/statoprevisionespesa2013.aspx>.

differibili (16). Si tratta comunque di importi già fortemente ridotti rispetto al biennio precedente, grazie ad economie di scala, com'è vero che nel c.d. "Rapporto Giarda sulla Spending review" (marzo 2013 - cfr. *infra*), a pag. 31 si indicava una spesa - per il 2011 - di circa 6,7 Mld, a fronte di 7,2 Mld della Polizia di Stato.

In termini di saldi monetari, dunque, i prefigurati risparmi sarebbero addirittura superiori al costo complessivo dell'Arma (nell'ipotesi *monstre* dei 7Mld) o comunque (in quella per così dire "al ribasso" di 1Mld) al doppio di tutte le sue spese correnti (personale escluso) e di investimento annue, il che si dimostra - sia sotto il profilo contabile che logico - del tutto implausibile.

Per analoghe ragioni appare priva di consistenza l'ulteriore ipotesi teorica che analoghi risparmi potrebbero derivare già solo dall'unificazione delle Centrali operative a livello provinciale (su cui cfr. *infra*), ovvero sottoponendo alcune strutture territoriali di polizia sotto il comando e/o la direzione di altre Forze (evenienza che, oltre a rappresentare un'anomalia a livello internazionale, nulla avrebbe a che fare con riscontri di carattere economico, come a suo tempo già rilevato per alcuni emendamenti, poi ritirati, nell'*iter* di approvazione della legge 78/2000: Atto Senato n. 50-282-358-1181-1386-2793-ter-2958-3060-B).

La materia è stata invece oggetto di approfonditi studi tecnici in Francia, dove nel 2009 la Presidenza della Repubblica aveva voluto ricondurre anche la Gendarmeria sotto la dipendenza gerarchica del Ministero dell'Interno (secondo le linee tracciate nel rapporto congiunto "Police-Gendarmerie: vers la parité globale au sein d'un même Ministère"), proprio nella prospettiva dei maggiori risparmi di spesa che sarebbero dovuti derivare da un più stretto coordinamento integrato delle due Forze (e relative strutture di vertice), con connessa riduzione di organici.

Al riguardo sono significative le conclusioni del rapporto tematico "Police et Gendarmerie nationales: dépenses de remunération et temps de travail" della Corte dei Conti francese, del marzo 2013, che in modo netto formalizzano il fallimento di tale opzione (già tentata pure in Spagna col *Real Decreto* n. 991/06, tendente all'unificazione dei vertici delle *Direcciones Generales* delle Forze di sicurezza ma definitivamente abbandonata nel 2012, ripristinando il precedente regime, poiché fonte di gravi inefficienze di sistema): dopo aver riconosciuto che le differenze tra le due Forze sono in larga parte "irréductibles" (al di là del diffuso luogo comune che entrambe "farebbero le stesse cose": pp. 93 ss.), si evidenzia come, ben lungi dal dar luogo a risparmi strutturali, "de 2006 à 2011, ces dépenses ont augmenté de 10,5% dans la police nationale et de 5,1% dans la gendarmerie nationale ... La succession ininterrompue des mesures catégorielles a lourdement déséquilibré l'action conjuguée des facteurs d'évolution de la masse salariale. En effet, le coût annuel supplémentaire induit par ces mesures au cours de la période 2008-2011 a été largement supérieur aux économies résultant des réductions d'effectifs, évaluées à 131 M€ dans la police et 148 M€ dans la gendarmerie en 2011, dans des proportions qui se sont élevées respectivement à 217 % et 113 %" (pubblicato su <http://www.ccomptes.fr/index.php/Publications/Publications/Police-et-gendarmerie-nationales-depenses-de-remuneration-et-temps-de-travail>).

(16) Cfr. la *Nota Integrativa del Ministero dell'Interno* (Tabella 8), Missione 3 (*Ordine pubblico e sicurezza*), Programma 3.2 (*Servizio permanente dell'Arma dei Carabinieri per la tutela dell'ordine e la sicurezza pubblica* [7.9]), pubblicata sul sito della Ragioneria Generale dello Stato (www.rgs.mef.gov.it). Contrariamente a quanto spesso affermato, rispetto alle altre Forze dell'ordine il contributo economico del Ministero dell'Interno è del tutto minoritario, essendo pari ad appena 1/25 del fabbisogno totale dell'Arma (il che ancor più toglie credito alle succitate prospettive di risparmio a seguito di un'ipotetica riconducibilità organizzativa nell'ambito di tale Dicastero).

A livello dottrinale, si segnala infine un recente scritto (17) nel quale parimenti si sostiene che sarebbe in atto, in alcuni Stati europei dotati di Forze di gendarmeria (nella specie, Francia, Italia e Spagna), una progressiva smilitarizzazione delle stesse, quale verosimile preludio alla loro estinzione: in ciò risiederebbe il “paradosso” segnalato nel titolo, tra la circostanza che il “modello sicurezza” dell’Unione europea (cui sarà dedicata ampia parte di questo Capitolo) porta a privilegiare un tale tipo di Forze, laddove proprio i Paesi che per primi le hanno istituite sembrerebbero invece orientati a disfarsene.

A prescindere dalla circostanza che di tale “smilitarizzazione in corso” non viene in realtà fornita alcuna evidenza, è appena il caso di ricordare come tale lavoro - benché vertente su questioni giuridico-istituzionali (in tale ambito, infatti, va collocato l’assetto organizzativo delle Forze dell’ordine) - ometta qualsiasi riferimento proprio alla normativa di settore (salvo un sommario richiamo all’art. 13 della *Raccomandazione* 10/2001 del COE, su cui si dirà più oltre), per menzionare piuttosto qualche articolo di stampa, alcune dichiarazioni di esponenti sindacali e, più in generale, la singolare idea per cui vi sarebbe una contraddizione di fondo tra lo *status* militare ed una società democratica.

I pochi riferimenti “tecnici” riportati, inoltre, appaiono sovente imprecisi (18). Né pare persuasiva la tesi di fondo secondo cui le prime avvisaglie di tale ipotizzata “dissoluzione” sarebbero date dallo scioglimento della Gendarmeria belga (nel 2001) e di quella austriaca (nel 2005), trattandosi di realtà assolutamente non comparabili: lo studio infatti non tiene in considerazione le differenze strutturali in materia di capacità operative e di organici (al momento della loro massima estensione quei Corpi contavano a malapena circa 11-15.000 unità, contro le oltre 100.000 delle gendarmerie prese a raffronto), ma soprattutto pecca sotto un profilo oggettivo.

In effetti, al di là del nome, sia nel caso della *Bundesgendarmerie* austriaca che in quello della *Rijkswacht / Gendarmerie nationale* belga non si era in presenza di Forze di gendarmeria: infatti la prima era stata smilitarizzata da oltre trent’anni (con organici che nel frattempo

(17) LUTTERBECK, *The Paradox of Gendarmeries: Between Expansion, Demilitarization and Dissolution*, Geneva 2013.

(18) A titolo d’esempio, la smilitarizzazione della *Guardia Civil* spagnola (che avrebbe rappresentato un obiettivo del Governo nei primi anni 2000) troverebbe un punto di partenza nell’unificazione - con *Real Decreto* 991/06 - delle *Direcciones Generales* delle Forze di sicurezza: orbene, anche a prescindere dal fatto che proprio nel 2004 venne nominato (per la prima volta dopo il periodo franchista) un militare al vertice del Corpo, lo studio sembra ignorare che tale “unificazione” è stata abrogata con *Real Decreto* n. 400 del 7 febbraio 2012, causa le gravi inefficienze cui aveva dato corso, ripristinando l’originario regime. Poco persuasivo appare anche il richiamo ai rapporti tra la *Guardia Civil* ed il regime dittatoriale, ove si pensi che sino al 1952 quest’ultimo aveva avuto a più riprese intenzione di sopprimerla, ritenendola politicamente inaffidabile (come in effetti avvenne, con *Ley* 15 marzo 1940, per il *Cuerpo de Carabineros*: cfr. LOPEZ CORRAL, *La Guardia Civil de Franco*, in *Cuadernos de la Guardia Civil*, XLII/2010, pp. 13 ss.). Circa il caso francese, le cui recenti riforme appaiono riconducibili ai mutevoli rapporti fiduciarci degli apparati di sicurezza con la Presidenza della Repubblica, tipici di tale modello istituzionale, va evidenziato come nessuna modifica sia stata apportata all’art. L3211-1 del *Code de la défense*, che eleva la gendarmeria al rango di Forza armata (principio confermato dall’art. 1 della legge di riforma 2009-971 del 3 agosto 2009, nonché dall’art. 6 dell’*Ordonnance* n. 2012-351 del 12 marzo 2012, nell’introdurre il successivo art. L3211-3); appare inoltre del tutto erroneo leggere un principio di smilitarizzazione nella possibilità che al vertice del Corpo sia posto pure un civile (un magistrato o un prefetto): invero, contrariamente a quanto *ivi* evidentemente ritenuto, dal 1° ottobre 1933 sino all’attuale riforma la gendarmeria francese non ha mai avuto vertici militari (con la comprensibile eccezione del periodo bellico, dal 18 agosto 1943 al 18 luglio 1947), come invece accade proprio dal 2004 in poi. Sul caso italiano, infine, non viene in realtà riportato alcunché di significativo, al di là di qualche suggestiva dichiarazione del Cocer.

erano rimasti fortemente penalizzati - sotto il profilo stipendiale - rispetto ad altri Corpi minori), la seconda formalmente dal 1991, sebbene già dai primi anni Ottanta rivendicasse apertamente lo *status* di Forza civile sindacalizzata (un po' come le *Guardie di P.S.* in Italia, in quegli stessi anni confluite nella Polizia di Stato). Significativamente, del resto, nessuna delle due era parte delle organizzazioni internazionali (ad es. il FIEP) di gendarmeria.

Come già anticipato, la portata (e l'ambito di operatività) della legislazione europea in materia non generano particolari incertezze, distinguendosi due settori di disciplina:

- a. l'organizzazione interna dell'apparato di pubblica sicurezza ed ordine pubblico di ciascuno Stato membro: si tratta di una materia del tutto sottratta all'interferenza del legislatore e della Corte di Giustizia europei (da ultimo, ex art. 4 TUE);
- b. le politiche di *cooperazione* transfrontaliera tra gli apparati di polizia degli Stati membri, ogniquale volta questi siano interessati da particolari fenomeni criminali coinvolgenti più Paesi: sono disposte con atti formali dell'Unione ma hanno esclusivamente ad oggetto - sulla falsariga di quanto già avviene a livello internazionale con l'INTERPOL - la creazione di una rete interstatale di collaborazione, formazione e cooperazione tra gli organi di polizia interni, che restano gli unici attori operativi del sistema.

Anche per fornire a questi ultimi il necessario supporto informativo e scientifico sono stati costituiti, nel tempo, alcuni organismi strumentali (quali EUROPOL, FRONTEX e CEPOL - cfr. *infra*).

I principi generali di cui sopra operano anche a livello internazionale (come si può evincere dalle basi giuridiche delle missioni di *peacekeeping* del personale di polizia, ad esempio nei programmi EUPOL ed EUPM) e rappresentano il presupposto logico-normativo delle strategie di CIVPOL (in ambito ONU) ed EUCIVPOL (ambito UE (19)).

In realtà, la tesi "smilitarizzatrice" di cui si è detto muove da un equivoco di fondo, ricorrente nella letteratura non specialistica (20) che confonde tra

(19) In materia va menzionato almeno l'ampio saggio introduttivo di JEAN, *An Integrated Civil Police Force for the European Union*, Brussels (CEPS) 2002, pp. 53 ss..

(20) L'equivoco affiora in alcuni studi, soprattutto quando si affrontano determinati luoghi comuni: "È difficile non osservare che tante sono le risorse umane impiegate per ragioni militari, sia all'estero che in Italia, che nulla hanno a che fare con il controllo del territorio in termini di prevenzione e prossimità con i cittadini. Compiti, questi ultimi, che troverebbero più corrispondenza in un contingente specifico e specializzato appositamente costituito nell'Esercito italiano" precisando - in nota - che tale considerazione sarebbe giustappunto riferita alla "differenza tra soldato e poliziotto" (così, ad esempio, RENIS, *In ... sicurezza dei cittadini. Organizzazione ed efficacia delle Forze di polizia in Italia*, Roma 2009, p. 132). Più di recente, LUTTERBECK (*The Paradox*, cit. pp. 57 ss.), prescindendo - tra l'altro - da precisi riferimenti giuridico-istituzionali, sembra richiamare una tesi piuttosto screditata (o, per meglio dire, una illazione priva di qualsiasi scientificità tecnico-operativa, elaborata evidentemente in ambienti carenti di competenze e capacità in materia) secondo cui le Forze di gendarmeria ben potrebbero essere ridotte a piccoli contingenti da impiegare esclusivamente all'estero - e dunque private delle loro naturali competenze generali di polizia civile - dopo averne sciolto e smilitarizzato il principale apparato.

“polizia a *status* militare” e “polizia militare”, ritenendo si tratti di sinonimi o comunque di espressioni equivalenti.

Ciò è del tutto errato, poiché in materia di pubblica sicurezza (e di polizia giudiziaria) per **“polizia civile”** (ovvero, più correttamente, per “polizia” in quanto tale) **si intendono indifferentemente le Forze ad ordinamento civile come quelle ad ordinamento militare, allorché svolgano il proprio servizio direttamente a favore dei cittadini** (*id est*, della cd. “società civile”); per contro, cosa assolutamente diversa è la polizia militare, che opera esclusivamente all’interno delle FF.AA.

Tale regola, come vedremo, è pacifica anche nelle fonti dell’ordinamento UE.

Tra queste si può sin d’ora citare l’**Annesso II dell’Allegato VI (par. 3)** alle dichiarazioni conclusive della Presidenza del Consiglio Europeo di Nizza (7-9 dicembre 2000 (21)), nel quale viene chiarito il concetto - valevole per il diritto dell’Unione - di “Forze di polizia” (“*Concept of Police Forces*”): “*The two functions (strengthening of and substituting for local police forces) draw on all specialist policing techniques available in the Member States (NB: “police forces” here covers both police forces with civilian status and police forces with military status of the gendarmerie type). It has been found that European police forces have developed within their ranks a variety of skills, based on similar professional criteria, available for use at various stages of crisis management ...*” (tradotto: il concetto «“le Forze di polizia” comprende qui sia le Forze di polizia a *status* civile, sia le Forze di polizia a *status* militare del tipo gendarmeria»).

Conformemente alla prassi giuridica internazionale, nel concetto di “Forze di polizia” non viene invece ricompresa la “polizia militare”, che opera in un contesto diverso dalla “società civile” (22).

La “contrapposizione”, infatti, non va intesa tra “poliziotti” e “gendarmi” (che anche a livello normativo UE, NATO ed OSCE vengono giustamente considerati operatori di polizia a pari titolo), **bensì tra funzioni di polizia “civile”** (svolte cioè al servizio dei privati cittadini) **e funzioni di polizia “militare”** (svolte nell’esclusivo interesse delle Forze armate, per il mantenimento dell’ordine pubblico e la repressione dei reati al loro interno).

(21) Alla pagina http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00400-r1.%20ann.en0.htm.

(22) Per “polizia militare” si intende infatti, ai sensi dell’art. 6 D.lgs 5 ottobre 2000, n. 267 (cfr. ora l’art. 90 del D.lgs 15 marzo 2010, n. 66), il “*complesso delle attività volte a garantire le condizioni generali di ordine e sicurezza delle Forze armate sul territorio nazionale ed all'estero*”, comprensive sia dell’attività di polizia giudiziaria che di quella di ordine pubblico. È generalmente svolta da appositi reparti delle stesse Forze armate che se ne avvalgono, tranne negli ordinamenti che dispongono di una Forza di gendarmeria (attualmente 54, tra gli Stati membri dell’ONU), alla quale viene attribuita anche tale incombenza, parallelamente alle ordinarie funzioni di polizia “civile”. Per uno studio nel solco della normativa previgente, cfr. FERRARI, *La Polizia Militare. Profili storici, giuridici e d’impiego*, Roma 1993 (suppl. a *Rass. Arma Carabinieri* 2/1993).

Al riguardo va precisato che la distinzione tra “*Civil Police*” e “*Military Police*” - e relative attribuzioni - nasce e si rende necessaria in quegli ordinamenti (soprattutto anglosassoni e scandinavi) nei quali, non esistendo un Corpo di gendarmeria o simile, le funzioni di polizia militare vengono svolte direttamente - ma limitatamente a tale peculiare contesto - da specifici contingenti delle stesse Forze armate: la differenza di attribuzioni ha quindi lo scopo di evitare un’impropria attribuzione di funzioni generali di polizia anche a questi ultimi, generalmente privi di una formazione specifica per i contesti civili (23).

Ciò premesso, nel concludere la questione di cui trattasi si può fare riferimento alla curiosa vicenda della Raccomandazione 10/2001/REC del Consiglio d’Europa (24).

Sul punto, è opportuno premettere tre considerazioni.

1. Innanzitutto, **il provvedimento in questione nulla ha a che fare con l’ordinamento dell’Unione Europea** (25), al di là di una parziale omonimia dell’organo che l’ha adottato (il “*Consiglio d’Europa*”, o COE) con quello legislativo dell’UE (il “*Consiglio*” (26)).

2. Sebbene riconducibile ad un organismo internazionale di cui fa parte l’Italia, non dispiega all’interno dell’ordinamento statale alcuna efficacia reale, neppure di carattere interpretativo, trattandosi di una mera *Raccomandazione* (e non, ad esempio, di una *Convenzione* pattizia, ex art. 117 Cost.).

3. Ciò premesso sul piano procedurale, occorre ricordare - nel merito - che **il contenuto dispositivo di tale Raccomandazione è esattamente l’opposto di quello che talvolta si crede**, dal momento che - ben lungi dall’auspicare già solo un ridimensionamento delle Forze di polizia a statuto militare - a più riprese ne riconosce (e garantisce) le funzioni ed il ruolo centrale nel moderno Stato di diritto.

È significativo, inoltre, il fatto che la suddetta *Raccomandazione* venga

(23) Va però considerato che alcuni Corpi di polizia militare (ad es. i *Feldjäger* tedeschi, ovvero la polizia militare ceca e polacca, per citarne alcuni), pur non strutturati come ordinarie Forze di gendarmeria hanno comunque consolidato delle capacità operative “di polizia” a seguito delle esperienze internazionali di *peacekeeping* UE/NATO.

(24) Il cui testo integrale (con *Preamboli* ed allegati), nella versione ufficiale inglese, è reperibile sul sito istituzionale del Consiglio d’Europa all’indirizzo <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=224783>. Per la versione francese, si veda invece <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=224803>.

(25) L’estraneità riguarda anche le materie di riferimento, poiché il “settore sicurezza” UE ricomprende anche le politiche di difesa (PSDC) che sono invece espressamente escluse dal novero di materie su cui il COE può essere chiamato ad esprimersi, ai sensi dell’art. 1 lett. d) del relativo Statuto. Lo stesso dicasi per l’ex “Terzo Pilastro” UE (GAI - ora FJS), per la collaborazione transfrontaliera tra Forze di polizia in materia penale.

(26) Il Consiglio d’Europa, infatti, è un’organizzazione internazionale (e non sovranazionale, come l’UE) istituita con il Trattato di Londra del 5 maggio 1949, che comprende 47 Stati (contro i 27 dell’UE), tra i quali Russia, Georgia, Azerbaïjan e Norvegia, nonché gli USA (oltre a Giappone, Israele, Canada e Messico) in qualità di osservatori. Non ha nulla a che fare con la CEE (nata molti anni dopo, nel 1957, con la firma dei Trattati di Roma tra i sei Stati fondatori): unici tratti comuni, l’inno e la bandiera del COE, adottati anche dalla CEE nel 1985 con l’assenso di quest’ultimo.

spesso riportata in modo parziale e sulla base di traduzioni sommarie. Il documento in questione (chiamato anche “*Codice etico per le Forze di polizia*”) è stato adottato il 19 settembre 2001 all’esito della 765ª Sessione del COE, ed è composto di 66 articoli: tra questi, la norma talvolta richiamata a sostegno delle interpretazioni sovra richiamate è l’art. 13, che nel testo ufficiale inglese (l’unico dotato di validità legale, oltre alla versione francese) così recita: “*Police organisations, when performing police duties in civil society, shall be under the **responsibility** of civilian authorities*”.

Il testo francese ha contenuto identico.

In italiano può tradursi con: “*Le Forze (27) di polizia, nell’esercizio delle loro funzioni in seno alla società civile, devono essere sottoposte alla responsabilità delle Autorità di governo*”.

Autorità “*di governo*” e non (più genericamente) “*civili*”, come potrebbe suggerire una rapida traduzione letterale, essendo tale il significato dell’espressione - tipica del diritto costituzionale inglese - “*Civilian Authorities*”.

Tale nozione trova una prima definizione compiuta in uno dei testi fondamentali del costituzionalismo inglese, l’*An Examination of the Political Part of Mr. Hobbs his Leviathan* di LAWSON, del 1657 (su cui cfr. *infra*, in conclusione di questo lavoro).

A livello legislativo si richiama, ad esempio, il “*Civil Authorities [Special Powers] Act [for Northern Ireland]*” del 7 aprile 1922 (in <http://cain.ulst.ac.uk/hms0/spa1922.htm>), il cui “*Preambolo*” chiarisce come l’espressione si riferisca al Ministero dell’Interno ed all’Autorità governativa dell’Ulster (“*The civil authority shall have power, in respect of persons, matters and things within the jurisdiction of the Government of Northern Ireland ... For the purposes of this Act the civil authority shall be the Minister of Home Affairs for Northern Ireland*”). Nella letteratura giuridica, ad esempio, cfr. ELAZAR, *Federal Models of (Civil) Authority*, in *Journal of Church and State*, XXXIII, 2/1991, pp. 231-254.

La riconducibilità della nozione giuridica di “*Authority*” - almeno in parte - a quella di “*Potere*” dello Stato trova inoltre conforto nel “*Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States*” (a cura di BOUVIER, Philadelphia 1856), laddove: “*Authority, government. The right and power which an officer has in the exercise of a public function to compel obedience to his lawful commands. A judge, for example, has authority to enforce obedience to his not being correct*”.

Un ragionamento più articolato vale invece per l’ordinamento statunitense, nel quale tale nozione viene utilizzata anche dalla dottrina costituzionale del “*civilian control of the military*”, che “*places ultimate responsibility for a Country’s strategic decision-making in the hands of the civilian **political leadership**, rather than professional military officers*”: sulla questione, cfr. FEAVER, *The Civil-Military Problematique: Huntington, Janowitz and the Question of Civilian Control, Armed Forces & Society* - Winter 1996 (23/2), pp. 149-178, secondo

(27) In alternativa, si potrebbe ricorrere all’espressione “*le strutture di polizia*”, per accentuare il riferimento all’aspetto organizzativo di cui si occupa il Titolo IV della *Raccomandazione* (“*Organisational Structures of the Police*”). Il termine utilizzato appare però più aderente alla *ratio* testuale, e soprattutto coerente con i concetti espressi nell’interpretazione autentica dell’art. 13, fornita dallo stesso COE (cfr. *infra*).

cui *“The proper subordination of a competent, professional military to the ends of policy as determined by civilian authority”*. In questi termini, LOBB (*Civil Authority versus Military*, in *The Virginia Law Register* 1919, vol. 4 n. 12, pp. 897 ss.) si riferisce ai Poteri sovrani dello Stato previsti dalla Costituzione e più propriamente parla di *“civil power”* e di *“sovereign power”*. Analogamente dicasi per la *“Proclamation 157”* del Presidente Johnson del 20 agosto 1866, ripristinante la *“civil authority”* sull'intero territorio federale al termine della guerra civile americana (cfr. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=71992>). In questo contesto si colloca la definizione di LIPSCOMB, contenuta in *Civil Government: Its Origin, Mission, and Destiny*, Nashville 1913: **“Civil authority (also known as civil government) is that apparatus of the state other than its military units that enforces law and order. It is also used to distinguish between religious authority (for example Canon law) and secular authority. In a religious context it may be defined as synonymous with human government, in contradistinction to a government by God, or the divine government”**.

Più in generale, nel sistema statunitense la “contrapposizione” tra *“civil authority”* e *“military authority”* si fonda sui presupposti di applicabilità della legge marziale, unico strumento legittimo con cui sia possibile sospendere le garanzie costituzionali e politiche dei cittadini: *“martial law is the suspension of civil authority and the imposition of military authority. When we say a region or country is “under martial law”, we mean to say that the military is in control of the area, that it acts as the police, as the courts, as the legislature ...”*.

Sempre nell'ordinamento statunitense, la nozione giuridica di *“Civil Authority”* trova ulteriore riscontro nel Titolo 32, par. 185.3 del *Code of Federal Regulations*, rubricato *“Military Support to Civil Authorities”*, che a tal fine rinvia alla definizione contenuta nella *Joint publication 1-02 (“Dictionary of Military and Associated Terms”* dell'US Department of Defense (http://www.dtic.mil/doctrine/new_pubs/jp1_02.pdf), emendata il 15 agosto 2012 conferendole valore normativo: **“Those elected and appointed ... who constitute the governments of the 50 States, District of Columbia, Commonwealth of Puerto Rico, US possessions and territories, and political subdivisions thereof”**. Sull'argomento, cfr. BUCHALTER, *Military support to Civil Authorities: the role of the Department of Defense in support to homeland defense*, Washington 2007.

Esprime un concetto analogo anche la nozione di *“Civil Administration”* contenuta nel medesimo JP 1-02, ovvero sia **“An administration established by a foreign government in (1) friendly territory, under an agreement with the government of the area concerned, to exercise certain authority normally the function of the local government; or (2) hostile territory, occupied by United States forces, where a foreign government exercises executive, legislative, and judicial authority until an indigenous civil government can be established. Also called CA. (JP 3-05)”**. Per un'introduzione sulle differenze dei modelli polizieschi continentale ed anglosassone, cfr. BERTACCINI, *I modelli di polizia. Polizia professionale. Polizia di comunità. Polizia dei problemi. Polizia dell'ordine. Polizia di prossimità*, Santarcangelo di Romagna 2011, pp. 15 ss..

Nell'evoluzione del diritto anglosassone (28) la *“Civil Authority”* è stata dapprima contrapposta dai costituzionalisti inglesi - si pensi, per tutti, alla Poli-

(28) Echi sono però riscontrabili anche negli ordinamenti continentali di *“Civil Law”*: cfr. ad esempio l'art. 218 TULPS, che parla di *“Autorità civili”* in relazione alle tipiche funzioni da queste esercitate, in contrapposizione allo *status* della legge marziale, ovvero la nozione di *“Governos Civis”* nella legislazione portoghese di pubblica sicurezza, che sino alla soppressiva *Resolução* n. 13 (II série) del 30 giugno 2011 indicava i rappresentanti territoriali del Governo.

tica Sacra et Civilis di LAWSON - alla “*Religious Authority*” (29), a partire dall’epoca delle guerre di religione nel XVI secolo, dove l’Autorità di governo mirava ad imporre la regola della sua totale preminenza rispetto al potere della Chiesa prima, ed alle confessioni nazionali poi; quindi - più di un secolo dopo ma nel limitato contesto del diritto statunitense - anche alla “*Military Authority*”, secondo una peculiare linea di pensiero influenzata dal pacifismo quacchero.

In ogni caso, **vale sempre ad indicare** - nei diversi periodi storici - **la primazia del potere di governo statale** (prima monarchico-assolutista e poi parlamentare) **su ogni altra istanza nazionale**: si tratta dunque di una nozione che **nulla ha a che fare con l’aspetto organizzativo dell’apparato considerato** (o con il suo ordinamento), **ma che attiene invece alle funzioni esercitate**, potendo eventualmente essere accostata, seppur con molta approssimazione, a quella (tipica dei sistemi giuridici dell’Europa continentale) di “*Potere dello Stato*”.

I funzionari “civili”, anche quelli di livello apicale (in Italia, ad es., il direttore generale di un Ministero, un dirigente di polizia, i funzionari amministrativi dello Stato, etc.) rientrano invece nella diversa nozione giuridica dei “*civil servants*” (o dei “*public servants*”, nel diritto inglese (30)). Con-

(29) Secondo la tradizionale definizione data dalla *Catholic Encyclopedia* (New York 1907), per *Civil Authority* si può intendere “*the moral power of command, supported (when need be) by physical coercion, which the State exercises over its members ... The authority of the State is absolute, that is to say, full and complete in its own sphere, and subordinate to no other authority within that sphere. But the authority of the State is not arbitrary*”. In questi termini, la nozione anglosassone di “autorità civile” dello Stato è tributaria della precedente elaborazione della Tomistica (cfr. *Summa Theologica*, I-II.92.1 ad 4), nei termini in cui “*Civil Authority would be simply what was bargained for and prescribed in the arbitrary compact with made civil society. As it is, civil authority is a natural means to anatural end and is checked by that end*”.

(30) Nell’ordinamento statunitense la nozione risale al 1871, con l’istituzione del “*Federal Civil Service*” comprendente - ai sensi del Titolo V, par. 2101 USC (*United States Code*) - “*all appointive positions in the executive, judicial, and legislative branches of the Government of the United States, except positions in the uniformed services*”. A sottolineare la netta distinzione rispetto alla sfera della “*Civil Authority*” (cfr., in Italia, i principi evincibili dai D.lgs 80/1998 e 165/01), fino all’*Hatch Act* del 1939 i funzionari civili non potevano svolgere alcuna attività a connotazione politica o assumere incarichi di tale natura per tutta la durata del loro servizio. Rientrano nell’ambito del “*civil service*” tutte le Agenzie indipendenti nonché i 15 *Federal Executive Departments*, con relativi vertici dirigenziali. L’ordinamento inglese è più articolato, poiché “*civil servants*” sono solo i “funzionari della Corona” (di cui non fanno parte i funzionari di polizia, né i militari ed i magistrati), distinti rispetto agli altri funzionari pubblici (detti genericamente “*public servants*”), compresi i dipendenti amministrativi del Parlamento: l’*Her Majesty’s Home Civil Service* è infatti lo stabile apparato burocratico di supporto (consulativo ed esecutivo) del Governo britannico, composto dal Gabinetto dei Ministri e dalle tre Amministrazioni periferiche del Governo scozzese e del Galles, più l’Esecutivo dell’Ulster. Sottolinea la distinzione rispetto alla “*Civil Authority*” la definizione di BRADLEY-EWING (*Constitutional and Administrative Law*, London 2003, p. 272): “*a servant of the Crown working in a civil capacity who is not the holder of a political (or judicial) office; the holder of certain other offices in respect of whose tenure of office special provision has been made; [or] a servant of the Crown in a personal capacity paid from the Civil List*”.

Analogo significato ha, nella tradizione giuridica francese, l’espressione “*Autorité civile*”, utilizzata

cetto giuridico in parte affine è quello tedesco di “*Beamter*”.

La Civil Authority ha poteri generali di indirizzo politico (con relative, connesse responsabilità), **i civil servants no.**

Ciò trova implicita conferma anche in uno dei testi fondamentali di diritto internazionale in materia di pubblica sicurezza, il “*Documento della riunione di Copenhagen della Conferenza sulla dimensione umana della CSCE*” (31), laddove si precisa, al p.to 5.6 del *Preambolo* (ricomprensente i principi di ordine generale), che “*military Forces and the police will be under the control of, and accountable to, the civil authorities*” (32): proprio il riferimento congiunto a Forze di polizia e Forze armate, senza distinzioni di sorta, smentisce la chiave di lettura di cui si è in precedenza detto (secondo cui il riferimento alla primazia della “*Civil Authority*” verrebbe ad incidere anche sullo *status* ordinamentale delle Forze poste sotto la sua responsabilità), poiché - se così mai fosse - tale regola dovrebbe allora valere per entrambi i destinatari della normativa OSCE, con l’effetto paradossale di preconizzare un’inedita smilitarizzazione nientemeno che delle Forze armate tradizionali (o di fanteria).

Per contro, a confutare ogni ipotesi di contraddizione o separatezza, va ricordato che proprio in ambito OSCE è costante l’obiettivo di assicurare - ben lungi da una smilitarizzazione - un’efficace integrazione delle stesse Forze armate in seno alla società civile, quale “*aspetto essenziale della sicurezza*” (33).

Il principio generale del controllo politico (con correlata responsabilità) sulla generalità degli apparati coinvolti nel “settore sicurezza” viene ribadito nel “*Codice di condotta OSCE relativo agli aspetti politico-militari della sicurezza*” (art. VII par. 20, dato ad Istanbul il 3 dicembre 1994 (34)), laddove “*Gli Stati partecipanti ritengono che il controllo politico democratico delle Forze militari, paramilitari e di sicurezza interna nonché dei Servizi di informazione e della polizia sia un elemento indispensabile della stabilità e della sicurezza ...*”.

Ad ogni buon conto, quello appena enunciato non è un principio rivoluzionario, ma un pacifico presupposto degli ordinamenti di democrazia classica (qual è indubbiamente anche quello italiano), dove le Forze di polizia, nessuna esclusa, sono da sempre poste alle dipendenze funzionali di specifici organi

nel secondo testo ufficiale della Raccomandazione (indicativa cioè dell’Autorità governativa statale, rappresentata nei Dipartimenti e nelle Regioni dal Prefetto ai sensi dell’art. 72 della *Constitution Française* del 1958, nel combinato disposto con l’art. 1 del *Décret* 10 marzo 1982), complementare alla nozione di “*gouvernance civile*” (su cui cfr. *retro*).

(31) “*Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa*”, organismo da cui è derivata l’OSCE nel 1995.

(32) Testualmente: “*Le Forze armate e quelle di polizia devono essere poste sotto il controllo e la responsabilità delle Autorità (civili) di governo*”. Testo integrale (nella versione ufficiale) su <http://www.osce.org/odihr/elections/14304>.

(33) In questi termini, ad esempio, il par. 15 della *Dichiarazione di Edimburgo* dell’Assemblea parlamentare OSCE (5-9 luglio 2004 su <http://www.oscepa.org/publications/declarations/2004-edinburgh-declaration>).

(34) Versione italiana su <http://www.osce.org/it/fsc/41358>.

di governo (a seconda degli ordinamenti, il Ministro della Giustizia, dell'Interno o della Difesa, ovvero il Presidente del Consiglio dei Ministri, etc. (35)), facendo capo agli altri Dicasteri per quanto di residua pertinenza (dipendenza gerarchica ed ordinamentale, reclutamento e trattamento giuridico ed economico del personale, dotazioni di materiale di servizio, svolgimento di attività specifiche, retribuzione, etc.).

Invero, ai criticati esegéti del citato art. 13 sfugge la chiave di volta dell'intero sistema giuridico ed istituzionale della pubblica sicurezza: **l'aggettivo "civile" non ha nulla a che fare con l'assetto organizzativo e/o ordinamentale della Forza di volta in volta chiamata ad operare** (ovvero dei suoi uomini), **bensì attiene alle funzioni concretamente svolte.**

Occorre ricordare, al riguardo, che la stessa nozione di "pubblica sicurezza" ha carattere rigorosamente *funzionale*, come chiarito - in Italia - dalla Corte Costituzionale (36) ed evincibile dalle fonti normative comunitarie ed internazionali (soprattutto in seno all'OSCE ed alle Nazioni Unite - cfr. *infra*).

Le fonti normative dell'*Organizzazione per la Cooperazione e la Sicurezza in Europa*, in particolare, non solo delineano una peculiare strategia di sicurezza basata "*sul concetto globale e cooperativo della sicurezza e della sua indivisibilità*" (37) - cui largamente attinge la strategia "olistica" dell'Unione Europea - ma direttamente individuano le caratteristiche di un Corpo di polizia (civile) democraticamente ordinato, che attengono esclusivamente alle funzioni esercitate e non anche al suo assetto ordinamentale ed organizzativo (38).

(35) In Italia, ad esempio, fin dalle *Regie Patenti* del 13 luglio 1814, istitutive del Corpo dei Carabinieri Reali e della "*Direzione generale del Buon Governo*" (embrione del futuro Ministero dell'Interno), i primi vennero sì funzionalmente posti alle dipendenze della seconda, contestualmente però sancendone la piena autonomia operativa, organizzativa ed ordinamentale (di carattere militare). Successivamente, con le *Regie Patenti* del 15 ottobre 1816 la "*Direzione del Buon Governo*" venne soppressa ed in sua vece fu creato il "*Ministero della Polizia*", con funzioni direttive in materia di sicurezza pubblica.

(36) Corte Cost., sent. 7 aprile 1995, n. 115 (su *Giur. Cost.* 1995, p. 920). Tale caratterizzazione non rappresenta una novità, essendo mutuata da precedenti arresti della Corte (in particolare le sentt. 162/90, 218/88, 1034/88 e 77/87).

(37) Definita nel "*Documento di Lisbona*" del 3 dicembre 1996 (DOC.S/1/96-<http://www.osce.org/it/mc/39542?download=true>). In particolare, al par. 4 dell'allegata "*Dichiarazione di Lisbona su un modello di sicurezza comune e globale per l'Europa del ventunesimo secolo*" vengono evidenziati due elementi che diverranno centrali nelle politiche di pubblica sicurezza dell'Unione Europea, ovvero la globalità ed indivisibilità della sicurezza, che ostano a rigide segmentazioni di competenze per favorire piuttosto le capacità operative "ibride" o multidisciplinari. In precedenza, si veda anche la "*Decisione su un Modello di Sicurezza Comune e Globale*" del Consiglio dei Ministri OSCE (Budapest 8 dicembre 1995), su <http://www.osce.org/it/mc/40412>.

(38) Tali requisiti sono, in concreto: 1) essere una **manifestazione visibile dell'Autorità dello Stato**, in ragione dell'esercizio di alcuni compiti fondamentali (mantenere l'ordine pubblico e far rispettare la legge; proteggere e rispettare i diritti e le libertà delle persone; prevenire e combattere la criminalità; fornire servizi di assistenza e dei cittadini); 2) agire in conformità della legislazione nazionale e delle norme internazionali accettate dai Paesi partecipanti all'OSCE (tra cui l'Italia); 3) avere un codice di condotta professionale e compiere il proprio dovere nel rispetto degli accordi internazionali in materia di diritti umani, civili e politici; 4) svolgere i propri compiti in modo responsabile e trasparente, per i cittadini,

In questi termini, ad esempio, i Carabinieri (per restare al caso italiano) sono innegabilmente dei militari (così come lo è la loro Istituzione di appartenenza, un'autonoma Forza armata), ma nel momento in cui svolgono la propria ordinaria attività in seno alla società civile (corrispondente ad oltre il 90% del servizio di istituto), sono a tutti gli effetti - per rimanere nel dualismo sopra richiamato tra polizia civile e militare - una Forza di polizia "civile".

Per polizia "civile", infatti, non si intende un'attività (o un'organizzazione) di polizia posta in essere *da* civili, bensì un servizio svolto ad esclusivo vantaggio *della* popolazione civile.

Lo stesso vale, come vedremo, nelle operazioni di *peacekeeping* internazionale, dove molti erroneamente ritengono che i contingenti dell'Arma (o di altre Forze di polizia a statuto militare) vadano ad esercitare mere competenze di polizia militare.

Ad ulteriore conferma di quanto sopra, si può richiamare una delle principali fonti normative del diritto internazionale di polizia, lo "*UN Code of Conduct for Law Enforcement Officials*" (39), il cui commentario all'art. 1 (lett. b) chiarisce che "*In countries where police powers are exercised by military authorities, whether uniformed or not, or by State security forces, the definition of law enforcement officials shall be regarded as including officers of such services*".

Per restare alla nozione funzionale della "*Civil Authority*" ed ai connessi rapporti di dipendenza (parimenti funzionale) delle Forze dell'ordine dai vari Ministeri, non può non ribadirsi che questi ultimi, in quanto parte della più complessa compagine governativa, hanno necessariamente tutti natura "civile", compreso quello della Difesa, posto che ciò che rileva, a tal fine, sono le *attribuzioni* svolte dall'organismo (inteso cioè ad operare in seno ed a beneficio della "società civile") e non invece lo specifico *status* giuridico del relativo personale.

A livello discendente, lo stesso può dirsi (in Italia) per il *Dipartimento della Pubblica Sicurezza* che, pur con la precisazione simbolica - cfr. *infra* - del suo ordinamento "civile", ha poi innegabilmente, nella realtà, una composizione operativa interforze civile/militare, analogamente ai Servizi di Sicurezza (AISE, AISI e DIS), alla Protezione civile (si pensi alla componente militare della Croce Rossa), etc.

il diritto e le Istituzioni, **secondo la direzione e il controllo delle Autorità** (cd. "civili") di governo, con una chiara catena di comando e rispettando la **divisione dei Poteri**. Le fonti CSCE/OSCE rilevanti in materia sono il già richiamato "*Documento di Copenhagen*" del 1990, il "*Code of Conduct on Politico-Military Aspects of Security*" (Bucarest 1994), la "*Charter for European Security*" (Istanbul 1999, in particolare l'art. 45), la *Decisione* n. 9 adottata nella nona riunione del Consiglio dei Ministri a Bucarest il 28 novembre 2001, avente ad oggetto "*Police-Related Activities*" e soprattutto il "*Guidebook on Democratic Policing*", adottato a Vienna nel maggio 2008 (testo scaricabile da <http://www.osce.org/spmu/23804>).

(39) Adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione n. 34/169 del 17 dicembre 1979. Testo ufficiale su <http://www.iansa.org/system/files/UNcodeconduct.pdf>.

Nel sistema così delineato, i compiti delle Forze dell'ordine sono meramente esecutivi (sotto il profilo funzionale) delle linee di indirizzo espresse dal Ministro competente (in Italia quello dell'Interno, ma non in via autonoma, bensì quale membro del Governo, nel cui ambito viene individuato l'indirizzo politico generale delle Amministrazioni dello Stato ex art. 95 Cost.), cui va quindi imputata la responsabilità di tali scelte ed il successivo coordinamento dei soggetti chiamati ad attuarlo.

Nel definire i propri obiettivi, la *Raccomandazione* n. 10/2001 del COE individua innanzitutto i destinatari, ovverosia le “*traditional public police Forces or police services, or to other publicly authorised and/or controlled bodies with the primary objectives of maintaining law and order in civil society and, who are empowered by the state to use force and/or special powers for these purposes*”; nel testo francese, a sua volta, si parla di “*Forces ou services de police publics traditionnels ou à d'autres organes autorisés et/ou contrôlés par les pouvoirs publics*”.

Dunque, **tutte le Forze di polizia** tradizionalmente intese, senza distinzioni di sorta, allorché vengano impiegate per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblici nell'ambito della società civile. A queste la *Raccomandazione* aggiunge, in via sussidiaria, eventuali organismi comunque autorizzati dai pubblici poteri al perseguimento dei medesimi obiettivi (a rigore, dunque, pure dei Corpi di vigilanza privata, ove sottoposti, a tale specifico fine, all'Autorità pubblica ex art. 139 TULPS (40)).

Tale precisazione, da sola, conferma l'inconsistenza dell'esegesi sovra richiamata: se infatti persino un vigilante privato, per quanto sotto la direzione dell'Autorità pubblica, sarebbe legittimato ad operare quale organo di polizia, non si comprende perché mai ciò dovrebbe essere precluso nientemeno che a dei Pubblici ufficiali, solo perché rivestenti un grado militare.

Ma non solo. La maggior parte delle pubblicazioni della *Raccomandazione* in esame non appaiono tecnicamente corrette, poiché trascurano che il cd. “*Code of Police Ethics*” non è costituito esclusivamente dal “codice” propriamente detto, ma pure da un secondo documento, inscindibile dal primo ed approvato, in pari data, dall'Assemblea del COE, ovverosia il suo *Commentario*.

L'inscindibilità deriva da un generale principio di diritto internazionale, in base al quale il commentario ufficiale di una fonte normativa (pur non vincolante), alla pari dei suoi *Protocolli* o *Allegati* tecnici, va considerato a tutti

(40) Sebbene il commentario alla preliminare “*Definizione del campo di applicazione del codice*” precisi (ult. cpv) che “*It should be added that private security companies are not covered by this Recommendation*”, va rilevato che l'esclusione riguarda (testualmente) solo l'ordinaria attività privatistica del personale dipendente dalle ditte di sorveglianza, e non anche il caso in cui l'Autorità statuale ordini (per ragioni di necessità) ai singoli vigilanti privati di assisterla nel compimento di atti del suo ufficio, come è appunto il caso dell'art. 139 TULPS. Sull'argomento si vedano, in generale, AA.Vv., *Polizia privata: costituzione, organizzazione e rapporti con gli organi di pubblica sicurezza*, Roma 1991.

gli effetti parte integrante di quest'ultima - ove adottato con identica procedura - alla pari dell'eventuale *Preambolo* introduttivo (41).

Essendo stato adottato contestualmente alla *Raccomandazione* e con la medesima procedura di voto, il commentario ne rappresenta un'interpretazione esplicativa "autentica".

Ciò è conforme alla prassi di *Common Law* e mira a risolvere le incertezze derivanti dall'inevitabile genericità e/o frammentarietà di tal tipo di norme.

In merito al "*Preambolo*", il commentario istituzionale chiarisce che: "*The Code applies regardless of how such police are being organised; whether centralised or locally oriented, **whether structured in a civilian or military manner**, whether labelled as services or forces, or whether they are accountable to the state, to regional or local authorities or to a wider public*" (42).

In relazione all'art. 13, poi, lo stesso recita: "*It should be recalled that the scope of the present Code is limited to police work in civil society. The judicial side of police work - the police being a component of the criminal justice system - and the public order side of the police, as well as the public service dimension of police work, and the integration of the police in civil society, are all elements that are different from military functions and objectives. Moreover, the legal basis and powers of the police in a rule of law society, where the focus is on the respect for civil and political rights of individuals, are also different from those of the military. Although there are some similarities between police and military functions and performances, the above special characteristics of the police are so important in a democratic society governed by the rule of law that they should be supported by all means. The organisational responsibility is one of the means in this respect. A police organisation under civilian responsibility (43) is likely*

(41) Tale principio è stato positivizzato, ad esempio, nell'art. 31 par. 2 della *Convenzione di Vienna sul dritto dei Trattati* del 23 maggio 1969, relativamente alle fonti pattizie internazionali. Una regola speciale è invece prevista per le "*Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*" dell'UE (recentemente "costituzionalizzata" dal Trattato di Lisbona), richiamate dall'art. 6 par. 1 TUE, a mente del quale "*I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati ... tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni*". Testo pubblicato su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:IT:PDF>.

In argomento si veda DI STASI, *Brevi osservazioni intorno alle «spiegazioni» alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in ZANCHI-PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino 2010, p. 425 ss..

(42) "*Il Codice trova applicazione a prescindere dal modello organizzativo di polizia, sia esso centralizzato o decentrato, a struttura civile o militare, ovvero qualificato come servizio o Forza, ed a prescindere dal fatto che queste rispondano allo Stato, ad autorità regionali o locali ovvero ad un pubblico più ampio*".

(43) La "*civilian responsibility*" come corollario esecutivo della "*Civil Authority*" è concetto tipico della dottrina dello Stato anglosassone, e si traduce nella necessità che i servizi di pubblica sicurezza, seppur eventualmente svolti da militari, siano sottratti all'autodichia delle Forze armate tradizionali - un tempo considerate vere e proprie Istituzioni a sé stanti, quasi uno Stato nello Stato (sul punto, cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1951, pp. 40 ss. e BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano 1962, pp. 68 ss.) - per essere sottoposti alla direzione, o comunque

to best cultivate police professionalism suitable for civil society.

The organisational police structures - civil or military - differ very much in Europe. In western and northern Europe the police are primarily civilian. In central and eastern Europe, several police organisations have a military structure; whereas in southern Europe, both models exist, sometimes side by side in the same country (...)

*In the prevailing circumstances and, with full respect to the history and traditions in member states, the present Article does not go any further than to state that **police functions performed in civil society - whether carried out by civilian or militarily organised police - should ultimately be under the responsibility of civilian authorities**” (44).*

al preventivo controllo ed assenso delle Autorità di governo (quelle cioè che guidano la cd. “società civile”, e che per l’effetto vengono a loro volta definite Autorità “civili”), proprio perché destinate a produrre effetti in seno alla comunità generale dei cittadini. Il fatto di assumere, in modo più o meno ampio, la paternità di tali scelte comporta, in capo alla suddetta Autorità, una conseguente responsabilità, almeno sul piano politico. Tale dottrina, nata in contrapposizione ai modelli di sicurezza dell’Europa continentale del tardo Assolutismo, trova un radicale precedente nel *Federalist n. 8* (uno dei *Federalist Papers*, serie di 85 articoli e saggi volti a promuovere - tra il 1787 ed il 1788 - la ratifica della Costituzione degli Stati Uniti d’America), nel quale Hamilton sostiene la necessità di creare un Governo civile che tenga alla larga l’Esercito, a causa degli elevati costi e dell’innata tendenza a scatenare guerre. Descrivendo l’esperienza europea come un esempio negativo e quella britannica come positiva, presenta l’idea che una Nazione possa salvaguardare la propria indipendenza da altri Stati semplicemente avvalendosi di una potente Marina (i cui contingenti, tra l’altro, avrebbero l’ulteriore pregio di essere stanziati sul territorio dello Stato solo in minima parte), senza necessità di una componente militare permanente. Anche Madison è critico sulla possibilità di creare nello Stato delle stabili strutture militari, considerandole uno strumento di tirannia in Patria e sostenendo che in tutta Europa gli Eserciti, sotto il pretesto di difenderlo, avrebbero schiavizzato il popolo (*“In time of actual war, great discretionary powers are constantly given to the Executive Magistrate. Constant apprehension of War, has the same tendency to render the head too large for the body. A standing military force, with an overgrown Executive, will not long be safe companions to liberty. The means of defense against foreign danger, have been always the instruments of tyranny at home ... Throughout all Europe, the armies kept up under the pretext of defending, have enslaved the people”*).

(44) *“Va ricordato che il campo di applicazione del presente Codice è limitato all’attività di polizia svolta in seno alla società civile. Le funzioni di polizia giudiziaria - essendo le Forze di polizia una componente del sistema di giustizia penale - e quelle che invece riguardano l’ordine pubblico, così come la natura di servizio pubblico dell’attività resa dalle Forze di polizia e l’integrazione di queste ultime nella società civile, sono tutti elementi che distinguono tale attività rispetto alle tradizionali funzioni ed obiettivi cui sono invece tradizionalmente deputate le Forze armate.*

Sono parimenti diverse sia le basi giuridiche di riferimento, sia il tipo di poteri attribuiti alle Forze di polizia, in seno ad uno Stato di diritto nel quale valore primario sia accordato al rispetto delle libertà civili e politiche degli individui. Vi sono, invero, delle affinità tra le funzioni e le attività delle Forze di polizia e quelle delle Forze armate in quanto tali, ma le caratteristiche peculiari dell’attività di polizia appaiono così importanti in una società democratica governata dal primato del diritto da dover essere supportate con ogni mezzo. La responsabilità organizzativa è uno dei mezzi utili a tal fine. Un organismo di polizia posto sotto la responsabilità dell’Autorità civile di governo appare idoneo a meglio assicurare una professionalità adatta alle specificità della società civile.

Le strutture organizzative della polizia - civili o militari - sono molto diverse in Europa. Nell’Europa occidentale e settentrionale la polizia è principalmente un’organizzazione civile. Nell’Europa centrale ed orientale, vari Corpi di polizia hanno una struttura militare, mentre nell’Europa meridionale esistono

Parlare di “*assunzione di responsabilità*” da parte delle Autorità di governo (centrale o territoriale, a seconda degli ordinamenti) significa semplicemente che queste ultime si devono far carico delle conseguenze (politiche e giuridiche) connesse allo svolgimento dell’attività istituzionale delle Forze di polizia, per il fatto di averne precedentemente individuati i contenuti e gli obiettivi nell’esercizio della propria funzione di indirizzo politico. In questi termini, è significativo ed inequivoco l’utilizzo del termine “*responsibility*”, che nel diritto costituzionale anglosassone indica giustappunto la responsabilità politica: invero, se si fosse voluto parlare direttamente di subordinazione, direzione o controllo, sarebbero state utilizzate espressioni specifiche quali “*control*”, “*command*”, “*leadership*” o “*direction*”.

Premesso quanto sopra, va poi chiarito che la decisione del COE di enunciare - solo nel 2001 - il principio di cui si è detto non è casuale, ma giustificata dall’intensa attività - propria di quel periodo (45) - di riconversione ai principi dello Stato di diritto degli ordinamenti dei Paesi in precedenza facenti parte del cd. “blocco sovietico”.

Dal 1990 in poi, infatti, l’attività del COE è stata quasi interamente indirizzata a favorire la transizione democratica delle strutture istituzionali degli Stati dell’ex-Patto di Varsavia, nei quali le Forze armate e soprattutto quelle di polizia non rispondevano ad alcuno degli *standard* occidentali, essendo totalmente autoreferenziali in quanto precedentemente poste sotto l’autorità dell’*establishment* al potere, anziché di Parlamenti o Governi democraticamente eletti. Tale linea programmatica è stata formalizzata nella “*Dichiarazione di Vienna*” del Comitato dei Ministri del 9 ottobre 1993.

entrambi i modelli, a volte uno di fianco all’altro, nello stesso Paese. (...)

Nella situazione attuale e nel pieno rispetto della storia e delle tradizioni degli Stati membri, il presente articolo si limita a dichiarare che le funzioni di polizia in seno alla società civile – siano esse svolte da una Forza di polizia ad ordinamento civile o militare - devono in ultima analisi essere soggette alla responsabilità delle Autorità di governo”.

Il testo ufficiale francese, a sua volta, è ancora più esplicito nel precisare che “... *les bases juridiques de la police et les fonctions qu’elle est appelée à exercer dans une société réglé par le principe de la prééminence du droit, centrée sur le respect des droits civils et politiques des individus, diffèrent également de celles des personnels militaires. On relève certaines similitudes entre les fonctions et tâches policières et militaires, mais les caractéristiques de la police décrites ci-dessus sont si importantes dans un état de droit qu’elles doivent être appuyées par tous les moyens. Le cadre organisationnel est l’un des moyens à mettre en oeuvre à cette fin. Un service de police respectueux des valeurs civiles a toutes chances d’être le mieux à même de pratiquer un professionnalisme policier adapté aux besoins de la société civile. (...)* Dans l’état actuel des choses, respectant l’histoire et les traditions des Etats membres, le présent article se contente de souligner que l’exercice des missions de police dans la société civile, qu’elles soient assurées par des services civils ou militaires, doit être placé sous la responsabilité des autorités civiles”. La norma non si riferisce invero all’organizzazione interna dei Corpi di polizia, bensì - utilizzando non a caso le espressioni specifiche di “*service de police*” ed “*exercice des mission de police*” - alle concrete modalità di esercizio della loro attività istituzionale.

(45) L’adesione al COE degli Stati dell’ex-Patto di Varsavia inizia infatti nel 1990 (Ungheria) per concludersi nel 2001, con Armenia ed Azerbaïdjan.

Per il COE era imprescindibile che le Forze di polizia (46) rispondessero ad Autorità di governo democraticamente elette (sulle Forze deputate alla difesa esterna dello Stato non poteva invece interloquire, trattandosi di un settore escluso dal proprio Statuto), e dunque non tanto si preoccupava del loro *status* civile o militare, quanto piuttosto del fatto che la loro organizzazione (ovverosia la linea di comando) rispondesse ai vertici politici dello Stato seguendone le linee di indirizzo, con ciò collocandosi sotto la loro responsabilità.

Il più volte citato art. 13, del resto, non dice in alcun punto che le Forze di polizia destinate a svolgere servizio in seno alla cd. “società civile” debbano poi anche assumere - a loro volta - un ordinamento interno di tipo civile, se del caso “smilitarizzandosi”.

Sul punto - al contrario - è lo stesso Comitato dei Ministri del COE ad evidenziare, *testualmente*, come la *Raccomandazione* in questione nulla abbia a che fare con la natura e l'ordinamento interno dei singoli Corpi di polizia, militare o civile che sia, ed anzi a riconoscere ai primi piena dignità istituzionale.

Sul presupposto, infatti, che le *funzioni* cui è tradizionalmente deputato un Esercito come apparato - ovverosia la difesa esterna dello Stato nell'eccezionalità dell'evento bellico, in occasione del quale può essere anche prevista la sospensione delle libertà costituzionali - divergono profondamente da quelle al cui esercizio sono invece generalmente preposte le Forze di polizia (tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, nell'ordinaria quotidianità e sotto la vigenza dei diritti costituzionalmente garantiti), la *Raccomandazione* invita gli Stati ad assicurare una piena autonomia funzionale ed operativa a queste ultime, in ragione di tale tipicità professionale.

Criterio del resto compatibile con i principi della CIVPOL in ambito ONU (cfr. *infra*), laddove la “contrapposizione” (con la *Military Police*) non riguarda la veste giuridica ed organizzativa - militare o civile - sotto la quale l'Autorità di polizia opera, bensì il tipo di *funzioni* esercitate (47).

Per completezza, infine, a sottolineare come il sistema europeo non tragga comunque ispirazione dalla richiamata *Raccomandazione* 10/2001/REC, si ricorda che della stessa viene fatta menzione solo in due atti ufficiali dell'UE, *in primis* il “*Progetto di conclusioni del Consiglio sulle norme professionali di polizia relative alla cooperazione internazionale fra gli organi di polizia*”, adottato in sede GAI a Bruxelles il 28 ottobre 2004 (doc. 11977/2/04 REV 2-ENFOPOL 109 (48)), nel quale semplicemente si rilevava l'opportunità di ela-

(46) In quanto titolari - unitamente agli Eserciti - del monopolio legale dell'uso della Forza armata all'interno dello Stato.

(47) Non a caso la *Raccomandazione*, all'art. 1, non distingue tra poliziotti e militari, ma individua le funzioni tipiche di un funzionario di polizia (militare o civile che sia) in quanto tale, evidenziandone alcuni caratteristici elementi distintivi rispetto a quelle normalmente svolte dai membri delle tradizionali Forze armate, a scopo difensivo e/o offensivo.

(48) Il documento è disponibile su <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/04/st11/st11977-re02.en04.pdf>.

borare degli **standard professionali e comportamentali minimi** (relativi, in particolare, al rispetto dei diritti umani e dei principi dello Stato di diritto) cui gli operatori di polizia avrebbero dovuto conformarsi nello svolgimento di operazioni ricadenti nel limitato ambito delle competenze UE (ovverosia l'allora "Terzo Pilastro" GAI - *Cooperazione transfrontaliera di polizia in campo penale*): a tal fine si ipotizzava di assumere in futuro i principi enunciati nel cd. "Codice Etico" quale punto di partenza verso un'autonoma elaborazione europea (testualmente, al p.to 7 "*The recommendation of the Council of Europe [2001], 'The European Code of Police Ethics', should be a starting point for the development of police professional standards regarding international operational cooperation in the EU*").

Ci si riferiva quindi alle sole regole di comportamento enunciate nella *Raccomandazione* (cd. "*police professional standards*"), e non anche all'organizzazione interna dei relativi Corpi, di esclusiva competenza nazionale (oggi ribadita dall'art. 4 TUE, *post-Lisbona*) e del resto non considerata neppure dalla citata *Raccomandazione*.

Lascia dunque perplessi l'affermazione, non meglio documentata, di parte della dottrina (49) che parla di futura "comunitarizzazione" di tale documento, invero mai ipotizzata dal Consiglio.

Il secondo atto è invece una *Risoluzione* del Parlamento europeo, di poco posteriore, "*Sui progressi compiuti nel 2004 in sede di creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*" (8 giugno 2005), che richiama le succitate *Conclusioni* del Consiglio GAI manifestando l'opportunità dell'adozione da parte dell'UE di tali principi.

Corre l'obbligo di precisare che l'esortazione del Parlamento europeo è rimasta lettera morta, non avendo l'Unione Europea, allora come oggi, competenze su buona parte delle materie contenute nella *Raccomandazione* 10/2001/REC (non a caso, del resto, il Consiglio aveva solo timidamente parlato di principi da cui trarre spunto e comunque valevoli solo per il limitato settore nel quale l'Unione svolgeva un ruolo autonomo, ovverosia l'allora "Terzo Pilastro" GAI). La questione non ha avuto alcun seguito.

Individuati come sopra i tratti caratteristici della funzione di "polizia civile", solo per inciso si evidenzia come - proprio in relazione all'oggetto di questo lavoro - dal citato art. 13 potrebbe comunque trarsi un ulteriore spunto di riforma dell'ordinamento della pubblica sicurezza in Italia.

Se infatti, come dice la norma, tutte le Autorità di polizia devono essere egualmente subordinate alle decisioni di indirizzo politico dell'Autorità di governo - che conseguentemente assume la responsabilità del loro conforme operato - ne discende che nessuna di esse dovrebbe, per contro, a sua volta

(49) ROMANI, *Servizi di polizia internazionale, cooperazione giudiziaria e terzo pilastro dell'Unione Europea*, Padova 2009, p. 259.

partecipare, direttamente o per delega, all'esercizio di tale potere di scelta e/o indirizzo.

Diversamente argomentando, il soggetto controllato (la singola Forza di polizia) finirebbe con l'esercitare anche funzioni di controllore (in ultima analisi, di se stesso), con evidente contraddizione dei fondamenti costituzionali dello Stato di diritto (*in primis*, la divisione dei poteri, nonché i criteri di trasparenza ed imparzialità).

Questo principio rappresenta invero la chiave di volta dell'impianto istituzionale prefigurato dalla *Raccomandazione* 2001/10/REC, ribadito dalla considerazione (art. 5) che il personale di polizia è soggetto alla stessa legislazione applicabile ai comuni cittadini, con le uniche eccezioni giustificate dalla necessità di assicurarne il corretto svolgimento delle funzioni, ma pur sempre all'interno dello Stato di diritto.

Ciò, del resto, è coerente con i principi generali del diritto amministrativo e costituzionale, che distinguono nettamente tra funzioni - ed organi - di indirizzo politico (tendenzialmente insindacabili in sede giudiziaria) e funzioni - ed organi - esecutivi di queste ultime, oggetto invece di riscontro giurisdizionale di legittimità.

Distinzione che da ultimo ha trovato formale sanzione nei D.lgs 80/1998 e 165/01, nonché nella legge 15/2009.

Orbene, secondo parte della dottrina tale regola sembrerebbe mettere in discussione uno dei punti qualificanti della legge 121/81 (e parzialmente del TULPS), ovverosia l'attribuzione della qualifica di Autorità di pubblica sicurezza - con conseguenti potestà di valutazione ed indirizzo - non solo all'Organo di governo (il Ministro ed il Prefetto, quest'ultimo quale "delegato" territoriale del primo), ma pure ai vertici di una singola Forza di polizia (il Questore - sebbene con compiti più operativi - ed il Capo della Polizia, nel momento in cui lo stesso automaticamente riveste, per legge, anche il ruolo di Capo del Dipartimento di P.S., un organo chiaramente ausiliario e non solo esecutivo e per tale partecipa attivo delle richiamate scelte di indirizzo).

D) LE FONTI NORMATIVE DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI PUBBLICA SICUREZZA. VERSO UN SISTEMA MULTIPOLARE ED INTEGRATO?

Premesso quanto sopra dal punto di vista del diritto internazionale, si tratta adesso di verificare se il sistema giuridico/istituzionale dell'Unione Europea in qualche modo confligga con la presenza di Corpi di polizia nazionali a *status* militare, privilegiando per contro quelli ad ordinamento civile. Tale tesi, talvolta sostenuta richiamando la prassi giuridica e culturale dei Paesi di area anglosassone e scandinava (nei quali vige una rigida separazione tra le funzioni di tutela interna ed esterna dello Stato ed un'altrettanto netta suddivisione delle relative competenze operative, con tendenziale svalutazione della componente militare), non trova in realtà positivo fondamento.

L'ordinamento sovranazionale, in effetti, si è progressivamente evoluto secondo principi del tutto diversi, fondati, all'opposto, sulla complementarietà delle attribuzioni civili e militari (oltreché di pubblico soccorso) ai fini della tutela della sicurezza comune, con conseguente primato - in luogo di una rigida separatezza delle funzioni - dei cd. "modelli integrati" che propugnano invece la creazione di Forze in grado di sintetizzare diverse capacità operative e gestionali, nell'ambito della medesima linea di comando.

In tale contesto, come vedremo, il modello fatto proprio dall'Unione Europea (di tipo "olistico") espressamente esalta le cd. "Forze ibride" civili/militari (tra cui, in primo luogo, proprio i Corpi di gendarmeria) in ragione della loro tipica capacità di operare, con perfetta fungibilità, sia in contesti militari che civili, anche contemporaneamente.

Quanto sopra, peraltro, non deroga al principio fondamentale - di portata costituzionale - per cui il legislatore europeo non può in alcun caso dettare regole in materia di organizzazione interna dell'*Amministrazione di P.S.* (o di polizia) dei singoli Stati membri: nonostante ciò, però, appare comunque opportuno chiedersi se dalle fonti dettate nei settori PESC/PSDC/FSJ si possano trarre dei principi generali di orientamento ed indirizzo, in virtù del fatto che - pur nella naturale separatezza degli ordinamenti sovranazionale e statale (attesa la diversità di funzioni ed il diverso livello di intervento (50)) - gli Stati membri sono pur sempre chiamati a contribuire, con risorse materiali e provvedimenti normativi, all'implementazione delle politiche dell'Unione (51) e nel fare ciò devono conformarsi al principio di leale collaborazione ex art. 4 comma terzo TUE, evitando di assumere decisioni che nuocciano o comunque ostacolano il raggiungimento degli obiettivi di quest'ultima.

(50) Il principio di separatezza tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario - ognuno autonomo e competente nei propri ambiti di intervento, così come individuati dai Trattati istitutivi CEE/UE - è stato riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale a partire dalla sentenza 8 giugno 1984, n. 170 (*Granital*), con la conseguente prevalenza, nei settori ivi devoluti alla competenza sopranazionale, alle regole recate dagli atti comunitari (ove dotati di immediata efficacia diretta) rispetto alle disposizioni della legge nazionale confliggenti, le quali però non vengono abrogate, ma rimangono semplicemente "quiescenti" per tutto il periodo di vigenza della norma europea. Ancora di recente la tesi della separatezza sembra essere stata ripresa dalla Corte di Cassazione, con sent. 22 marzo 2012 n. 4538.

(51) Questione diversa è il fenomeno di "europeizzazione" delle politiche interne di sicurezza dei singoli Stati, dovuto all'interscambio di metodologie ed esperienze operative tra i competenti organismi tecnici dei singoli Stati (interscambio favorito dalle politiche dell'Unione, che a tal fine si avvale anche di organismi strumentali quali FRONTEX, EUROJUST, CEPOL ed EUROPOL), come pure all'opera di collaborazione e di limitato coordinamento intergovernativo in seno al Consiglio UE (per il tramite, soprattutto, di articolazioni strumentali come il COSI - cfr. *infra*). In argomento si vedano CHEVALIER-GOVERS, *L'eupéanisation de la politique de sécurité intérieure*, in OBERDORFF (a cura di), *L'eupéanisation des politiques publiques*, Grenoble 2008, pp. 85 ss., nonché RADAELLI, *Eupéanisation*, in AA.VV., *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris 2006, pp. 193 ss.. Tale nozione viene comunque spesso utilizzata in modo improprio, nell'ambito di contributi più vagamente politologici e/o sociologici.

In questi termini - pur nell'assoluta libertà di strutturarsi nel modo ritenuto più opportuno - dovrà ritenersi coerente e razionale l'adozione di un assetto organizzativo interno in grado di meglio rapportarsi (anche per omogeneità di metodo) con le politiche dell'Unione in tema di sicurezza e difesa (o, per meglio dire, di sicurezza "interna" ed "esterna").

Prima di affrontare tale questione è però doveroso sgomberare il campo da un'ultima problematica, relativa alla cd. "pluralità" delle Forze di polizia, tema sul quale si riscontrano sovente opinioni poco rigorose; in particolare, è diffusa l'idea secondo cui lo *standard* europeo ed internazionale sarebbe di uno - al massimo due Corpi a carattere generale o specializzato per Stato, laddove il sistema italiano rappresenterebbe un'anomalia (anche in termini di costi) avendone ben cinque, oltre alle varie polizie municipali.

Si tratta, in realtà, di affermazioni prive di pregio.

Al riguardo, occorre puntualizzare due cose: 1) da un lato, non ha alcun fondamento giuridico l'idea secondo cui l'Unione Europea (o altro organismo internazionale) potrebbe fissare "*standards*" operativi od ordinamentali circa l'organizzazione delle Forze di polizia nazionali (o, più in generale, in materia di pubblica sicurezza), ovvero che le Istituzioni dell'Unione (priva, come si è detto, di competenze in materia) possano anche solo "suggerire" accorpamenti o riduzioni di Corpi od organici, ovvero interloquire in materia di allocazione delle spese.

Storicamente, del resto, già il Trattato istitutivo della CED (*Comunità Europea di Difesa* - cfr. *retro*), fonte giuridica che più di ogni altra avrebbe potuto espropriare gli Stati membri della propria sovranità in materia di uso della forza (e proprio per questo mai entrata in vigore), era estremamente chiaro sul punto (52).

2) Dall'altro, se si intende già solo operare un raffronto ideale tra le diverse realtà del Continente, emerge con ogni evidenza che si è in presenza di un banale luogo comune, dovuto ad una scorretta informazione riconducibile, probabilmente, all'assenza di un criterio omogeneo di rilevazione (emblematica è una recente indagine di EUROPOL). Va infatti evidenziato che almeno due delle cinque Forze di polizia attribuite all'Italia - la Polizia Penitenziaria ed il Corpo Forestale - a livello internazionale non verrebbero ricondotte in tale ambito, e dunque escluse dal computo.

Sotto questo profilo l'Italia è dunque, in realtà, uno degli Stati più "virtuosi".

È appena il caso di ricordare, infatti, che proprio gli Stati europei tradizionalmente indicati come modelli di semplificazione (*in primis*, Gran Bretagna

(52) L'art. 11 del Trattato (avente ad oggetto la creazione di un Esercito comune europeo), precisava infatti che "*Des Forces de police et de gendarmerie, exclusivement préposées au maintien de l'ordre intérieur, peuvent être recrutées et entretenues au sein des États membres. Le caractère national de ces Forces n'est pas affecté par le présent Traité*". La norma ribadiva due concetti fondamentali: la natura di Forza di polizia a tutti gli effetti dei Corpi di gendarmeria e l'impossibilità per l'organizzazione sovranazionale di incidervi normativamente.

gna e Germania) hanno in realtà il più alto numero di Forze di polizia autonome, spesso non coordinate tra loro (53).

(53) Si pensi, *in primis*, al caso della Germania, generalmente accreditata - nelle convinzioni dei più - di un solo Corpo di polizia a competenza generale, ma nella realtà disponente di circa una trentina di essi, oltre alle Forze di polizia municipali: qui l'ordinamento costituzionale assegna non allo Stato federale, bensì ai singoli *Länder* (16 in tutto) le competenze generali in materia di polizia, sì che ogni *Land* dispone di almeno una Forza di polizia autonoma (*Landespolizei*) rispetto a quelle degli altri Stati federati ed a quelle federali, che a loro volta sono tre (l'originaria *Bundesgrenzschutz* [Polizia di frontiera - avente anche funzioni di Guardia costiera - sino al 1976 a statuto militare e recentemente confluita nella *Bundespolizei*], la *Bundeskriminalamt* [Polizia criminale federale - BKA] e la più piccola "Polizia del Parlamento" [*Polizei beim Deutschen Bundestag - Polizei DBT*], presente solo a Berlino, il cui fondamento giuridico riposa nientemeno che su una disposizione costituzionale, l'art. 40 par. 2 GG. Ad esse andrebbe però aggiunta anche la Polizia doganale [*Zollkriminalamt*], Corpo autonomo dipendente dal Ministero federale delle Finanze). Un'elencazione analitica delle Forze si trova sul portale istituzionale <http://www.polizei.de>.

Ciascun *Land* ha inoltre un proprio Codice normativo che individua l'organizzazione ed i compiti delle rispettive Forze di polizia generaliste (*Landespolizeigesetz* o *Sicherheits- und Ordnungsgesetz*): negli anni Sessanta venne avanzata la proposta di creare un singolo "Codice di polizia" uniformato per tutta la Federazione tedesca (*Allgemeines Polizeigesetz*), ma a tale progetto non fece poi seguito alcun intervento concreto. Va poi ricordato che generalmente ogni *Land* possiede altresì una propria Polizia criminale (*Landeskriminalamt - LKA*), con cui la BKA federale ha l'obbligo di cooperare; a ciò si aggiunga, infine, che pure le Unità speciali di polizia (*Sondereinsatzkommandos*) e le Unità mobili di controllo (*Mobile Einsatzkommandos*) sono organizzate e gestite in maniera autonoma e differente in ciascun Stato federato. Il tutto, come anticipato, senza tener conto delle varie polizie municipali (istituite nella RFT negli anni '70), poiché prive di competenze di P.S.

In Gran Bretagna l'organizzazione di polizia è ancor più complessa, comportando più di 50 diversi Corpi e differendo da Stato a Stato anche sotto il profilo della base legale (com'è noto, l'UK è un'unione di 4 Stati con propri Parlamenti: Inghilterra, Scozia, Galles ed Ulster): trovano infatti applicazione i *Police Act* del 1996 e 1997, il *Police (Scotland) Act* del 1967, il *Police and Magistrates Court Act* del 1994, il *Police Reform Act* del 2002, nonché i *Police Acts* (Northern Ireland) del 2000 e 2003. La situazione è ben compendiata dalla recente *Joint Doctrine Publication 02* (settembre 2007) del Ministero della Difesa britannico, il cui Cap. 9 (significativamente titolato "*Civilian Organisations*"), dal momento che il Regno Unito è con le regioni scandinave l'unica area d'Europa a non aver mai posseduto una Forza di gendarmeria) elenca, dal par. 904 in poi, le innumerevoli Forze di polizia autonome operanti su un territorio di circa 230.000 km²: cfr. <https://www.gov.uk/government/publications/operations-in-the-uk-the-defence-contribution-to-resilience>. In Inghilterra vi è generalmente un Corpo di *Police* per Contea (salva la *Metropolitan Police londinese*, a sé stante), in Scozia e Galles ve n'è uno per distretto (in tutto 12), in Ulster uno soltanto (la PSNI, statale). A quanto sopra vanno poi aggiunte la *Serious Organized Crime Agency* (Forza di polizia interstatale per la lotta al crimine organizzato, dipendente dal Ministero dell'Interno: in Scozia vi è invece l'autonomia e similare *Scottish Crime and Drug Enforcement Agency - SCDEA*), la *British Transport Police* (Polizia Ferroviaria interstatale, dipendente dall'autonoma *British Transport Police Authority*) e la *Civil Nuclear Constabulary*. Infine, all'elenco vanno aggiunte le *Provincial Police Forces* di Inghilterra e Galles (che si sommano alle 48 "statali" già presenti in tali regioni). Il tutto dovrebbe trovare un qualche coordinamento in seno al *Police National Information and Coordination Centre* (PNICC), a sua volta però duplicato, in Scozia, nel S-PICC (*Scottish Police Information and Coordination Centre*). Si collocano infine in posizione del tutto autonoma la *States of Jersey Police*, la *Guernsey Police Force* e la *Isle of Man Constabulary*.

Tanto per dare un'idea, a fronte di una realtà così parcellizzata il Governo britannico si è significativamente avvalso di corsi di formazione sul coordinamento tenuti proprio in Italia, presso il Dipartimento della P.S.

A confutare l'idea che l'Italia sia agli ultimi posti in Europa quanto a razionalità delle strutture operative di polizia, va ricordato che già solo in Spagna vi sono cinque Corpi (ai due nazionali vanno infatti aggiunte

Va inoltre precisato che dalla nozione di “Forze di polizia” vengono esclusi i Corpi di polizia municipale, in quanto destinatari, *ex lege*, solo di competenze di natura amministrativa (notifiche, rilevazioni, etc.) e pertanto non partecipi, in linea di principio, delle funzioni di P.S.

Ciò premesso, tornando ai settori-chiave della “sicurezza interna” ed “esterna”, l’orientamento più risalente continua a considerarli realtà separate ed autonome, oggetto pertanto di distinti approcci operativi e di metodo (54).

Storicamente, tale orientamento attinge al dogmatismo ottocentesco (55) secondo cui i militari andavano ristretti in Caserma per evitare che venissero a contatto con la popolazione civile, pena una pericolosa confusione dei ruoli; in termini operativi ne discende una rigida divisione per ambiti di competenza, intesa come *esclusiva*, tra i due settori della sicurezza e soprattutto tra gli attori che vi operano (le Forze di polizia ed il personale delle Forze armate *in primis*, ma a rigore pure gli operatori del soccorso pubblico, il personale di magistra-

almeno le tre Forze autonome di Euskadi, Catalunya e Navarra), tre in Portogallo, Lettonia, Francia (*Police*, *Gendarmerie* e Polizia Doganale), Bulgaria (Polizia civile, Gendarmeria e Polizia di frontiera), Finlandia, San Marino (*Gendarmeria*, *Corpo di Polizia Civile e Protezione Civile*, nonché *Nucleo Uniformato della Guardia di Rocca*), Olanda ed Estonia, sette in Lituania (inclusa la gendarmeria ed, eccezionalmente, la Polizia penitenziaria), due in Irlanda, Slovacchia, Austria e Rep. Ceca, quattro in Romania e Svezia (oltre alla Polizia nazionale, l’*Ekobrottsmyndigheten*, la *Kustbevakningen* e la *Tullverket*), etc. La Polonia, tradizionalmente accreditata di un’unica Forza centralizzata di polizia (la *Policja*), in realtà presenta una struttura più articolata delle Forze di pubblica sicurezza, come rilevato anche nei *report* di EUROPOL: i Corpi civili (escluse quindi la *Żandarmeria Wojskowa* e la *Straż Ochrony Kolei*) con attribuzioni di pubblica sicurezza sono infatti sette, tra i quali viene eccezionalmente inclusa la Polizia penitenziaria.

La Svizzera, infine, dispone di ben 26 polizie cantonali (strutturate secondo il modello delle gendarmerie, non subordinate alle Autorità federali ma facenti capo ai Dipartimenti di polizia dei rispettivi Cantoni), 76 Forze di polizia regionali (del pari autonome), un Corpo della Guardia di confine ed un’unità di Polizia federale: per un’introduzione, si veda il portale <http://polizei.ch/it>.

Salve le menzionate eccezioni, in nessuno di questi casi vengono computati gli organici dell’Amministrazione penitenziaria o quelli dei servizi amministrativi: applicando quindi all’Italia gli *standard* internazionali, delle cinque Forze di P.S. individuate dalla legge 121/81 rimarrebbero con sicurezza le due “storiche” a carattere generalista (più incerta la posizione della terza, stanti le prevalenti attribuzioni amministrative ed il marginale rilievo delle capacità di pubblica sicurezza), ovverosia i Carabinieri e la Polizia di Stato, e con esse la qualifica di Stato tra quelli con minor numero di Forze in campo. Un essenziale panorama descrittivo delle Forze di polizia negli Stati europei (con relative competenze) è reperibile sia sul portale istituzionale dell’OSCE (all’indirizzo <http://polis.osce.org/countries>, aggiornato al 2006), sia su quello di EUROPOL (<https://www.europol.europa.eu/content/page/member-states-131>).

(54) Secondo l’impostazione tradizionale, oggi superata dall’evoluzione normativa, le prime sarebbero riconducibili al cd. Diritto di polizia - TULPS ed altre leggi speciali - mentre le seconde atterrebbero alla Dottrina militare.

(55) In argomento si veda GOOCH, *Esercito, Stato e società in Italia 1870-1915*, Milano 1989. Spunti si rinvengono nella letteratura anglosassone (cui è tradizionalmente estranea l’idea di una Forza militare che eserciti funzioni dirette in seno alla società civile) e negli studi della cd. “Scuola di Copenhagen”: su quest’ultimo punto, cfr. MARCZUK, *The Third Option. Carabinieri / Gendarmerie like forces in selected Mediterranean Countries*, Warszawa 2007, pp. 64 ss. (che confuta l’approccio sociologico favorevole alla de-militarizzazione del comparto sicurezza, tra cui BUZAN, *Rethinking Security after the Cold War*, in *Cooperation and Conflict* vol. 32, n. 1/1997, pp. 5 ss.).

tura, etc.), impostazione che ancor oggi largamente informa il TULPS ed in certa misura la legge 121/81.

Una segmentazione che però appare sempre più obsoleta ed inconciliabile con il modello integrato cui si informa la normativa dell'Unione Europea in materia di sicurezza e cooperazione transfrontaliera. Nel settore della pubblica sicurezza, infatti, l'UE si è dotata da tempo di alcune fonti giuridiche di riferimento nelle quali sono state tracciate le principali linee-guida della materia: da ultimo, nella sessione del 25 e 26 febbraio 2010, il Consiglio (nella composizione "*Giustizia ed affari interni*", in materia di cooperazione transfrontaliera tra gli Stati membri), è stato adottato un atto formale (56) relativo a sicurezza ed ordine pubblico "interni" allo Spazio Comune europeo, dal titolo "*Strategia di sicurezza interna per l'Unione Europea. Verso un modello di sicurezza europea*".

Tale provvedimento è stato successivamente approvato dal Consiglio Europeo del 25 e 26 marzo 2010, in quanto Istituzione deputata a definire le linee-guida delle politiche europee (il cd. "*indirizzo politico*"): in esso viene definita la strategia in materia di sicurezza interna dell'Unione, che così completa il percorso iniziato il 12 dicembre 2003 con la pubblicazione delle linee-guida sulla sicurezza "esterna".

Dopo aver ribadito che tale strategia non è "*intesa di per sé a creare nuove competenze, bensì ad integrare le strategie e gli approcci concettuali esistenti e a riconoscere il quadro del programma di Stoccolma*" (57), nel cui ambito viene

(56) Doc. 5842/2/10 REV 2 JAI 90 del 23 febbraio 2010, pubblicato sul portale istituzionale <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsdata/librairie/PDF/QC3010313ITC.pdf>.

Per un'introduzione si veda WESSELS-BOPP, *The Institutional Architecture of CFSP after the Lisbon Treaty - Constitutional breakthrough or challenges ahead?*, Brussels (CEPS) 2008.

(57) Il vigente "Programma di Stoccolma" (pubblicato su GUCE n. C-115 del 4 maggio 2010, pp. 0001 - 0038) stabilisce un'agenda per l'Unione Europea in materia di giustizia, libertà e sicurezza per il periodo 2010-2014, delineando le priorità dell'Unione per la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui al recente Trattato di Lisbona. Quest'ultimo, come è noto, in materia di cooperazione transfrontaliera tra le Forze di polizia europee (odierno settore FSJ) ha rimosso il precedente "Terzo Pilastro" dell'UE (cd. GAI) ed esteso anche a tale settore, almeno in linea di principio, il "metodo comunitario", con la conseguenza che le Istituzioni europee potranno ivi adottare regolamenti e direttive. La procedura legislativa ordinaria è estesa a tutti gli aspetti non operativi della cooperazione di polizia (per la cooperazione operativa farà invece riferimento ad una procedura legislativa speciale che richiederà l'unanimità del Consiglio: in ciò il settore FSJ si differenzia dalla PESC, per la quale l'art. 24 TUE esclude comunque il ricorso alla procedura legislativa). Tuttavia il Trattato di Lisbona prevede anche la possibilità di istituire delle cooperazioni rafforzate (nel cui ambito, secondo alcuni, potrebbe comprendersi anche l'EUROGENDFOR - cfr. *infra* - riservata alle Forze di polizia ad ordinamento militare e sinora impiegata soprattutto per le missioni all'estero, sebbene il suo Statuto non preveda alcun limite al riguardo), qualora non si raggiunga l'unanimità del Consiglio. Il Trattato di Lisbona ipotizza inoltre un progressivo rafforzamento del ruolo di raccordo del cd. "*Ufficio Europeo di Polizia*" (EUROPOL), autorizzando Consiglio e Parlamento ad estenderne i settori di intervento (così come per EUROJUST), secondo la procedura legislativa ordinaria.

Attualmente EUROPOL persegue il fine di promuovere la cooperazione tra le Autorità di PG e PS degli Stati membri, tramite una serie di scambi formativi e l'implementazione di una "banca dati" condivisa delle Forze di polizia dei Paesi UE); il Trattato di Lisbona precisa, a tal riguardo, che gli eventuali nuovi compiti potranno includere il coordinamento, l'organizzazione e la realizzazione di interventi operativi,

definitivamente chiarita “*l’interdipendenza tra sicurezza interna ed esterna nel definire un approccio di “sicurezza globale” con i paesi terzi*”, il Consiglio ricorda (pag. 10) che “*Quello della sicurezza interna è un concetto che va inteso in senso ampio e articolato e che abbraccia molteplici settori per fronteggiare tali gravi minacce ed altre ancora che hanno un’incidenza diretta sulla vita, la sicurezza e il benessere dei cittadini, fra cui le catastrofi naturali e di origine umana quali incendi boschivi, terremoti, inondazioni e tempeste.*”

La cooperazione tra autorità di contrasto e autorità di frontiera, autorità giudiziarie e altri servizi dei settori, ad esempio, sanitario, sociale e della protezione civile riveste un’importanza essenziale. La strategia di sicurezza interna dell’Europa deve sfruttare le potenziali sinergie che esistono nel campo della cooperazione tra autorità di contrasto, della gestione integrata delle frontiere e dei sistemi di giustizia penale. Tali ambiti di attività nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia sono di fatto inscindibili: la strategia di sicurezza interna ne deve assicurare l’integrazione e il rafforzamento reciproci”.

Le linee-guida del 2010 enucleano il principio-chiave del vigente modello di pubblica sicurezza europea, imprescindibile nella ricerca di un “modello ottimale di sicurezza” per l’ipotesi di eventuali riforme nazionali: la “**sicurezza interna**” non solo è un **settore reticolare e multidisciplinare** (cioè coinvolgente, in diversi livelli e momenti, una pluralità di strutture ed operatori) ma non è **neppure scindibile dalle parallele politiche di sicurezza “esterna”** (tradizionalmente devolute all’attività delle sole Forze armate).

Ad avviso del Consiglio, infatti, “*la presente strategia ... definisce un modello di sicurezza europeo che annovera strumenti comuni e i seguenti impegni: ... rafforzare l’interdipendenza tra sicurezza interna ed esterna*”.

Il principio-cardine dell’interdisciplinarietà delle politiche di sicurezza viene riaffermato al par. IX delle linee-guida per il periodo 2010-2014 (58), dove si legge (al par. “*Dimensione esterna della sicurezza interna/cooperazione con paesi terzi*”) che “**Non può esistere un concetto di sicurezza interna senza una dimensione esterna, poiché sempre più la sicurezza interna dipende in ampia misura dalla sicurezza esterna. La cooperazione internazionale, sia bilaterale che multilaterale, da parte dell’UE degli Stati membri è essenziale al fine di garantire la sicurezza, proteggere i diritti dei nostri cittadini e promuovere la sicurezza e il rispetto dei diritti all’estero. Le politiche dell’UE per quanto riguarda i paesi terzi devono tener conto della sicurezza quale fattore chiave e sviluppare meccanismi di coordinamento tra la politica di sicurezza e altre po-**

ai quali però il personale dell’Agenzia UE non potrà mai prendere parte, stante l’esclusiva competenza delle Forze nazionali in tale materia. Il *Programma di Stoccolma* viene attuato mediante un “piano d’azione” oggetto di preventiva concertazione tra le parti e disposto dalla Commissione Europea [attualmente la COM(2010) 171 def., non pubblicato in GUCE ma scaricabile *online* dal portale istituzionale <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010DC0171:IT:NOT>].

(58) Pubblicate su <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/10/st07/st07120.it10.pdf>.

litiche correlate, quali la politica estera, nel cui ambito è sempre più necessario tener conto dell'aspetto "sicurezza" in un approccio integrato e proattivo".

Ed ancora: *"È pertanto necessario rafforzare ulteriormente la cooperazione con il settore della politica comune europea in materia di sicurezza e di difesa, in particolare tra le agenzie dell'UE e le rispettive missioni. È altresì molto importante intensificare la partecipazione delle agenzie preposte all'applicazione della legge e degli organismi che operano nel settore della libertà, della sicurezza e della giustizia in tutte le fasi delle missioni incaricate della gestione civile delle crisi, di modo che possano svolgere un ruolo nella risoluzione dei conflitti cooperando con tutti gli altri servizi operanti sul terreno (servizi militari, diplomatici, di emergenza, etc.). ... In questo contesto, la strategia di sicurezza interna costituisce un complemento indispensabile della strategia di sicurezza dell'UE sviluppata nel 2003 nell'ambito della politica di sicurezza e difesa dell'UE nel far fronte a rischi e minacce globali e impegnarsi a favore dello sviluppo sociale, politico ed economico della società globalizzata quale modo più efficace per ottenere una sicurezza effettiva e duratura".* Cooperazione, dunque molteplicità di attori e competenze, secondo il classico approccio "reticolare" e "sussidiario" tipico delle politiche dell'Unione (59).

In quest'ottica, agli Stati membri viene affidato il compito di *"adoperarsi costantemente per sviluppare strumenti affinché le frontiere nazionali, le diverse legislazioni, le lingue e i modus operandi differenti non siano d'ostacolo ai progressi nella prevenzione della criminalità transfrontaliera"*, laddove *"Il Trattato di Lisbona ha istituito il comitato permanente per la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna (COSI) al fine di assicurare un coordinamento e una cooperazione efficaci tra le autorità di contrasto e di gestione delle frontiere, compreso il controllo e la protezione delle frontiere esterne, e se opportuno una cooperazione giudiziaria in materia penale che riguarda la cooperazione operativa"*.

L'intervento del legislatore comunitario, quindi, ha carattere sussidiario, giustificandosi solo laddove, per ampiezza e specificità transnazionali del fenomeno criminoso, non sia più solo in gioco la sicurezza interna dello Stato (materia nella quale non è consentita alcuna ingerenza sovranazionale), ma vengano direttamente messi a rischio gli stessi interessi dell'Unione.

A conferma di ciò viene ribadito che lo spazio di intervento dell'UE è circoscritto al settore della cooperazione tra gli organi nazionali e quelli europei (o di altri Stati - pag. 22), che però prende corpo solo in presenza di illeciti transnazionali: esclusivamente a fronte di tali presupposti, dun-

(59) Sull'approccio integrato e complementare alle politiche di sicurezza UE all'indomani del Consiglio di Feira (1999), cfr. PASTORE, *Reconciling the Prince's Two 'Arms': Internal-External Policy Coordination*, Paris UEO 2001.

que, *“La Corte di Giustizia europea diventa pienamente competente (60) in tale ambito (eccettuato per quanto riguarda l’ordine pubblico interno e le responsabilità in materia di sicurezza degli Stati membri)”*.

Nei settori dell’ordine pubblico e della sicurezza interni agli Stati la Corte di Giustizia - così come gli altri Organi dell’UE - non ha invece alcun potere di intervento, poiché estranei alla sua sfera di attribuzioni.

La **netta divisione in materia di competenze e ruoli tra le Istituzioni dell’UE e gli Stati**, altro non è che la trasposizione del principio espresso all’art. 4, comma secondo del TUE (testo avente uno specifico valore “costituzionale”), a mente del quale: *“L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell’integrità territoriale, di mantenimento dell’ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro”*.

La necessità di implementare tra loro, strutturalmente, le politiche di sicurezza interna ed esterna (fermo restando il principio secondo cui *“... la salvaguardia della legge, dell’ordine pubblico e della sicurezza interna, ambito in cui rientrano l’organizzazione e la gestione della polizia, sono esclusivamente di competenza degli Stati membri”* (61)) era già stata espressa, seppur con minor incisività, nelle linee-guida UE in materia di “sicurezza esterna” del 12 dicembre 2003.

Tale documento (titolato *“Un’Europa sicura in un mondo migliore - Strategia europea in materia di sicurezza”*) dava infatti particolare rilievo (62) agli interventi militari all’estero, pur non escludendo l’opportunità di azioni strutturate su più livelli.

(60) La tesi di una sopravvenuta competenza generale della Corte di Giustizia (a voler intendere in tal senso l’espressione “pienamente” utilizzata dal Consiglio), oltre che nel settore FSJ (pur con temperamenti), anche in materia di PESC non è invece corretta, poiché contraddirebbe l’esplicita esclusione di cui agli artt. 24 TUE e 274 TFUE (cfr. *retro*).

(61) Come ricordato già nel 2003 dalla Commissione Europea in una risposta (pubblicata su GUCE C51 E/114 del 26 febbraio 2004) all’interrogazione scritta P-1603-03.

(62) Non si tratta, in ogni caso, di un testo di Dottrina militare: l’invio di contingenti all’estero, infatti, è considerato uno strumento con il quale contrastare all’origine una serie di gravi minacce esterne che si potrebbero ripercuotere sulla sicurezza interna dell’Unione. Del resto era già noto il principio (approfondito nelle linee-guida del 2010) per cui *“Contrariamente alla minaccia visibile e imponente della guerra fredda, nessuna delle nuove minacce è di natura puramente militare, né alcuna di esse può essere affrontata con mezzi solamente militari. Ciascuna di esse richiede invece una combinazione di strumenti. (...) Per la lotta al terrorismo può essere necessario combinare intelligence, mezzi di polizia, giudiziari, militari e di altro genere. (...) L’uso sistematico di strumenti comuni e condivisi ridurrebbe le duplicazioni, le spese generali e, a medio termine, aumenterebbe le capacità. In quasi tutti i principali interventi, l’efficienza militare è stata seguita dal caos civile. Abbiamo bisogno di una maggiore capacità di utilizzare le risorse civili nelle situazioni di crisi e post-crisi”*.

Il modello formalizzato nel 2010 non smentisce né supera le precedenti linee strategiche del 2003, ma ne completa la portata, formalizzando un quadro di sempre più marcata cooperazione (e talvolta cogestione) tra le diverse capacità operative del settore “sicurezza”, ponendo in particolare evidenza la stretta complementarità tra quelle (difensive e non solo) cui ordinariamente attendono le Forze armate *stricto sensu* intese e quelle di polizia “civile”, delle quali viene soprattutto valorizzata la funzionalità al quotidiano mantenimento della pace sociale.

Contraddicendo il risalente orientamento dottrinale che descrive il confronto tra Forze armate e Forze di polizia in termini di separatezza, se non di vera e propria rivalità e/o inconciliabilità, il modello funzionale europeo evidenzia come si tratti, in realtà, di due aspetti della stessa realtà (63).

Ciò che conta, per il legislatore UE, non è infatti l’assetto organizzativo della singola Forza, ma ciò che essa è realmente in grado di fare e soprattutto - come vedremo - la sua capacità di adattarsi ai diversi contesti di intervento (civile, militare, di emergenza, etc.) senza apprezzabile soluzione di continuità. In questi termini, l’Unione opta dichiaratamente per un approccio funzionale che privilegia le capacità integrate e multipolari, in luogo di (più o meno) inefficaci segmentazioni di settore.

Non vi è dunque, nel sistema giuridico dell’Unione Europea, alcun ostacolo a che le funzioni di pubblica sicurezza (o, più in generale, di polizia “civile”) vengano esercitate da una Forza militare, come del resto emerge dalle fonti legislative UE aventi indirettamente (64) ad oggetto proprio l’assetto organizzativo di tali realtà istituzionali.

In tali circostanze, infatti, la normativa dell’UE non contrappone le Forze armate a quelle di polizia, ma distingue fra tradizionali *funzioni* delle FF.AA. e *funzioni* di polizia, etc.

Esempio può trarsi dalla Direttiva 2000/78/CE del Consiglio (in data 27 novembre 2000 (65)), avente ad oggetto la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, il cui 18° *Considerando*, nell’individuare i destinatari di una particolare deroga normativa, non fa riferimento ad un’ipotetica categoria omogenea “Forze di polizia” contrapposta alle Forze armate in precedenza menzionate, ma più correttamente parla di “*servizi di polizia*”: que-

(63) Per uno studio complessivo della materia, non si possono non richiamare GRECO-PIROZZI-SILVESTRI (a cura di), *L’Unione Europea e la gestione delle crisi. Istituzioni e capacità*, IAI Roma 2010.

(64) Il riferimento è solo indiretto poiché, come già detto, l’UE non ha titolo ad interloquire sull’organizzazione delle Forze armate o di polizia dei singoli Stati membri, riservata alla competenza domestica.

(65) In GUCE L-303 del 2 dicembre 2000, pp. 16 ss. La norma così recita: “*La presente direttiva non può avere l’effetto di costringere le Forze armate nonché i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possedano i requisiti necessari per svolgere l’insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare ...*”. La precisazione è ripetuta all’art. 15 della Direttiva. Nella versione francese analogamente si legge “*les Forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours*”, così come in quella inglese: “*the armed Forces and the police, prison or emergency services*”.

sti ultimi, dunque, a differenza di una Forza armata (individuabile per caratteristiche *oggettive* ed intrinseche quali la sua peculiare struttura organizzativa e disciplinare, etc.) si caratterizzano esclusivamente per le *funzioni* esercitate e non anche per un particolare assetto organizzativo interno ovvero in ragione dello *status* giuridico (civile o militare, o altro) del relativo personale.

Premesso quanto sopra, se tale è l'obiettivo (ed il metodo) cui progressivamente tende l'intero sistema della pubblica sicurezza dell'Unione, viene da chiedersi quale potrebbe essere l'assetto organizzativo ottimale di una Forza di polizia nazionale (ovvero, di un sistema interno di P.S.) ai fini di un miglior dialogo con gli organi sovranazionali preposti all'attuazione di tali politiche. Trattasi, peraltro, di una valutazione ideale, dal momento che, come in precedenza già detto, l'UE non ha alcuna diretta competenza in materia.

Occorre ricordare, al riguardo, che l'ordinamento dell'Unione trae in gran parte spunto dalle soluzioni istituzionali adottate nei vari Stati membri, o gruppi di essi, ove ritenute più funzionali di altre al perseguimento di determinati obiettivi.

Sotto questo punto di vista, non è casuale che la maggior parte dei Paesi UE membri del "gruppo G6" (da non confondersi con l'omologo "*club*" delle sei economie più sviluppate del pianeta, oggi peraltro superato dai *summit* "G8" e "G20" (66)) adottò il modello del cd. "doppio binario" nella gestione della pubblica sicurezza, mettendo in campo sia Corpi di polizia "tradizionali", sia articolate Forze di gendarmeria.

Queste ultime sono presenti da lungo tempo anche in altri Stati dell'Unione (ad es. Paesi Bassi e Portogallo (67)), ed è significativo che tale modello si sia notevolmente sviluppato negli ultimi venti anni, di pari passo con la transizione dei Paesi dell'ex blocco sovietico verso regimi politici demo-

(66) Del gruppo del G6 europeo, ricomprendente gli Stati dell'Unione più popolati (e dunque con maggior numero di voti a disposizione in Parlamento e Consiglio), fanno parte, nell'ordine, Germania, Francia, Gran Bretagna, Italia, Spagna e Polonia: di questi, solo Germania e Gran Bretagna sono sprovvisti di Forze di gendarmeria. Va comunque precisato che la gendarmeria polacca, pur dopo l'ingresso della Polonia in EUROGENDFOR come *Partner* nel 2007, opera quale Corpo (strumentale) dell'Esercito, non essendole state ancora attribuite generali competenze di polizia civile. Per essa, infatti, continua ad applicarsi l'art. 18/a del Testo Unico del 6 aprile 1990 (cd. "*Police Act*", il cui testo consolidato è reperibile su http://www.policja.pl/ftp/pliki/police_act.pdf), in base al quale la polizia militare può essere utilizzata a supporto di quella civile nei casi in cui la stessa non sia in grado di far fronte a gravi problemi di ordine pubblico (regola che peraltro è venuta attenuandosi nella prassi, stante il sempre più frequente uso di pattuglie della gendarmeria a presidio della sicurezza nei maggiori centri urbani del Paese). Anche nel sistema polacco trova poi conferma il (corretto) carattere funzionale delle attribuzioni di pubblica sicurezza, com'è vero che, ai sensi del secondo comma della norma da ultimo citata, allorché i gendarmi vengano a svolgere le suddette incombenze (su autorizzazione del Primo ministro) automaticamente acquisiscono, senza eccezioni di sorta, tutti i poteri e le capacità della tradizionale polizia civile, *in primis* nei confronti dei privati cittadini.

(67) Non vengono invece generalmente incluse nell'elenco le 26 gendarmerie cantonali svizzere (per la Gendarmeria ticinese, cfr. <http://www4.ti.ch/?id=3958>), che pur avendo un'organizzazione (territoriale e funzionale) analoga a quella delle gendarmerie classiche, hanno uno statuto civile.

cratici (68); sono inoltre presenti negli Stati rivieraschi del Vicino oriente (69), nella maggior parte delle ex-Colonie francesi dell’Africa, in Sudamerica (Argentina, Brasile e Cile), nell’Asia meridionale (ad esempio in India e Pakistan) e dal 2008 nel *sub*-continente cinese (70).

In Messico, infine, all’esito di un processo iniziato nell’ottobre 2008, è stata pianificata la costituzione della *Gendarmería Nacional* (cfr. il par. 3.2 [Compromiso 76] del *Pacto por México* del 2012 (71)), significativamente quale “*cuerpo de control territorial que permita el ejercicio de la soberanía del Estado mexicano en todos los rincones del país, sin importar su lejanía, aislamiento o condición de vulnerabilidad*” che dovrebbe sostituire, in quanto polizia di prossimità, almeno in parte l’attuale polizia federale, a statuto civile.

Pur trattandosi, a tutti gli effetti, di strutture di polizia a prevalente vocazione “civile” (72) svolgenti un ruolo di polizia di prossimità a diretto contatto con le popolazioni locali, sono generalmente in grado - per formazione e natura - di sostituirsi anche alle *ordinarie* Forze armate nello svolgimento di un’azione militare (di *intelligence*, diretta o di supporto), in patria come all’estero, o comunque di affiancarle in condizioni di fungibilità.

Il che intuitivamente meglio risponde (rispetto, ad esempio, a Corpi operativi in settori più circoscritti (73)) alle esigenze di flessibilità, multidisciplinarietà, economicità ed efficienza che informano le politiche di settore dell’Unione Europea, preoccupate di meglio reagire alla gravità delle incalzanti sfide globali e, da ultimo, alle prolungate e strutturali crisi finanziarie.

(68) Si ricordano (oltre alla *Żandarmeria Wojskowa* polacca, già menzionata), la *Viesojo Saugumo Tarnyba* lituana, la *Zhandarmeriya* bulgara, la *Jandarmeria Română* (romena), la *Žandarmerija* serba e la *Vnutrenniye Voiska* russa. A questi Corpi si affiancano alcune realtà meno conosciute, quali la *Trupa Carabinerilor-Jandarmeria* della Moldavia o la *Vnutrisni Viys'ka Ukrayiny* dell’Ucraina, nonché l’*Otryad Militarii Osobogo Naznacheniya* bielorusso. L’istituzione di un’ulteriore struttura di tal genere sarebbe allo studio in Ungheria, dove del resto già esisteva - dal 1881 al 1945 - la *Magyar Királyi Cséndőrség* (parte della dottrina ha però prospettato la riconducibilità alle Forze di gendarmeria della *Rendészeti Biztonsági Szolgálat*, autonoma unità operante alle dipendenze del Ministero della Giustizia).

(69) Ad esempio la *Jandarma* turca, associata nel 2008 al Progetto europeo “*Phare*” (volto, tra l’altro, alla formazione ed all’implementazione del rispetto dei diritti umani nell’attività di polizia, in tal caso gestito da un consorzio tra Istituzioni governative e l’Arma dei Carabinieri, unitamente alla *Guardia Civil* spagnola), nonché la maggior parte degli Stati della sponda mediterranea (Israele, Siria, Libia, Libano, Egitto, Algeria, Tunisia e Marocco).

(70) La *Forza di Polizia Armata del Popolo Cinese* (中国人民武装警察部队 - *Zhōngguó rénmin wǔ-zhuāng jīngchá bùduì*), abbreviata in CAFP o PAP, è un Corpo di polizia ad ordinamento militare che dipende congiuntamente, quanto ad attribuzione delle funzioni, dal Consiglio di Stato e, quanto ad organici e dotazioni, dalla Commissione Militare Centrale. Svolge rilevanti funzioni-chiave di polizia politica, giudiziaria, amministrativa e di frontiera, oltre a gestire l’ordine e la sicurezza pubblici interni. Si veda anche <http://eng.mod.gov.cn/ArmedForces/armed.htm>.

(71) Pubblicato su <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/814586.texto-integro-del-pacto-por-mexico.html>. Il nuovo Corpo, dotato di un organico iniziale di almeno 5.000 elementi mutuati dall’Esercito e dalla Marina, dovrebbe essere operativo a partire dal 2014-2015.

(72) In effetti le funzioni di polizia militare, ove attribuite, assorbono una minima parte dell’attività d’istituto.

A ciò aggiungasi che, negli Stati che ne dispongono, generalmente tali Forze controllano la maggior parte del territorio nazionale, con correlati risultati operativi (74).

In ragione della loro strutturale duplicità di ruoli, si prestano ad operare sia sotto la direzione di Autorità militari che di Autorità civili, sempre seguendo la medesima linea di comando: per l'effetto, nell'ottica delle linee di indirizzo UE rappresentano una realtà che più di altre è in grado di operare da subito in ogni possibile contesto (militare o civile, di *peacekeeping* come di polizia giudiziaria), senza implicare avvicendamenti di Comandi o Reparti, né costi aggiuntivi di implementazione operativa. Là dove sono necessari due o più operatori di settore, qui normalmente ne basta uno (75).

L'inscindibile complementarità tra le strategie di sicurezza "interna" ed "esterna" è una delle cause che hanno portato alla decisione di superare il sistema

(73) Storicamente, del resto, i principali Corpi di polizia ad ordinamento civile vennero istituiti come unità specifiche per i maggiori conglomerati urbani, le cui particolarità ambientali - soprattutto a seguito dei rivolgimenti sociali causati dalla rivoluzione industriale, col progressivo spopolamento delle campagne ed il correlato formarsi di vaste aree di degrado urbano - richiedevano un nuovo tipo di approccio operativo, incentrato in particolare modo sulla gestione dell'ordine pubblico. In argomento, cfr. TAYLOR, *The new police in nineteenth century England: crime, conflict and control*, Manchester 1997; REYNOLDS, *Before the Bobbies: The night Watch and Police reform in Metropolitan London, 1720-1830*, Oxford 1998; RAEFF, *The well-ordered police state. Social and institutional change through law in Germany and Russia. 1600-1800*, London 1983; PIAENZA, *Polizia e città. Strategie d'ordine, conflitti e rivolte a Parigi tra Sei e Settecento*, Bologna, 1990; NAPOLI, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris 2003; AA.VV., *Amministrazione della giustizia e poteri di polizia dagli stati preunitari alla caduta della Destra*, Atti del LII Congresso di Storia del Risorgimento italiano (Pescara 7-10 novembre 1984), Roma 1986, pp. 215-266; MORI, *La polizia fra opinione e amministrazione nel Regno Lombardo-Veneto*, in «Società e Storia» n. 105, 2004, pp. 559-601. Espressione di ciò, nell'ordinamento italiano, fu ad esempio l'art. 4 del R.D. 31 agosto 1907, n. 690 (erede dell'art. 1, comma secondo, della legge 11 luglio 1852, n. 1404, che aveva limitato la presenza dell'allora *Corpo delle Guardie di pubblica sicurezza* - subentrato al Corpo dei Carabinieri veterani - alle sole città metropolitane di Torino e Genova: testo su http://www.edizionieuropree.it/data/html/23/zn46_09_001.html).

(74) A titolo d'esempio, per rimanere al caso dei "Paesi G6", in Francia la *Gendarmerie Nationale* controlla circa il 90% del territorio metropolitano, pur essendo assente dai centri urbani con più di 20.000 abitanti, con un'attività di segnalazione e repressione pari - nel 2008 - all'incirca al 42% (la maggioranza relativa) del totale nazionale (dati evincibili da <http://www.senat.fr/rap/r07-271/r07-27115.html>); in Italia l'Arma dei Carabinieri è invece presente su tutto il territorio nazionale (ed in via esclusiva nel 75% circa di esso), con un'attività di segnalazione pari, in media (da ultimo, nel quadriennio 2008-2011), al 71%-72% del totale nazionale (comunque maggioritario anche nella più gran parte dei capoluoghi metropolitani, dove la sua presenza è peraltro ridotta alla proporzione di 1:3 rispetto alle altre Forze dell'ordine) ed un autonomo apporto operativo pari ad oltre il 54% (dati pubblicati, da ultimo, negli Allegati alla "Relazione al Parlamento sull'attività delle forze di polizia, sullo stato dell'ordine e della sicurezza pubblica e sulla criminalità organizzata" del Ministero dell'Interno, per l'anno 2011). Le rilevazioni statistiche sono acquisibili anche presso il Dipartimento della P.S. - Banca Dati delle Forze di polizia.

(75) Sul tema, in assenza di un compiuto studio monografico, si rinvia a HOVENS-VAN ELK, *Gendarmerie and the Security Challenges of the 21st Century*, FIEP 2011, opera che, talvolta con taglio più sociologico che giuridico, affronta con ampio respiro le principali questioni su cui si confrontano assertori e critici degli equilibri "binari" delle politiche di sicurezza. Inoltre MATELY, *Une police judiciaire ... militaire? La gendarmerie en question*, Paris 2006.

“a Pilastri” nato dal Trattato di Maastricht, che di fatto si era risolto nella creazione di tre macro-aree tra loro non comunicanti, seppur strettamente interdipendenti: ciò valeva, in particolare, per il secondo ed il terzo “Pilastro”, concernenti la “*Politica estera e di sicurezza comune*” (comprendente la PESD, oggi PSDC), e la “*Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*” (allora GAI, oggi conglobata nella nuova FSJ), nei quali vi era una competizione particolarmente serrata tra gli operatori civili della pubblica sicurezza, dovuta principalmente all’eccessiva frammentazione delle competenze, a tutto discapito degli sforzi verso un modello integrato di “sicurezza partecipata e di prossimità” (cfr. *infra* (76)).

Un tale stato di cose portava infatti, nel sistema *ante*-Lisbona, ad escludere di volta in volta determinati operatori qualificati (dalle Forze armate alle più articolate istanze territoriali, anche di governo (77)), dando vita ad irrazionali sovrapposizioni di competenze e, quindi, a nuove potenziali situazioni di conflitto.

Ciò è particolarmente evidente nell’evoluzione delle strutture amministrative di cui l’Unione Europea si avvale per dare corso alle proprie politiche di sicurezza, in particolare quelle coinvolgenti le Forze di polizia (cd. “*Capacità civili dell’UE*”): punto di partenza può essere il provvedimento del Consiglio UE recante la “*European Security and Defence Policy: The Civilian Aspects of Crisis Management*” (78), pubblicato alcuni anni dopo l’adozione del primo *Civilian Headline Goal* (su cui cfr. *infra* (79)).

Da esso emerge che le linee-guida sugli interventi di polizia “civile” dell’UE al fuori dei confini degli Stati membri sono state ampiamente mutate

(76) Il Piano d’Azione per l’Attuazione del Programma di Stoccolma della Commissione Europea [COM(2010) 171-final – su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0171:FIN:EN:PDF>], espressamente riconosce, al p.to 5, la necessità di un approccio olistico: “... *An Internal Security Strategy, based upon the full respect of fundamental rights and on solidarity between Member States, will be implemented with care and firm resolve to face the growing cross-border challenges. It implies a coordinated approach to police cooperation, border management, criminal justice cooperation and civil protection. We need to address all the common security threats from terrorism and organised crime, to safety concerns related to man-made and natural disasters*”. Occorre invero ricordare che il “sistema sicurezza” di uno Stato (così come di un territorio comune) non è comprensivo delle sole attribuzioni di P.S. - chiaramente specialistiche - ma pure delle funzioni di protezione civile, polizia giudiziaria, prevenzione sociale, etc.

(77) In netto contrasto con quanto invece teorizzato in ambito UE già nel Consiglio di Feira del 1999: sull’argomento si vedano gli studi di BIGO, *When Two Became One. Internal and External Securitizations in Europe*, in KELSTRUP-MORTEN-WILLIAMS (eds.), *International Relations Theory and the Politics of European Integration*, London 2000, pp. 171-198, nonché LUTTERBECK, *Blurring the Dividing Line. The Convergence of Internal and External Security in Western Europe*, in *European Security 2005* (vol. 14, II), pp. 231-253.

(78) Disponibile sul portale <http://www.consilium.europa.eu/eeas/security-defence/civilian-crisis-management?lang=en> [doc. civ/03, Brussels, August 2009, p. 2]. In materia si veda anche “*Civilian CSDP Missions: the 2010 report on lessons and best practices*”, nella medesima pagina web.

(79) Approvato dal Consiglio Europeo il 17 dicembre 2004: in esso vengono per la prima volta formalizzati obiettivi e procedure di intervento dell’UE negli scenari esteri di crisi, diversi da quelli prettamente bellici. Il testo ufficiale (non pubblicato in GUCE) può essere consultato *online* all’indirizzo <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/04/st15/st15863.en04.pdf>.

- spesso senza un preciso quadro organico di riferimento - dalla prassi internazionale vigente per il settore militare (80).

Gli obiettivi strategici di sicurezza “esterna” dell’Unione, infatti, si sono inizialmente attestati nel solco della tradizione giuridica internazionale di *peacekeeping*, con l’invio nei teatri di crisi di contingenti militari e di missioni “miste” di polizia (cd. CIVPOL (81)): la maggior parte delle missioni civili in ambito PESD (ora PSDC), in particolare, mirava al rafforzamento delle strutture tipiche di uno Stato di diritto, con particolare attenzione alla riforma delle Forze di polizia. Per l’effetto, la maggioranza del personale impiegato proveniva dalle Forze dell’ordine degli Stati membri (82), oltre che dalla Magistratura (soprattutto ordinaria) e dai Corpi di polizia penitenziaria (che nella prassi internazionale generalmente non vengono ricompresi nella prima categoria (83)). Al pari delle missioni ONU, però, anche quelle di EUCIVPOL (variante nominale della CIVPOL) dovettero fare i conti con la carenza di uomini e mezzi messi a disposizione dagli Stati membri, il che impedì, tra l’altro, di realizzare le annunciate “*Squadre di Reazione Civile*” (*Civilian Response Teams / CRT* (84) che avrebbero dovuto caratterizzare in senso innovativo gli interventi dell’Unione a tutela della propria sicurezza “esterna”.

(80) Per un’interpretazione di maggior autonomia, tuttavia, cfr. LINDBORG, *European Approaches to Civilian Crisis Management*, BASIC Special Report, London 2002, p. 4.

(81) CALL-BARNETT (in *Looking for a Few Good Cops: Peacekeeping, Peacebuilding and CIVPOL*, Abingdon 2007, p. 53) evidenzia le principali differenze dei contingenti di gendarmeria rispetto alle tradizionali componenti di CIVPOL, poiché “*differ from ‘civilian police’ (although they can be commanded by a civilian) in that they are trained not only in policing but also in military tactics and can deploy as units rather than individually*”. Gli stessi Autori, preso atto della complementare multidisciplinarietà (civile/militare) che caratterizza l’azione dei Corpi di gendarmeria, ritengono però non opportuno il loro utilizzo ad integrale sostituzione delle tradizionali Forze armate, soprattutto nella prima fase dell’intervento “*No matter how robust, an international gendarmerie monitoring and quick-reaction force should never wholly substitute for military capabilities where security threats remain*”.

(82) Nel richiamato documento civ/03 del 2009, l’UE espressamente “*punta ad essere in grado di portare a compimento qualsiasi operazione di polizia, dai compiti di consulenza, assistenza ed addestramento alla sostituzione delle Forze di polizia locali*”. Peraltro “*gli sforzi esperiti su scala internazionale al fine di rafforzare e, qualora necessario, ristabilire Forze di polizia locali credibili può avere successo solo in presenza di un sistema giudiziario e penitenziario adeguatamente funzionante e che sostenga le Forze di polizia*”, coerentemente con le strategie inclusive e multipolari di sicurezza dell’Unione.

(83) Coerente con la generale esclusione della custodia carceraria dalle funzioni di polizia è pure l’art. 11 della citata Raccomandazione COE 10/2001/REC.

(84) Richiamate anche nella Risoluzione del Parlamento Europeo dell’11 maggio 2011 (cfr. *infra*), unitamente alle successive CPCC, come in precedenza era avvenuto nell’analogo provvedimento del 2008 [documento 2008/2003(INI) – P6_TA(2008)0255]. Secondo gli auspici, le CRT dovrebbero essere un dispositivo multi-funzionale di reazione rapida per la gestione di crisi di dimensioni non predefinite, composto da esperti degli Stati membri. Tra i loro compiti vi è lo svolgimento di missioni di valutazione ed accertamento in situazioni di crisi o di crisi imminente, con garanzia di una rapida dislocazione sul campo, a livello operativo, a seguito dell’adozione di un’*Azione Comune*. In caso di necessità ed urgenza dovrebbero altresì essere rafforzati i meccanismi UE già esistenti per la gestione delle crisi a livello nazionale e regionale (mediazione dei conflitti, misure miranti a rafforzare la fiducia, operazioni di monitoraggio, etc.).

Nel 2007 venne adottato lo “*Civilian Headline Goal*” per il 2010 (cfr. *infra*), che introduceva - in seno al Segretariato del Consiglio - una “*Unità operativa di Capacità Civile di Pianificazione e Condotta*” (*Civilian Planning and Conduct Capability* - CPCS (85)); presso il Consiglio UE, inoltre, venivano istituite due strutture a livello politico, il CPS (*Comitato Politico e di Sicurezza*) ed il CIVCOM (*Comitato per gli Aspetti Civili della Gestione delle Crisi*), cui si affiancavano (successivamente alla riunione del Consiglio Europeo di Helsinki del 1999) ulteriori organismi permanenti, politici e civili che avrebbero dovuto svolgere un ruolo strumentale nell’organizzazione ed avvio delle missioni PESD. Tra questi (nel Segretariato del Consiglio) la *Direzione Generale per le Relazioni Economiche Esterne e per gli Affari Politico Militari* (Dg E IX) e le sue *sub-articolazioni*, *in primis l’Unità di polizia*.

Dal momento, però, che la costituzione di quest’ultima risultò oltremodo problematica - contrariamente a quanto invece avvenuto per la formazione dello *staff* militare presso il Consiglio - nel 2008 si decise di attivare perlomeno la CPCS, così da disporre comunque di un organo di pianificazione comune delle operazioni di polizia all’estero, che rispondesse al CIVCOM.

Ad oggi, i risultati sono stati discontinui, come evidenziato anche dalle citate *Risoluzioni* del Parlamento Europeo sull’attuazione delle strategie europee di sicurezza (86).

A fronte di tali problemi, una parte degli Stati membri decise di dar vita - al di fuori delle rigide procedure comunitarie - all’EUROGENDFOR, una struttura operativa organizzata sul modello dei Corpi di gendarmeria nazionali e quindi composta esclusivamente da Forze a competenza multidisciplinare, caratterizzate da uniformità operativo/formativa e da una linea di comando unitaria di carattere militare.

Del resto, uno dei maggiori problemi riscontrati dal Consiglio - a fronte della relativa omogeneità operativa delle strutture militari - fu la mancanza di strumenti e modelli comuni sulla cui base elaborare degli *standards* informativi, di addestramento ed operativi anche per le Forze civili di polizia.

Per far fronte a tale frammentazione, il Trattato di Lisbona ha previsto che le strutture esistenti al momento della sua entrata in vigore vengano in futuro fatte confluire in un “*Servizio Europeo per l’Azione Esterna - SEAE*” (87), che

(85) Sul punto, cfr. (critici) MENON e SEDELMEIER, *Instruments and Intentionality: Civilian Crisis Management and Enlargement Conditionality in EU Security Policy*, in *West European Politics*, 33, n. 1, 2010, pp. 83-84.

(86) HYNEK, *Consolidating the EU’s Crisis Management Structures: Civil-Military Coordination and the Future of the EU OHQ*, Brussels, 2010, p. 9 (richiamato in AA.VV., *L’Unione Europea e la gestione delle crisi. Istituzioni e capacità*, cit., pp. 30ss.). Sulla centralità democratica dei sistemi integrati civili/militari di polizia, cfr. altresì N’KOY, *Gendarmerie et reconstruction d’un état de droit au Congo-Kinshasa*, Paris 2007, nonché AA.VV., *La réforme des systèmes de sécurité et de justice en Afrique francophone*, Paris 2010.

dovrebbe razionalizzare i meccanismi di comando e di controllo; parallelamente - come vedremo - ha posto l'accento sulla necessità di un'opera più incisiva delle Agenzie europee di formazione (*in primis* EUROPOL e CEPOL).

Nel sistema *ante*-Lisbona la rigida divisione dell'azione comunitaria secondo "Pilastrì" di materie aveva col tempo generato - nel settore sicurezza - una struttura istituzionale sempre più complessa e frammentata, specchio delle divisioni esistenti tra i vari livelli di intervento, da cui erano scaturite vere e proprie contrapposizioni tra i diversi operatori civili, come si vide nella gestione delle missioni condotte nei Balcani occidentali.

In queste condizioni era velleitario pensare a politiche di sicurezza "integrate" tra il tradizionale settore militare (abbastanza coeso al suo interno, ma assai specialistico) e quello "civile" (di polizia e giurisdizionale), per contro estremamente disaggregato. Si impose quindi la necessità non solo di superare il sistema "a Pilastrì", ma pure di razionalizzare gli strumenti operativi (88) e di consulenza a disposizione del Consiglio.

Tale ristrutturazione procede di pari passo con l'evoluzione della dottrina sulla sicurezza dell'Unione, che ha portato a sviluppare due nuovi concetti generali, sui cui fondamenti giuridici si tornerà più oltre: la "Cooperazione Civile-Militare" (*Civil-Military Cooperation - CIMC*) ed il "Coordinamento Civile-Militare" (*Civil-Military Coordination - CMCO*).

La prima ha come principale obiettivo la protezione delle Forze armate (e non dei civili) che si trovino in missione all'estero da aggressioni di natura criminale ed atti terroristici, il secondo invece - tuttora in fase di consolidamento - "affronta la necessità di un efficace coordinamento delle azioni di tutti i principali attori dell'UE impegnati nella pianificazione e nella successiva attuazione delle risposte dell'UE alle crisi" (89). Mira, in estrema sintesi, a sviluppare una cultura del **coordinamento paritetico** tra gli operatori della sicurezza, senza però ricorrere a procedure dettagliate (90) e burocratiche che ancor più appesantirebbero il quadro normativo d'insieme.

Nel dare corpo alle linee d'indirizzo del 2003, il Consiglio Europeo pub-

(87) L'organizzazione ed il funzionamento del nuovo Servizio sono disciplinati dalla Decisione del Consiglio 2010/427/UE, pubblicata *online* con gli allegati ed i documenti presupposti all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32010D0427:IT:NOT>.

(88) Secondo parte della dottrina (ad es. HYNEK, *op. ult. cit.*), rientrerebbe in questo processo di razionalizzazione anche la scelta, *medio tempore*, di attribuire ad una medesima figura il ruolo di rappresentante di vertice tanto della CEE che dell'UE, all'epoca soggetti giuridici diversi e talvolta in conflitto (la CEE è poi venuta meno a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona). A titolo d'esempio viene citata la nomina di Erwan Fouéré sia quale Capo della Delegazione CEE a Skopje, sia quale Rappresentante speciale dell'UE nel medesimo contesto, nonché quella di Koen Vervaeke nella doppia veste di Rappresentante Speciale UE presso l'Unione Africana e di Capo della delegazione CEE ad Addis Abeba.

(89) *Civil-Military Coordination (CMCO)*, Doc. 14457/03, Bruxelles 7 novembre 2003, p. 2, su <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/03/st14/st14457.en03.pdf>.

(90) Cfr. Par. II p.to 4: "At the top of the list of fundamentals lies the need for a culture of co-ordination, rather than seeking to put too much emphasis on detailed structures or procedures".

blicava infine, nel 2008, un “*Rapporto sull’applicazione della Strategia europea di sicurezza*” (91) nel quale poneva l’accento sui principi di “coerenza” e di “coordinamento” - considerati sfide fondamentali per la sicurezza dell’UE - enfatizzando la necessità di una vera e propria “**sinergia civile-militare**” (92) con cui massimizzare “*l’efficacia sul campo così come al livello di pianificazione*”.

Nelle conclusioni del Consiglio Europeo, ciò sarebbe dovuto avvenire anche nei singoli Stati membri (“*Dobbiamo migliorare il modo di combinare la dimensione interna con quella esterna. Sono necessari un miglior coordinamento, trasparenza e flessibilità delle diverse agenzie, a livello nazionale ed europeo*”).

Similmente, la “*Dichiarazione sul rafforzamento delle capacità civili e militari*” del 2008 includeva le cd. missioni “ibride” (miste civili/militari) tra le operazioni previste nell’ambito della PESD.

Da ultima, la *Risoluzione* del Parlamento Europeo dell’11 maggio 2011 sullo sviluppo della politica di sicurezza e di difesa comune a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona [doc. P7_TA(2011)0228] evidenzia alcuni punti di interesse: “*42. incoraggia una stretta cooperazione tra l’Agenzia [l’AED, Agenzia Europea di Difesa - ndr] e la Commissione in vista del rafforzamento di capacità a duplice uso, al fine di trovare l’approccio più ampio alla ricerca nel campo della sicurezza e di una gestione sinergica delle risorse civili/militari, in particolare attraverso il tema ‘sicurezza’ del programma quadro di ricerca e sviluppo tecnologico; apprezza a tal fine la prospettiva dell’8° programma quadro che sarà volto anche alla sicurezza esterna ed esorta la Commissione a riconoscere la realtà della natura civile-militare della gestione delle crisi ...*”.

Più in generale la suddetta *Risoluzione*, come si legge anche nel parere della minoranza parlamentare, si concentra sulla confluenza di risorse e capacità civili e militari, e ribadisce sia la **classificazione delle missioni di polizia/gendarmeria come missioni civili**, sia l’**inserimento dell’attività di polizia nelle missioni delle Forze armate** (sul modello EUFOR Althea - cfr. *infra*).

Elemento-chiave nelle politiche di sicurezza UE è dunque la nozione (mai formalizzata in un documento ufficiale) di “*gestione civile delle crisi*”, sviluppata in ambito PESC (e successivamente adottata nella PESD) quale tratto distintivo del modello europeo (93). Si tratta - coerentemente con lo *standard* internazionale OSCE ed ONU - di un modello *funzionale*, nel quale il termine “civile” sta ad indicare delle specifiche funzioni distinte e/o complementari a

(91) Consultabile su <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/08/st17/st17104.it08.pdf>.

(92) Tale sinergia (ivi richiamata) veniva preconizzata in un separato documento del Consiglio, dal titolo “*Promuovere sinergie in materia di rafforzamento delle capacità rispettivamente civili e militari dell’UE*”, Doc. 15475/09 - PESC 1480, Bruxelles 9 novembre 2009, p. 2 (pubblicato sul portale *online* <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st15/st15475.en09.pdf>). Sinergia che richiama, nei suoi moduli esplicativi, il modello ordinamentale ed operativo delle gendarmerie, specifiche attrici della polizia di prossimità.

(93) Cfr. DWAN, *Civilian Tasks and Capabilities in EU Operations*, London 2004.

quelle tradizionali delle Forze armate e non anche lo *status* organizzativo ed ordinamentale dei soggetti che le esercitano.

La natura “inclusiva” ed integrata delle politiche europee di sicurezza viene formalizzata nel 2000, nell’Allegato III alle *Conclusioni* del Consiglio Europeo di Feira, dove si invoca il rafforzamento delle capacità “civili” dell’UE per affrontare, sotto diversi profili, le complesse crisi politiche estere, **“assicurando complementarità tra gli aspetti militari e civili della gestione delle crisi che comprendano l’intero spettro delle missioni di Petersberg”** (94).

Tali obiettivi prendono forma nella Strategia europea di sicurezza 2003, che riconosce alle “capacità civili” (nel senso sovra ricordato) la natura di strumento essenziale nella prevenzione di un’ampia serie di minacce per la sicurezza dell’Unione. A Feira, in particolare, gli Stati membri individuano quattro priorità di intervento nell’ambito PESD, ovverosia polizia, Stato di diritto, amministrazione civile e tutela della popolazione.

L’approccio “europeo” alle politiche di sicurezza (sia interna che esterna) ha natura rigorosamente *integrata*: non si parla mai (95) di gestione puramente civile (o puramente militare) delle crisi, ma sempre e soltanto di *sinergia* tra i diversi livelli e settori di intervento, che necessariamente presentano dei momenti di contatto rispetto ai quali occorre sviluppare forme efficaci di collaborazione.

In questi termini, per “*gestione civile delle crisi*” non si intende un ipotetico monopolio - nelle operazioni in corso - degli apparati non militari, bensì la scelta di incidere innanzitutto sulla formazione degli apparati istituzionali aventi diretta incidenza sulla “società civile” (*in primis* magistratura, Forze di polizia ed organi amministrativi dello Stato), onde promuovere da subito

(94) Ai sensi dell’art. 43 TUE “*Le missioni di cui all’articolo 42, paragrafo 1, nelle quali l’Unione può ricorrere a mezzi civili e militari, comprendono le azioni congiunte in materia di disarmo, le missioni umanitarie e di soccorso, le missioni di consulenza e assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti e di mantenimento della pace e le missioni di unità di combattimento per la gestione delle crisi, comprese le missioni tese al ristabilimento della pace e le operazioni di stabilizzazione al termine dei conflitti. Tutte queste missioni possono contribuire alla lotta contro il terrorismo, anche tramite il sostegno a paesi terzi per combattere il terrorismo sul loro territorio*”.

(95) A riscontro di ciò, si veda anche la Risoluzione del Parlamento UE sulla strategia europea di sicurezza 2005 [doc. 2004/2167(INI) - P6_TA(2005)0133], che al p.to 14 sottolinea la peculiarità ed il plusvalore della PESD, “*résident dans la conjonction des composantes civile set militaires ... l’Union sera à l’avenir de plus en plus confrontée au défi de trouver un bon et juste équilibre entre les éléments militaires et civils pour appliquer les objectifs et l’esprit de la stratégie européenne de sécurité*”; inoltre, al p.to 19, richiama il precedente Rapporto “*A Human Security Doctrine for Europe*” in merito alla pianificazione delle future missioni miste civili/militari UE.

Last, but not least, la **complementarità civile-militare** (e quindi lo specifico plusvalore strumentale delle cd. Forze “ibride”, in grado più di ogni altra di assicurarne la piena realizzazione) viene assunta a **principio-chiave** dell’ordinamento comunitario con l’espresa menzione nel decimo Protocollo al Trattato di Lisbona (pubblicato in GUCE C-115 del 9 maggio 2008, il cui valore giuridico, come è noto, è equivalente a quello della fonte cui accede), laddove “*Recalling that the common security and defence policy is an integral part of the common foreign and security policy; that it provides the Union with operational capacity drawing on civil and military assets ...*”.

l'integrazione delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, nel presupposto che quest'ultimo comprende sicuramente - ma non solo - lo strumento militare, richiedendo, per sopravvivere - una sinergia organica di molteplici capacità operative.

La necessità di una progressiva integrazione tra le capacità civili e militari degli operatori deputati alla sicurezza interna viene infine ribadita, quale tratto caratteristico del sistema, nella *"Stockholm Programme mid-term review"* (doc. n. 15921 del Consiglio UE, in data 13 novembre 2012 (96)).

Parte della dottrina (97) legge nelle modalità di dispiegamento della missione militare *EUFOR-Althea* in Bosnia-Erzegovina del 2004 un primo tentativo del Consiglio UE di dare concreta applicazione al metodo "integrato": inizialmente, infatti, mandati coincidenti si tradussero in due missioni UE, l'EUPM (operazione di polizia, cui hanno partecipato singolarmente vari Corpi di gendarmeria, anche assumendone il comando) e l'EUFOR (operazione militare, alla cui Unità Integrata di Polizia - IPU ha partecipato anche, dal 2007, l'EUROGENDFOR - cfr. *infra*), entrambe impegnate nella lotta al crimine organizzato, nel controllo delle attività criminali e nell'applicazione della legge. Occorre però precisare che tale divisione non rispecchiava alcuna linea di demarcazione (in ambito strategico UE) tra Forze di polizia e Forze militari.

Due anni dopo, nel 2006, in occasione della revisione del mandato EUPM, le due missioni parallele - di polizia e militare - si accordarono per elaborare una serie di linee-guida operative (cd. *"Common Operational Guidelines for EUPM-EUFOR Support to the Fight against Organised Crime"*, poi approvate dal Consiglio (98)), con cui regolare le proprie relazioni con le Forze dell'ordine locali.

In base a tali accordi il coinvolgimento di EUFOR nel controllo delle attività criminali venne limitato all'eventuale supporto operativo alle Autorità locali, previa valutazione - da parte della missione EUPM - della sua legittimità e necessità: tale soluzione, ad avviso degli addetti ai lavori, avrebbe consentito di superare eventuali sovrapposizioni, preservando al contempo natura e caratteristiche dei soggetti coinvolti, per massimizzare le rispettive professionalità.

Il processo di "complementarizzazione" dei settori PESC/PSDC e FSJ (ex

(96) Pubblicato sul sito non istituzionale <http://www.statewatch.org/news/2012/nov/eu-council-stockholm-mid-review-15921-12.pdf>. In particolare, *"In that context but also more generally, more training and more multi-disciplinary cooperation should remain a priority, despite budgetary constraints. There is still a deplorable lack of knowledge at the operational level of what is available in the EU law enforcement toolbox"*.

(97) PENSKA, *Security Governance, Complex Peace Support Operations and the Blurring of Civil-Military Tasks*, in AA.VV., *Rethinking Security Governance: The Problem of Unintended Consequences*, New York 2010, pp. 46 ss..

(98) Consultabili in <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st10/st10769-re01.en06.pdf>. Il documento, del 2006, è stato declassificato nel 2010.

GAI) è in via di consolidamento amministrativo sulla base di una “tabella di marcia” (il Documento ARES [2011] 118322 (99)) elaborata in seno al CMPD (la Direzione “*Gestione e Pianificazione delle Crisi*” del Consiglio (100)) dopo che il 13 maggio 2011 il “Comitato Politico per la Sicurezza” (PSC) aveva preso atto del documento di lavoro congiunto sul “*Rafforzamento dei legami tra gli Attori CSDP (PESD) e FSJ - Proposte per il percorso futuro*” (101).

A tale presa d’atto è seguito il parere favorevole del CIVCOM (23 maggio 2011), che ha riconosciuto la possibilità di raggiungere dei risultati concreti nel breve periodo, sia sull’implementazione di strutture di *Intelligence* europea, sia in relazione alla possibilità di dotare l’UE di adeguate risorse umane e strutture formative con cui perseguire le proprie politiche di sicurezza.

Nella “tabella di marcia”, in particolare, è sempre prevista una rappresentanza bilanciata di esperti dei settori PESD, *in primis* militari, e FSJ (Forze di polizia, organici della magistratura ed altri apparati amministrativi) “*al fine di riflettere la natura interdisciplinare trasversale e globale di tale attività*”. In quest’ottica, nella “*Relazione sull’attuazione della strategia europea in materia di sicurezza*” dell’11 dicembre 2008 (doc. S407/08 (102)), il Consiglio già esortava l’Unione e gli Stati membri, per quanto di competenza, a dispiegare “*Forze di polizia, giuristi e soldati nelle zone instabili del mondo*”.

Per quel che riguarda l’oggetto di questo lavoro, le linee d’azione di maggior rilievo tra quelle indicate nella “tabella di marcia” sembrano essere, nell’**Area 1** (“**Consapevolezza globale della situazione e assistenza in materia di intelligence all’UE**”), la n. 1 (“*Istituire un’attività di polizia orientata all’intelligence per le missioni civili condotte nell’ambito della PESD, tenendo conto inter alia dell’esperienza di Europol in qualità di Agenzia di law enforcement orientata all’intelligence in ambito UE*”); nonché, nell’**Area 2** (“**Scambio di informazioni e mutua assistenza**”), la n. 2 (“*Definire la partecipazione allo sviluppo degli attori dell’area di LSG (in particolare le Agenzie UE come Europol, Frontex ed Eurojust nelle missioni PESD. Sottoazione: concepire ed elaborare norme e metodologie chiare di cooperazione fra le missioni PESD ed i servizi di law enforcement degli Stati membri dell’UE ...*”), la n. 3 (“*Elaborare proposte per lo sviluppo della cooperazione fra le strutture EEAS e l’Icpo-Interpol in un più ampio contesto di cooperazione fra la PESD e l’area di LSG ... Sottoazione: definire un accordo quadro fra l’UE [HR/VP] e l’Icpo-Interpol per le missioni e le operazioni PESD*”), la n. 4 (“*Analizzare ed individuare ambiti di cooperazione globale [scambio di informazioni e assistenza*

(99) Reperibile sul sito (non istituzionale) <http://www.statewatch.org/news/2012/jan/eu-council-psc-csdp-fsj-15562-11.pdf>.

(100) In inglese “*Crisis Management and Planning Directorate*”: per un’introduzione si veda <http://www.consilium.europa.eu/eeas/security-defence/csdp-structures-and-instruments/cmpd>.

(101) Doc. ARES (2011) 549943 del 6 maggio 2011.

(102) Scaricabile da <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/newsWord/it/reports/104641.doc>.

reciproca] al fine di rafforzare i legami tra le attività PESD a livello strategico e operativo e le agenzie UE [Europol, Eurojust, Frontex] incluso il potenziamento della cooperazione e dello scambio di informazioni nella fase iniziale della pianificazione PESD”), la n. 5 (“Migliorare la cooperazione fra le missioni PESD ed Europol ... individuare gli ostacoli alla cooperazione fra le missioni di polizia PESD ed Europol ... valutare possibili settori di cooperazione”).

Nell’**Area 4 (“Miglioramento della cooperazione in materia di pianificazione delle azioni esterne UE”)**, la linea d’azione n. 1 (“Sviluppare proposte per il miglioramento del processo di pianificazione delle missioni civili CSDP, per l’individuazione delle interconnessioni e per il sostegno delle attività di CSDP e FSJ, ponendo l’attenzione anche sulle questioni in materia di sicurezza interna [ad es. lotta contro il terrorismo, tratta di esseri umani, ecc.]”).

Infine, nell’**Area 5 (“Capacità: risorse umane e formazione”)** le linee d’azione n. 6 e 7 (“... Migliorare le disposizioni concernenti le missioni CSDP civili con risorse umane qualificate provenienti dal settore FSJ [comprese le Agenzie UE] ... favorire il rafforzamento temporaneo delle missioni CSDP con expertise specifico di squadre FSJ e/o attori FSJ individuali degli Stati membri ... proposte di nuovi metodi per il coordinamento di programmi di formazione tra Cepol, ESDC, ENTRI, Europol, Eurojust e Frontex ... proposte per la partecipazione incrociata degli attori CSDP e FSJ nei loro rispettivi eventi di formazione”).

La “tabella di marcia” muove dall’esigenza di superare la sostanziale assenza di dialogo tra gli attori istituzionali del settore PESC/PSDC (nel testo del documento si usa ancora l’acronimo PESD) e del FSJ, data dalla resistenza delle componenti “civili” ad aprirsi ad una collaborazione paritaria con quelle militari (problema avvertito anche in sede di missioni ONU), come pure da carenze formative dei contingenti di polizia nazionali, generalmente non preparati a svolgere attività operativa in contesti atipici caratterizzati - se non da un vero e proprio stato di guerra - perlomeno dalla dissoluzione dello Stato di diritto. Scenari, questi ultimi, che - analogamente al consolidamento delle strutture democratiche civili - rientrano nell’ambito elettivo della PESC, le cui metodologie operative sono risultate essere, all’atto pratico, poco integrabili con gli *standard* procedurali delle Forze di polizia tradizionali (con la sola eccezione, riscontrata dalla dottrina, delle cd. Forze “ibride” (103).

Sul versante militare, per contro, si è tentato - soprattutto a livello nazionale (104) - di incorporare, all’interno della linea di comando, delle unità *esterne* dotate di specifiche professionalità *civili* in grado di interloquire con

(103) In argomento cfr. CHEVREL-MASSERET, *La gendarmerie, acteur paradoxal de la «sécurité intérieure-extérieure»*, in *Revue Internationale et Stratégique* 3/2005, pp. 57 ss..

(104) Nel caso italiano (ma analoghi strumenti sono utilizzati anche all’estero) si è ricorsi alla “Riserva Selezionata” di cui all’art. 674 D.lgs 15 marzo 2010, n. 66.

attori non militari, in scenari spesso ostili; correlativamente, come già anticipato, alcuni Stati hanno invece optato per generalizzare il modello “ibrido” delle Forze di gendarmeria, istituendo nel 2004 l’EUROGENDFOR (altresì detta “*Forza di Gendarmeria Europea*”, espressamente qualificata, all’art. 3 lett. “a” del Trattato di Velsen, come “*Forza di polizia multinazionale a statuto militare*” (105)) quale strumento abilitato ad intervenire sia nello spazio comune europeo, sia sul piano internazionale.

E) IL TEMA DELLA PUBBLICA SICUREZZA TRA FONTI INTERNAZIONALI E COMUNITARIE. IL “MODELLO EUROGENDFOR”.

La riconducibilità di EUROGENDFOR anche al settore della pubblica sicurezza dell’Unione Europea emerge in modo inequivoco dal *Preambolo* del Trattato istitutivo, laddove - richiamati i fondamenti giuridici della PESC/PESD - si individua lo scopo dell’accordo nel “*contribuire allo sviluppo dell’Identità Europea di Sicurezza e Difesa e rafforzare la Politica Europea di Sicurezza e di Difesa comune*”.

EUROGENDFOR non è però un organismo dell’UE, bensì una struttura ausiliaria, concepita da singoli Stati membri nell’ambito di una “cooperazione rafforzata” (106) in ambito PESC/PSCD e, come tale, sottratta al processo di (parziale) comunitarizzazione che dopo il Trattato di Lisbona (2009) ha interessato anche il “Secondo Pilastro” dell’Unione, nel cui ambito avrebbe dovuto originariamente inserirsi.

Le ragioni di ciò sono frutto delle contingenze del momento.

L’intento iniziale di collocare tale strumento in seno all’UE, facendolo diventare una delle capacità della PESC utilizzabile indifferentemente dalla componente militare come da quella civile, dovette fare i conti con la circostanza che, all’epoca, solo cinque Stati membri disponevano di Forze di gendarmeria in grado di assolvere l’intero spettro delle missioni (civili e militari) di polizia. Il progetto avrebbe quindi escluso tutti gli altri *partners*, col rischio di creare un diffuso sentimento di sfavore, soprattutto da parte di quei Governi (Gran Bretagna, Germania ed alcuni Stati scandinavi (107)) che

(105) Forza “multinazionale” e non “sovranzionale” (con le note differenze giuridiche che ne derivano), come invece erroneamente riportato da alcuni commentatori.

(106) Nel Rapporto della *Commissione Affari Esteri, Difesa e Forze Armate* del Senato francese [docc. 669 (2009-2010) e 99 (2011-2012)] sulla ratifica del Trattato di Velsen, si precisa che «*Cette Force n’est pas un organisme de l’Union Européenne, mais une coopération intergouvernementale, une sortie de “coopération renforcée”*». In argomento cfr. anche DIAZ ALCANTUD, *EGF, Una nueva herramienta para las operaciones de gestion de crisis, Cuadernos de la Guardia Civil XXXVII/2008*, pp. 67 ss.

(107) Sui rilievi posti da tali Paesi all’eventuale sottoposizione delle Forze di polizia IPU/EU-CIVPOL ad un comando militare, cfr. POINCIGNON, *European Union Civilian Policing. Foreign Policy Action or Internal Security Tool?*, *The Quarterly Journal* 2/2003, pp. 116 ss.. La questione è poi stata risolta in senso affermativo, seppur in via eventuale, dal *Comprehensive concept for Police Substitution Missions* del 2002 (doc. 8655/1/02 REV 1, rivisto nel 2003 e declassificato nel 2010, pubblicato su <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/02/st08/st08655-re05.en02.pdf>).

non solo non disponevano di gendarmerie, ma concepivano gli strumenti di polizia esclusivamente in chiave civile (108).

(108) Le Forze di gendarmeria generalmente non sono presenti negli ordinamenti anglosassoni (con la parziale eccezione del Canada) e scandinavi, il che non consente di comparare *de plano* - in un ideale rapporto costi/benefici - i vari sistemi operativi attualmente in essere nell'area UE. Nel Canada è presente la *Royal Canadian Mounted Police* (in francese *Gendarmerie Royale du Canada*), un organismo di polizia altamente specializzato (attualmente di circa 20.000 unità, più 9.000 ausiliari civili) sorto nel 1872 quale Corpo militare di polizia a cavallo, deputato a presidiare le praterie nell'ovest del Paese a ridosso degli Stati Uniti e ad amministrare la giustizia, relativamente ai reati minori. Tale *status* è stato successivamente abbandonato, pur mantenendo invariata la struttura organizzativa e disciplinare (a carattere militare: cfr. <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/R-10.pdf>), nonché la caratteristica natura di Forza di polizia al contempo federale, provinciale - con l'eccezione di Québec ed Ontario - e municipale.

Alcuni Autori riconducono alle Forze di gendarmeria anche la *United States Coast Guard* (Guardia Costiera), la quinta - e più piccola (circa 42.000 unità) - Forza armata degli USA (dipendente, in tempo di pace, non dal Dipartimento della Difesa, bensì dal *Department of Homeland Security*), i cui compiti attingono la tutela dei cittadini, dell'ambiente, degli interessi economici e di sicurezza degli Stati Uniti in ogni regione marittima dove possano essere a rischio, comprese le acque internazionali, le coste, i porti e le vie d'acqua interne. Non a caso, del resto, a questa Forza non si applica il *Posse comitatus act* del 18 giugno 1878 (doc. 18 USC 1385), che fa divieto alle polizie militari federali USA - ma non anche, per contro, alle eventuali polizie civili a *status* militare - di esercitare poteri riservati alle polizie ordinarie dei singoli Stati federati ed agli ufficiali civili locali di polizia. Un discorso a parte vale anche per l'*Alaska State Defense Force* ("Forza per la Difesa dello Stato dell'Alaska") la cui sezione di polizia agisce come polizia dello Stato.

In Germania la *Landjäger* territoriale perse di fatto ogni rilevanza con la riconduzione, nel 1936, delle Forze di polizia in seno alle strutture civili del partito al potere, tramite la creazione di una struttura comune (l'*Ordnungspolizei*). Ciò per effetto dei Tgb n. O/S n. 1/36 v. e Tgb n. O/S n. 2/36 v. del 26 giugno 1936, che posero la Forza civile di polizia (*Schutzpolizei*) e la gendarmeria sotto il diretto comando del *Reichsführer SS* (l'*Allgemeine-SS*, va ricordato, era un'organizzazione civile, seppur strutturata in forme paramilitari). Nel 1938 vi si aggiunse la Polizia antincendio (*Feuerschutzpolizei*) e nel 1942 le Forze di protezione civile. In argomento cfr. SCHWEGEL, *Der Polizeibegriff im NS-Staat: Polizeirecht, Juristische Publizistik und Judikative 1931-1944*, Tübingen 2005. Alla fine della guerra non venne più ripristinata, in ragione dell'intervenuta *summa divisio* istituzionale che riservava allo Stato centrale l'ordinamento delle Forze armate, devolvendo di converso ai *Länder* (sprovvisti di attribuzioni nel settore militare) le più rilevanti competenze di polizia. Va però ricordato che sino all'entrata in vigore della riforma della *Bundesgrenzschutzgesetz*, disposta con legge federale del 19 ottobre 1994 (in BGB 1, I, 2978-2979), i membri della *Bundesgrenzschutz* (Polizia di frontiera), dalla quale derivò, nel 2005, l'odierna *Bundespolizei*, avevano lo *status* di combattenti militari.

Negli Stati dell'Europa continentale, invece, lo sviluppo, a decorrere dal XVIII secolo, delle moderne gendarmerie rappresentò - per la loro capillare presenza sul territorio quali rappresentanti dello Stato a tutela della sicurezza pubblica - un elemento decisivo nel mutamento dei tradizionali rapporti tra il potere centrale e le periferie, sino a quel momento connotato da radicale separatezza. Una caratteristica che trova rinnovata eco nelle politiche di sicurezza "di prossimità" recentemente entrate nel lessico corrente, ma fin dall'origine peculiarità dei Corpi in questione.

In argomento si vedano BONATESTA (a cura di), *Gendarmerie e polizie dei maggiori Paesi europei*, Roma 1972; DIEU, *La Gendarmerie, secrets d'un corps*, Paris 2002, pp. 195ss.; LUC, *Gendarmerie, État et Société au XIX siècle*, Paris 2002 e BROUILLET, *De la Maréchaussée à la Gendarmerie*, cit. Per il Regno di Sardegna, cfr. il *Preambolo delle Regie Patenti* del 13 luglio 1814. Sempre in argomento, SIMON, *Cambiamenti nella concezione della sicurezza e origine della polizia moderna nel XVIII secolo*, in AA.VV. (a cura di ANTONIELLI), *La polizia in Italia e in Europa: punto sugli studi e prospettive di ricerca*, Soveria Mannelli 2006, pp. 65 ss. nonché LORGNIER, *La Marechaussée, une institution de police et de justice en Flandres 1679-1790*, Lille 1980.

D'altra parte, i complessi meccanismi decisionali della PESC, fondati sulla regola dell'unanimità, non assicuravano una rapida definizione del progetto, per cui si decise, alla fine, di seguire il modello già utilizzato per creare la cd. "*Forza Operativa Europea di Reazione Rapida*" (EUROFOR), sottoscrivendo una dichiarazione d'intenti politica che consentisse l'immediata realizzazione della struttura comune, da recepire successivamente in un apposito Trattato aperto all'adesione di terzi. EUROGENDFOR nasce quindi da un ordinario accordo *internazionale* multilaterale (109) che ricalca, quanto a stato del personale ed immunità, le tradizionali previsioni dei precedenti Trattati in materia di difesa e di pubblica sicurezza (si vedano, a titolo d'esempio, gli artt. 7 ed 8 dello *Status of Force Agreement NATO* (110)). Circostanza che smentisce la tesi di chi legge negli articoli 21-23, nonché 28 e 29 del Trattato di Velsen una deroga ai principi dello Stato di diritto, se non addirittura lo spunto per giustificare un futuro scioglimento dei vari Corpi di gendarmeria in Europa (111).

Del resto, l'entrata in vigore del Trattato non ha comportato alcuna diretta modifica degli ordinamenti degli Stati membri, come invece è avvenuto, ad

(109) Sebbene si menzioni normalmente il solo Trattato finale istitutivo, la genesi di EURONGENDFOR è più risalente: il primo progetto di costituzione data infatti all'ottobre 2003, in occasione di una riunione informale a Roma dei Ministri della Difesa dell'Unione Europea, nel corso della presidenza italiana, col decisivo contributo della delegazione francese. La cd. "Gendarmeria Europea", strutturata sul modello dell'Arma dei Carabinieri e delle sue MSU, nacque l'anno successivo da un accordo informale (dichiarazione d'intenti) sottoscritto a Noordwijk il 17 settembre 2004 tra Italia, Francia, Spagna, Paesi Bassi e Portogallo, che stabilirono la sede del Quartier generale in Vicenza (operativa dal 23 gennaio 2006); solo in seguito, il 18 ottobre 2007, venne sottoscritto tra gli stessi Stati fondatori il Trattato di Velsen, composto di 42 articoli, che disciplina compiti e potestà dell'EUROGENDFOR. Sull'argomento, cfr. MONGRENIER, *Les enjeux géopolitiques du projet français de défense européenne*, Paris 2006, nonché TAYLOR OF BOLTON-COSIDO GUTIERREZ, *Le rôle de la Force de gendarmerie européenne*, Bruxelles 2006 (rapporto presentato per conto della Commissione Difesa UE, in occasione della 52ª Sessione dell'Assemblea Interparlamentare Europea di Sicurezza e Difesa) e STER, *La Force de gendarmerie européenne*, in *Rev. Gendarmerie Nationale* n. 215, 2005, pp. 5 ss. Per un'introduzione divulgativa, si veda la pubblicazione istituzionale su <http://www.eurogendfor.org/eurogendfor-library/download-area/eurogendfor-book/eurogendfor-book>.

(110) Contenuto nella Convenzione di Londra del 19 giugno 1951, è reperibile *online* all'indirizzo http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_17265.htm.

(111) Tale tesi trova smentita proprio nel Trattato di Velsen, che impegna gli Stati aderenti a fornire (e dunque a disporre di) una Forza militare che ordinariamente svolga tutte le tipiche attività di polizia "civile"; per contro i Paesi che siano solamente "*dotati di una Forza che abbia statuto militare ed alcune competenze di polizia*" (ad es. la Germania o l'Austria con i *Feldjäger*, ovvero la polizia militare della Repubblica Ceca, etc.), non potrebbero partecipare a pieno titolo al Trattato, ma (al più) "*richiedere lo status di Partner*". Ne discende - per rimanere al caso italiano - che un ipotetico scioglimento dell'Arma dei Carabinieri, ovvero la sua smilitarizzazione o anche solo il venir meno delle sue competenze generali di polizia civile potrebbero a rigore prestarsi anche ad una censura di costituzionalità (per violazione dell'art. 117 comma primo Cost.) stante l'assunzione, da parte dell'Italia, di precisi impegni internazionali conseguenti alla ratifica - in qualità di *membro effettivo* - del Trattato di Velsen (con legge 14 maggio 2010, n. 84: principio consolidato all'art. 155, secondo alinea del D.lgs 15 marzo 2010, n. 66, a seguito della modifica impressa dall'art. 1, comma 1, lett. "z" del D.lgs. 24 febbraio 2012, n. 20).

esempio, con il Trattato Nord-Atlantico (112), del quale, peraltro, non è mai stata revocata in dubbio la compatibilità costituzionale.

EUROGENDFOR non è una sorta di polizia sovranazionale avente titolo ad interferire negli ordinari compiti di P.S. degli Stati membri, ma solamente una Forza di reazione rapida che si raccoglie, all'occorrenza, intorno ad un Quartier generale (l'unica struttura permanente di tale organismo, composta da una trentina di ufficiali), da impiegare - previa formale richiesta di chi intenda avvalersene e previo consenso degli Stati aderenti alla Forza - nelle aree di crisi, a copertura dell'intero spettro delle operazioni di polizia (113).

EUROGENDFOR ha acquisito autonoma personalità giuridica con l'entrata in vigore, il 1° giugno 2012, del Trattato di Velsen, a seguito della ratifica francese del precedente 26 aprile (114); contestualmente è venuto meno ogni ostacolo al perfezionamento delle ulteriori procedure di ratifica della Convenzione da parte degli Stati non fondatori (*in primis* la Romania (115)). Sino a quel momento l'operatività della Forza era stata comunque assicurata sulla base dell'iniziale *Dichiarazione d'intenti* sottoscritta dalle parti contraenti, il cui contenuto in gran parte coincideva con il testo del successivo Trattato.

Le funzioni operative di EUROGENDFOR vengono ricondotte dalle stesse Istituzioni comunitarie al settore PESC/PSDC, in ragione di quanto indicato nel Trattato istitutivo e nella "*Dichiarazione d'intenti*" di Noordwijk (17 settembre 2004), che parla di "*contribuer au développement de la Politique européenne de Sécurité et de Défense (PESC/PSDC) et à la creation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (GAI/FSJ)*" nell'ambito delle missioni di polizia e di gestione di situazioni di crisi.

Ciò viene confermato nella "*Dichiarazione di Warnsveld*" (25 ottobre 2004 (116)) dei Capi di polizia europei, che non solo riconosce il ruolo centrale delle Forze "ibride" (*recte*, delle gendarmerie) in seno alla PESC/PESD (ESDP, in inglese), ma pure auspica una futura affiliazione di Stati e Forze allora non partecipanti all'accordo: "*They underlined the important contribution the EGF*

(112) In particolare, modificando la competenza costituzionale degli organi interni dello Stato (Governo e Parlamento) prevista all'art. 78 Cost: si pensi alla facoltà di autorizzare l'impiego di missili a testata nucleare, che venne attribuita, sulla base di una semplice risoluzione del Consiglio dei Ministri NATO (la cd. "*Double-Track*" Decision adottata il 12 dicembre 1979), ad un organo diverso da quelli costituzionali italiani; oppure - stavolta in ambito UEU - all'attribuzione di poteri di emergenza ad organi diversi da quelli parimenti previsti nella Costituzione.

(113) Per un'introduzione, cfr. PARIS, *La Gendarmeria Europea*, in RID 4/2005.

(114) Con votazione del 28 febbraio 2012 il Senato francese aveva approvato in via definitiva il progetto di legge n. 97 relativo alla sua autorizzazione. Cronologia su http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/creation_eurogendfor.asp. Gli strumenti di ratifica del Trattato sono pubblicati sul sito istituzionale del Ministero degli Esteri dei Paesi Bassi, all'indirizzo <http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties/search-the-treaty-database/2007/10/011496.html>.

(115) Sulle modifiche strutturali impresse alla gendarmeria romena per assicurare il rispetto dei principi OSCE ed UE si veda PETA, *Aspecte privind dezvoltarea și adaptarea Jandarmeriei Române la cerințele Europene*, in *Studii de Securitate Publică*, vol. I n. 4/2012, pp. 269 ss..

can make to the ESDP by making available a capacity for the more demanding scenarios and for rapid deployment. The Chiefs of Police stressed the need to explore further the possibilities of close affiliation of EU Member States not currently participating in the EGF”.

La piena operatività della Forza anche in seno ad una gestione puramente “civile” della crisi trova conferma nella recente richiesta (21 dicembre 2011) - rivolta dal Comandante della Missione al CIMIN - di autorizzare la partecipazione di EUROGENDFOR ad EULEX-Kosovo e ciò, significativamente, proprio sulla base legale della “*Council Joint Action*” 2008/124/CFSP del 4 febbraio 2008 (a scanso di equivoci, va ricordato che EULEX-Kosovo è una missione di “*Rule of Law*” e non militare (117)).

Più in generale, la rilevanza delle Forze “ibride” (o di gendarmeria) nelle politiche di sicurezza interna dell’Unione trova sanzione nel già richiamato *Annesso II* dell’*Allegato VI* delle dichiarazioni conclusive della Presidenza del Consiglio Europeo di Nizza (7-9 dicembre 2000 (118)), in merito al “concetto di Forze di polizia” (*Concept of Police Forces*); identico principio viene ribadito nel “*Presidency report to the Göteborg European Council on European Security and Defence Policy*” dell’11 giugno 2001 (doc. 9526/1/01 COSDP 142 (119)), nel significativo contesto (“*Police Action Plan*”) della “***interoperability of police Forces participating in EU police operations, including those for common equipment, administration and logistical support, and the development of a common vocabulary and guidelines for international policing. (NB: The term police forces covers both police Forces with civilian status and police Forces of gendarmerie type)***”.

Questi presupposti generali sono poi stati formalizzati negli “*EU selection criteria for police officers*” del 2001 (120).

A sua volta, anche il Parlamento Europeo dava atto, nella propria “*Riso-*

(116) Analoga dichiarazione venne resa dai Ministri degli Esteri dell’Unione a Bruxelles (22 novembre 2004), evidenziando la particolare funzionalità dello *status* militare dei componenti di EUROGENDFOR “*for the more demanding scenarios and for rapid deployment in order to guarantee public security and public order*”, ed auspicandone l’allargamento. Entrambi i documenti sono pubblicati su http://consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressData/en/misc/82760.pdf.

(117) Come precisato all’art. 2 (*Mission Statement*) della *Joint Action* 2008, pubblicata su GUCE L-42 del 16.2.2008.

(118) La versione ufficiale del documento è pubblicata *online* sul portale del Consiglio Europeo (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00400-r1.%20ann.en0.htm). La portata di questa precisazione - in virtù del contesto in cui si colloca - è di estrema importanza, se si pensa che dal Consiglio Europeo di Nizza è scaturita la “Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE”, il cui valore giuridico è analogo a quello dei Trattati costitutivi dell’Unione (ex art. 6 TUE).

(119) Documento, classificato come “limitato”, pubblicato *online* su <http://www.bits.de/CESD-PA/16-06-01.pdf>.

(120) “*EU selection criteria for police officers, their equipment, and requirements for their training in the context of civilian crisis management*”, doc. 5038/3/01 ENFOPOL 1 REV 3 COR 1, 2-7 maggio 2001.

luzione sulla *Strategia Europea di Sicurezza*” del 14 aprile 2005 (121), di come la dimensione “civile” delle politiche di gestione delle situazioni di crisi avesse trovato uno sviluppo cruciale nell’istituzione di una “Gendarmeria Europea” (EUROGENDFOR) - evidenziando “*l’utilité particulière de cette Force pour assurer la transition entre une phase d’opérations purement militaires pour l’essentiel et une phase mixte ou purement civile*”, il tutto alla luce della “*nécessité de développer une culture de sécurité européenne par une mise en oeuvre efficace du concept de formation de l’Union dans la PESD qui augmente l’interopérativité entre tous les acteurs engagés dans la gestion des crises par l’Union*”.

EGF, lo ricordiamo, è aperta solo all’apporto di personale di polizia ad ordinamento militare, in ragione delle peculiarità operative e della flessibilità “*multilevel*” che lo caratterizzano.

Flessibilità che trova espressione nell’art. 4 del Trattato di Velsen, secondo cui “*Eurogendfor deve essere in grado di coprire l’intera gamma delle missioni di polizia, tramite la sostituzione o il rafforzamento, durante tutte le fasi di un’operazione di gestione della crisi. 2. Le Forze EGF possono essere poste indifferentemente alle dipendenze dell’autorità civile o del comando militare*”, in base alle missioni loro concretamente assegnate (122).

Sono però forse le considerazioni svolte il 23 gennaio 2006 dall’Alto Rappresentante PESC (123) a meglio rappresentare la dimensione europea delle Forze di gendarmeria: “*Une des principales conclusions de la Stratégie européenne de sécurité concerne la nécessité pour l’Europe de se doter de capacités les plus performante set mieux adaptées pour répondre aux défis et aux menaces dans le monde. Dans ce contexte, la Force européenne de gendarmerie est un instrument des plus pertinents. Les Forces de gendarmerie, capables à la fois de remplir des missions de police et d’opérer efficacement dans des structures militaires, sont en effet une composante utile dans le cadre de l’approche mul-*

(121) Reperibile in versione integrale sul n. 87 del *Chaier de Chaillot*, Paris 2006, pp. 65 ss. (cfr. anche <http://www.iss.europa.eu/uploads/media/cp087f.pdf>).

(122) Nel testo ufficiale “*The EGF must be capable of covering every aspect of crisis response operations: - during the initial phase of the operation, the EGF could enter the theatre along with the military force in order to perform its police tasks; - during the transitional phase, EGF could continue its mission alone or together with a military force, facilitating co-ordination and co-operation with local or international police units; - during the military disengagement phase, this force could facilitate the handing over of responsibilities to civilian authorities and agencies taking part in the co-operation efforts, if necessary. During crisis prevention, the EGF could be deployed on its own or jointly with a military force. In accordance with the mandate of each operation, the EGF will perform a broad spectrum of activities related to its own police capability, such as: - performing security and public order missions; - monitoring of and advice for local police in their day-to-day work, including criminal investigation work; - conducting public surveillance, traffic regulations, border policing and general intelligence; - performing criminal investigation work, covering detection of offences, tracing of offenders and their transfer to the appropriate judicial authorities; - protecting people and property and keeping order in the event of public disturbances; - training of police officers as regards international standards; - training of instructors, particularly through co-operation programmes*”.

(123) Trascritte in *Cahier de Chaillot* n. 98, ISS Paris 2007, p. 17.

tidisciplinaire qui est la notre en matière de gestion des crises. Et ce d'autant plus que la coopération civilo-militaire est devenue un élément-clé dans ce domaine. L'initiative annoncée il y a deux ans et qui deviant aujourd'hui une réalité est donc un atout pour la Politique européenne de sécurité et de défense" (124).

In quanto composta da Forze di gendarmeria, EUROGENDFOR è predisposta per svolgere, in ogni sua componente, indifferentemente compiti civili e militari, senza soluzione di continuità, nel rispetto dei principi di diritto promossi dall'Unione Europea e dall'OSCE.

Tale interdisciplinarietà viene ribadita nel successivo comma 3 dell'art. 4: *"Eurogendfor potrà essere utilizzata al fine di: a) condurre missioni di sicurezza e ordine pubblico; b) monitorare, svolgere consulenza, guidare e supervisionare le forze di polizia locali nello svolgimento delle loro ordinarie mansioni, ivi compresa l'attività d'indagine penale; c) assolvere a compiti di sorveglianza pubblica, gestione del traffico, controllo delle frontiere e attività generale d'intelligence; d) svolgere attività investigativa in campo penale, individuare i reati, rintracciare i colpevoli e tradurli davanti alle autorità giudiziarie competenti; e) proteggere le persone e i beni e mantenere l'ordine in caso di disordini pubblici; f) formare gli operatori di polizia secondo gli standard internazionali; g) formare gli istruttori, in particolare attraverso programmi di cooperazione"*.

Infine, EUROGENDFOR può essere messa a disposizione tanto dell'Unione Europea (UE) quanto delle Nazioni Unite (ONU), dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE), dell'Organizzazione del Trattato Nord-Atlantico (NATO) e di altre organizzazioni internazionali o coalizioni specifiche (art. 5). Per far ciò, ovviamente, deve rispettare gli *standards* operativi e qualitativi di tali organizzazioni internazionali, *in primis* le linee-guida (sovra ricordate) elaborate dall'OSCE.

La circostanza poi che EGF sia potenzialmente a disposizione anche organismi diversi dall'UE non ne contraddice la natura "europea" (125) ma è

(124) Al riguardo, IOANNIDES (*Le capacità civili dell'UE*, cit., p. 33) nota come *"In aggiunta all'impiego delle Unità Integrate di Polizia (IPU), la Forza di Gendarmeria Europea (EGF) ... rappresenta anch'essa un importante fattore nel momento in cui si prendono in considerazione gli sforzi fatti verso una gestione integrata delle crisi e lo sviluppo della cooperazione civile-militare. Ciò è vero in special modo per ciò che concerne il percorso intrapreso dall'UE verso la definizione di pacchetti di capacità (capability packages) multi-funzionali con il dispiegamento di questi due organismi in parallelo con missioni civili sotto egida PESD (principalmente missioni di polizia). Le IPU e la EGF sono ritenute in grado di facilitare una transizione più agevole dalla fase militare a quella civile di supporto alle operazioni di pace e di limitare il problema dei soldati che intraprendono missioni civili di polizia nell'ambito della gestione delle crisi"*. La questione è specificamente affrontata anche da HILLS (*The Inherent Limits of Military Forces in Policing Peace Operations*, in *International Peacekeeping*, Vol. VIII, 3/2001, pp. 79-98).

(125) Sebbene nata da un accordo internazionale, EUROGENDFOR ha natura esclusivamente "europea", come ribadito dagli artt. 42, 43 e 44, che limitano agli Stati membri dell'UE la possibilità di aderire alla Forza; lo *status* di osservatore (attualmente la Turchia) è invece attribuito agli Stati candidati all'adesione all'UE.

coerente, ad esempio, con il rapporto “integrato” che lega le politiche di sicurezza “esterna” dell’Unione a quelle della NATO, ribadito nella dichiarazione congiunta del 2002 (126) nella quale vengono enunciati sei principi fondamentali - tra cui la cooperazione o *partnership* (127) - implicanti il “mutuo rinforzo” delle attività per la gestione delle crisi. *A latere* dell’autonomia del processo decisionale di UE e NATO si prevede infatti lo “sviluppo coerente di requisiti di capacità militari compatibili e che si rafforzano reciprocamente, comuni alle due organizzazioni”.

Conformemente al principio generale di diritto che nettamente distingue la sfera (e gli organi) dell’indirizzo politico da quella dell’esecuzione operativa, laddove venga chiamata ad agire in ambito PESC/PSDC l’EUROGENDFOR opera sotto il controllo del CPS (“Comitato Politico e di Sicurezza” del Consiglio UE).

La “matrice europea” della struttura è stata ribadita in occasione del Summit UE/USA di Praga (5 aprile 2009): nel puntualizzare la posizione comune sulla crisi afghana, il Consiglio UE ha ribadito che “*Le sommet d’hier de l’OTAN a une nouvelle fois confirmé notre engagement à long terme de stabiliser la situation en Afghanistan, et la déclaration du sommet a mentionné le rôle de la Force de gendarmerie européenne (128) et mis l’accent sur les activités d’entraînement mises en oeuvre par la mission de police de l’Union Européenne, EUPOL, en Afghanistan*”.

Ancora - nell’Allegato 5 alle Conclusioni del Consiglio Europeo di Bruxelles (18-19 giugno 2009) - “*Le Conseil européen souligne l’importance du projet de déploiement de la Force de gendarmerie européenne en Afghanistan dans le cadre de la mission OTAN de formation en Afghanistan (NTM-A), qui constituera une initiative complémentaire visant à renforcer les capacités de la police*” (129).

(126) EU-NATO Declaration on ESDP (<http://www.nato.int/docu/pr/2002/p02-142e.htm>) del 16 dicembre 2002. Sui rapporti UE-ONU si veda TARDY, *EU-UN cooperation in peacekeeping: a promising relationship in a constrained environment*, in *Cahier de Chaillot* n. 78, Paris 2005, pp. 49 ss..

(127) La *partnership* è stata definita con l’accordo *Berlin plus* del marzo 2003, che permette all’UE di utilizzare strutture, meccanismi e risorse della NATO per condurre operazioni militari nel caso quest’ultima non voglia intervenire. Inoltre è stato sottoscritto un accordo che regola lo scambio e la gestione di informazioni e di materiale sensibile tra l’UE e l’Alleanza Atlantica. Per un approfondimento si vedano COMELLI-PIROZZI, *La cooperazione tra l’Unione europea e la Nato*, Roma 2007 (http://www.iai.it/pdf/Oss_Transatlantico/69.pdf), nonché ARMITAGE-MOISAN, *Constabulary Forces and Postconflict Transition: The Euro-Atlantic Dimension*, *Strategic Forum* n. 218/2000.

(128) Che in tale contesto opera sotto egida NATO, dal 2009. Come già in Bosnia, alla Missione di polizia UE (EUPOL) hanno invece partecipato le singole Forze di gendarmeria nazionali, impegnate nell’addestramento proprio delle Forze civili di polizia (l’*Afghan National Police - ANP*) e l’*Afghan Border Police - ABP*). Ai Carabinieri italiani è stata assegnata anche la formazione dell’*Afghan National Civil Order Police* (ANCOP), strutturata come Forza a competenza “ibrida”.

(129) I testi delle dichiarazioni ufficiali rese nel Consiglio Europeo di Bruxelles e nel Summit sono pubblicati nel decimo volume di “*Sécurité et défense de l’Union européenne - Textes Fondamentaux 2009*”, pubblicato nel 2010 dall’ISS (*Institut d’Études de Sécurité Union Européenne*), Agenzia autonoma dell’UE succeduta nel 2002 all’IESUE.

In termini più generali, parlando del rapporto tra le missioni multinazionali NATO e la PESD in occasione della riunione dei Ministri degli Esteri e della Difesa del 10 novembre 2008 a Bruxelles (130), l'Alto Rappresentante per la PESD sottolineava la necessità di più strette relazioni *“with some of these formations (e.g. the Eurocorps and the European Gendarmerie Force). This could be in the form of information exchange, involvement in exercises, and common workshops or meetings. In the end it will lead to better preparation of and participation in these Multinational Forces in our ESDP operations”*. La fungibilità operativa di EUROGENDFOR è dunque coerente non solo con le politiche integrate di sicurezza dell'UE, ma pure con il tradizionale rapporto (131) tra le Forze di quest'ultima e quelle della NATO, considerate *“separate, ma non separabili”*.

Da quanto sopra evidenziato possono essere individuati alcuni primi tratti qualificanti di un ipotetico “modello ordinamentale europeo” della pubblica sicurezza, desumibili dalle fonti normative sovranazionali.

In primo luogo la natura integrata e multipolare del “sistema sicurezza” europeo, se da un lato favorisce ed esalta le Forze e gli operatori a capacità “ibride” o multidisciplinari, non presuppone assolutamente l'unicità (o comunque l'uniformità (132)) dei soggetti destinati a dare attuazione alle politiche di settore, bensì - al contrario - una pluralità di operatori e competenze, delle quali va però assicurato l'esercizio armonico e complementare, al fine di perseguire determinati obiettivi comuni.

Questi ultimi vengono individuati dagli organi di indirizzo politico (per l'UE il Consiglio Europeo, ed in chiave più operativa il Consiglio), che si avvalgono - come vedremo - di strutture ausiliarie intermedie per assicurarne un'esecuzione coerente ed efficace da parte dei soggetti di cui sopra, mediante l'esercizio della funzione di coordinamento.

In estrema sintesi, dunque, l'ordinamento comunitario - che in ciò mutua un principio costituzionale comune agli Stati membri (in Italia disciplinato con i D.lgss 31 marzo 1998, n. 80 e 30 marzo 2001, n. 165 nonché con legge 4 marzo 2009, n. 15) - presuppone una netta distinzione tra gli organi competenti ad effettuare le scelte di indirizzo politico (la cd. Autorità di governo, o *Civil Authority*) e quelli invece deputati a darvi diretta esecuzione (gli operatori del “settore sicurezza” quali Forze dell'ordine, Forze armate, personale del

(130) Testo pubblicato in *Cahier de Chaillot* n. 117, ISS Paris 2009, p. 423.

(131) Si veda ROBINSON, *The European Union's Headline Goal*, CDI Washington 2002. Nell'attuale modello di sicurezza, infatti, le stesse Forze e capacità costituiscono le basi dell'impegno sia dell'UE che dell'Alleanza Atlantica, anche se parte di esse potrebbe essere destinata esclusivamente all'Unione Europea, se necessario.

(132) Uniformità che del resto contraddirebbe il principio generale - proprio di tutti i settori di intervento dell'Unione ed avente carattere “costituzionale” - non solo della sussidiarietà, ma prima ancora del rispetto delle tradizioni istituzionali dei singoli Stati membri.

pubblico soccorso, della magistratura e della protezione civile, volontari, etc.) per i quali vale il più volte richiamato principio “olistico”.

Nel mezzo, come vedremo, si collocano delle strutture ausiliarie di coordinamento che in qualche modo partecipano del potere di indirizzo e per tali sono distinte dai singoli soggetti *coordinati*, pur essendo previste forme di partecipazione degli stessi (o di parte di essi), in posizione assolutamente equioriginata e paritaria, ai lavori di tali organismi, per apportarvi le imprescindibili competenze specialistiche.

Tale è, in estrema approssimazione, il meccanismo di funzionamento del “Comitato permanente per la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna” (COSI - su cui cfr. *infra* (133)), concepito dal Trattato di Lisbona come un organo ausiliario per la definizione, a livello operativo, delle politiche di sicurezza elaborate in seno al Consiglio (nel settore FSJ, ex “Terzo Pilastro”), la cui composizione potremmo definire “interforze”, per usare un’espressione tipica della prassi italiana.

La filosofia istituzionale dell’Unione mira a coniugare efficacia e trasparenza (134), ma soprattutto tenta di risolvere le sovrapposizioni e duplicazioni venutesi a creare, nel corso degli anni, all’interno delle strutture deputate alla pianificazione ed attuazione delle politiche di sicurezza: per questa ragione, se da un lato punta a superare - con un approccio “integrato” - la rigida compartimentazione “ottocentesca” (135) tra i settori “sicurezza” e “difesa”, dall’altro impone una netta distinzione tra la sfera dell’indirizzo (e controllo) politico e quella dell’esecuzione delle correlate direttive, assicurando l’equilibrio del sistema tramite forme di coordinamento “partecipato” o “consensuale”.

L’esigenza di una strategia operativa “integrata” ed “olistica” della pubblica sicurezza discende dalla necessità di far fronte - sul piano interno e nella prospettiva internazionale - a “*pericoli diffusi, ambigui ed asimmetrici*”; “*integrazione*” che è però l’esatto opposto di un’ipotetica, indiscriminata commistione delle funzioni attribuite per legge ai singoli operatori istituzionali

(133) Cfr. quanto riportato, in argomento, sul portale http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/police_customs_cooperation/ai0028_it.htm.

(134) Criterio, quest’ultimo, previsto dagli artt. 11 comma terzo e 15 del Trattato di Lisbona, nonché dagli artt. 1 TUE e 15 TFUE, avente natura indisponibile, tanto più in un settore delicato qual è quello delle politiche di sicurezza, che se da un lato non devono trovare ostacoli in pletorici vincoli burocratici, dall’altro presuppongono la chiara individuazione degli ambiti di responsabilità di chi vi agisce, e soprattutto la netta separazione delle attribuzioni operative rispetto alla sfera politica: sull’argomento si vedano MANGANARO, *L’evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in AA.VV., *Studi in onore di R. Marrama*, Napoli 2011; GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.* 2/2006, p. 279 ss.; CHITI, *Le forme di azione dell’Amministrazione europea*, in BIGNAMI-CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano 2004, pp. 53 ss.. Inoltre PEPE, *Principi generali dell’ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma 2012.

(135) Cui si connetteva, soprattutto ai primordi delle rivoluzioni liberali, l’antinomia concettuale tra Forze di polizia (generalmente dipendenti dal Governo) e Forze armate, originariamente legate al Re.

(Forze di polizia, Esercito, volontariato, etc.), che invece contraddirebbe i presupposti delle politiche di EUCIVPOL (136).

Caratteristica del “modello europeo” è invece la realizzazione di apparato di sicurezza “interforze” integrato, come si evince ad esempio - in ambito PESC/PSDC - dalle linee-guida sull’azione delle Forze armate tradizionali (in particolar modo nei settori della protezione civile, del controllo delle coste - dove già cooperano i reparti di Guardia costiera - e delle frontiere, nonché nell’attività di presidio del territorio, laddove le altre componenti siano numericamente insufficienti).

In ambito comunitario, fin dai primi sviluppi della PESC/PESD si è ritenuto strategico il superamento dei tradizionali confini tra gestione militare e gestione civile, come emerge da una serie di interventi qualificati quali la missione “civile” in *Aceh* (137), gestita in realtà più che altro da Forze militari; quindi in Sudan e Somalia (138), espressamente denominate azioni “civili-militari” di supporto, nonché in Guinea Bissau (primo esempio di operazione PESD civile-militare (139)).

Secondo quanto riportato già nel “*Progetto di strategia di sicurezza interna per l’UE*”, approvato dal Consiglio in data 23 febbraio 2010 (140), “*il modello di sicurezza europeo ... annovera strumenti comuni e i seguenti impegni: stabilire un nesso sinergico tra sicurezza, libertà e vita privata; migliorare la cooperazione e la solidarietà tra gli Stati membri; coinvolgere tutte le isti-*

(136) HILLS, *International Peace Support Operations and CIVPOL: Should there be a Permanent Global Gendarmerie?*, in *International Peacekeeping* 5/III 1998, pp. 26 ss..

(137) Il *Nanggroe Aceh Darussalam* è un territorio ad “autonomia speciale” (*daerah istimewa*) situato nella parte nord dell’isola di Sumatra (Indonesia). Base giuridica dell’intervento UE (*Aceh Monitoring Mission - AMM*) è l’Azione Comune del Consiglio 2005/643/CFSP del 9 settembre 2005 (pubblicata su GUCE del giorno successivo). I rapporti di coordinamento tra l’Autorità di controllo *politico* (cfr. la *Civil Authority*, su cui *retro*) e quella di direzione strategica sono precisati all’art. 9, in base al quale “*The PSC shall exercise, under the responsibility of the Council, the political control and strategic direction of the mission. The Council hereby authorises the PSC to take the relevant decisions for the purpose and duration of the mission, in accordance with third subparagraph of Article 25 of the Treaty. This authorisation shall include the powers to amend the OPLAN and the chain of command. The powers of decision with respect to the objectives and termination of the mission shall remain vested in the Council*”.

Testo integrale su http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2005/l_234/l_23420050910en00130016.pdf.

(138) La missione UE civile-militare in Sudan, di supporto all’AMIS (*African Union’s enhanced Mission to Sudan / Darfur*) viene disposta, su richiesta dell’Unione Africana del 18 luglio 2005, con Azione Comune del Consiglio 2005/557/CFSP, OJ L 188 del 20.7.2005. La missione in Somalia (EU-NAVFOR Somalia/Operation Atalanta) ha invece ad oggetto la protezione delle coste e delle tratte commerciali marittime dalla pirateria locale: le basi legali sono molteplici, e vanno dall’Azione Comune del Consiglio 2008/749/CFSP del 19 settembre 2008 alla *Decisione del Comitato Politico e sulla Sicurezza Atalanta/2/2011* del 15 giugno 2011. Tutti i documenti, come pure quelli relativi alla Missione in Guinea Bissau (nota successiva) sono scaricabili da <http://consilium.europa.eu/ceas/security-defence/eu-operations?lang=en>.

(139) La Missione EU-SSR Guinea Bissau, svolta in ambito PESD, si è conclusa il 30 settembre 2010.

(140) Reperibile su <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/10/st05/st05842-re02.it10.pdf>.

tuzioni dell'UE; affrontare le cause dell'insicurezza, oltre che i soli effetti; promuovere la prevenzione e l'anticipazione; coinvolgere, laddove pertinente, tutti i settori - politico, economico e sociale - che contribuiscono alla protezione dei cittadini; rafforzare l'interdipendenza tra sicurezza interna ed esterna”.

Nell'ottica del legislatore europeo - come si legge nel prosieguo del documento - quello della sicurezza interna è un concetto articolato ed intersettoriale che riguarda una pluralità di minacce per la vita, la sicurezza ed il benessere dei cittadini, non limitato, ad esempio, ai “classici” atti di terrorismo e criminalità, ma comprendente pure *“le catastrofi naturali e di origine umana quali incendi boschivi, terremoti, inondazioni e tempeste”.*

Per questa ragione la strategia adottata in ambito europeo è fondata sulla collaborazione tra i diversi soggetti di volta in volta coinvolti sotto il profilo operativo, concretamente ottenibile solo grazie ad una costante attività di coordinamento, a seconda dei casi previo accordo dei medesimi o ad opera di organismi terzi: nelle parole del richiamato *Progetto* del 2010, il “sistema sicurezza” assume quindi i tratti tipici della pianificazione multilivello, se non dell'organicismo, in presenza di *“ambiti di attività [che] nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia sono di fatto inscindibili: la strategia di sicurezza interna ne deve assicurare l'integrazione e il rafforzamento reciproci”.*

Da tali premesse si è giunti all'elaborazione delle strategie di sicurezza 2010 - 2014 (cfr. *retro*) che, coerentemente, non perseguono l'obiettivo di creare nuove competenze, ma di integrare quelle esistenti.

A tal fine, il Consiglio si è dotato di alcune strutture operative, tra cui il *“Comitato Politico e di Sicurezza”* (CPS), che dovrebbe assicurare l'azione coordinata degli operatori UE dispiegati sul campo, sulla scorta dei pareri ricevuti dal *“Comitato per gli Aspetti Civili della Gestione delle Crisi”* (CIVCOM) e dal *“Comitato Militare dell'Unione Europea”* (EUMC) nel corso del processo decisionale sull'avvio delle operazioni dell'UE.

La logica sottesa alla cooperazione civile-militare (CIMIC) trova espressione nella recente *Risoluzione* del Parlamento europeo del 23 novembre 2010 sulla *“Cooperazione civile-militare e lo sviluppo di capacità civili-militari”* [Doc. 2010/2071(INI) (141)], laddove si *“sottolinea che, per essere efficaci, le risposte alle crisi attuali e alle minacce per la sicurezza, comprese le catastrofi naturali, devono poter attingere sia alle capacità civili che a quelle militari ed esigono una più stretta cooperazione tra di esse; ricorda che lo sviluppo dell'approccio globale dell'UE e delle sue capacità congiunte di gestione civile e militare delle crisi ha costituito un tratto distintivo della PESD e rappresenta il suo principale*

(141) Pubblicata su GUCE C-99 E del 3 aprile 2012. Testo scaricabile dal portale istituzionale <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:099E:0007:0014:IT:PDF>. Gli atti del procedimento sono a loro volta pubblicati sul portale del Parlamento Europeo, all'indirizzo *online*: [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2010/2071\(INI\)&l=EN](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2010/2071(INI)&l=EN).

*valore aggiunto ... ai fini dello sviluppo di un approccio globale dell'UE, raccomanda altresì uno stretto coordinamento tra il SEAE e tutte le unità competenti in seno alla Commissione, segnatamente quelle che si occupano dello sviluppo, dell'aiuto umanitario, della protezione civile e della salute pubblica; sottolinea la necessità di collegamenti diretti tra il SEAE e le agenzie PESD ... nell'ambito del meccanismo di protezione civile (...) **chiede un miglior coordinamento e un più rapido spiegamento delle attività militari nel contesto del soccorso in caso di catastrofi**".*

Conseguenza di ciò è la centralità delle Forze di gendarmeria, come precisato nel par. 35 della medesima *Risoluzione* 2010/2071, per cui l'Unione è *"pienamente favorevole all'uso della Forza di gendarmeria europea (FGE), che può essere posta sotto il comando militare o civile ed offre una capacità di dispiegamento rapido per missioni di spedizione di polizia, come uno strumento molto adatto per una vasta gamma di efficaci operazioni di gestione delle crisi, comprese le missioni di stabilizzazione successive a catastrofi; invita tutti gli Stati membri che dispongono di Forze di polizia a statuto militare ad aderire all'iniziativa"*.

Sotto l'aspetto organizzativo/istituzionale, infine, il par. 13 (cd. *Livello strategico*) così precisa: *"sul piano politico-strategico, [il Parlamento] accoglie con favore l'integrazione di elementi civili e militari all'interno della Direzione Gestione delle crisi e pianificazione (DGCP) come un passo nella giusta direzione; sottolinea, tuttavia, la necessità di trovare un giusto equilibrio tra capacità di pianificazione strategica civili e militari, non solo in termini numerici, ma anche per quanto concerne la posizione gerarchica, al fine di sfruttare al massimo le sinergie disponibili"*.

Nel modello europeo, dunque, non trova accoglimento la tesi secondo cui le componenti militari sarebbero in qualche modo estranee alla società civile, tanto più nel concorso all'esercizio delle funzioni di pubblica sicurezza (in questi termini, l'ordinamento UE può dirsi innovativo e non meramente recettivo di principi comuni alla generalità degli Stati membri, com'è vero che l'opposta tesi ancor oggi informa l'orientamento di alcuni Stati del Nord Europa in seno al Consiglio, come pure il TULPS).

Nell'ottica UE, invero, le componenti civili e militari della società sono assolutamente sullo stesso piano, in quanto egualmente partecipi del diritto di nazionalità europea: nessuna fonte giuridica riconducibile ad organi o Istituzioni dell'Unione legittima una prevalenza dell'una o dell'altra parte, né lascia intendere che gli organismi a *status* civile debbano in qualche modo avere la direzione di quelli militari o viceversa, poiché il fondamento delle politiche sovranazionali non è ideologico, bensì pragmatico.

Ciò trova conferma, oltre che nelle numerose fonti in precedenza richiamate, negli atti comunitari in materia di antiterrorismo (settore a cavallo tra gli allora Pilastrini PESC e GAI), *in primis* il fondamentale documento n. 14469/4/05 del Consiglio (*"The European Union Counter-Terrorism Stra-*

tegy”), che anche in tale settore pacificamente riconosce (parr. 33 e 37) il ruolo operativo concorrente di Forze di polizia (comprehensive delle eventuali gendarmarie nazionali) e Forze armate tradizionali (142).

Fine essenziale della CIMIC è contribuire al raggiungimento degli obiettivi dello Stato di diritto in tutti i settori (giustizia, cultura, economia, sociale, sicurezza, etc.), per favorire la ricostruzione del tessuto socio-economico nelle aree di crisi, interna o internazionale.

La cooperazione avviene generalmente attraverso organismi comuni di collegamento tra le diverse componenti oppure, di concerto, al momento della materiale prestazione di attività in favore della popolazione civile (143).

L’EUMS (*Stato Maggiore dell’UE* (144)), a sua volta, è responsabile della pianificazione ed attuazione della cooperazione civile-militare, sia a livello politico che strategico (145). La sua cellula civile-militare (operativa dal 2006) è stata il primo organismo permanente dell’UE ad integrare, al suo interno ed al massimo livello, tanto le competenze militari che quelle civili (ivi comprese quelle riconducibili al personale della Commissione UE), ai fini di un concreto *coordinamento* civile-militare (CMCO (146)).

A livello politico riceve ordini sia dal CIVICOM che dall’EUMC, e fornisce all’UE sia una capacità di pianificazione autonoma (la cd. “*cellula di pianificazione strategica*”), sia il *Centro Operazioni* (attivo dal gennaio 2007), com-

(142) “*In the event of an incident with cross border effects there will be a need for rapid sharing of operational and policy information, media co-ordination and mutual operational support, drawing on all available means, including military resources. The ability of the EU to take consistent or collective action will also be essential to an effective and efficient response. The development of EU crisis co-ordination arrangements, supported by the necessary operational procedures*”.

(143) Si richiamano gli studi di ANKERSEN, *Civil-Military Cooperation in Post-Conflict Operations. Emerging theory and practice*, Abingdon/New York 2008 e MOCKAITIS, *Civil-military cooperation in peace operations: the case of Kosovo*, Carlisle 2004. In termini più generali, AA.VV. (a cura di NOWAK), *Civilian crisis management: the EU way*, Chaillot Paper n. 90, ISS Paris 2006.

(144) Istituito con Decisione 2001/80/ PESC, poi novellata dalla Decisione 2008/298/ PESC del 7 aprile 2008.

(145) Ai sensi dell’art. 4 Decisione 2008/298/PESC, non solo “*contribuisce allo sviluppo di un corpus di dottrina e concetti, traendo esperienza dalle operazioni e dalle esercitazioni civili e militari*”, ma pure “*contribuisce alla pianificazione strategica di reazione alle crisi per le operazioni civili/militari congiunte, sviluppando le opzioni strategiche previste nelle procedure di gestione delle crisi. Detta pianificazione compete direttamente al DGEUMS e al DCPCC sotto la direzione generale dell’SG/AR; - su richiesta del DCPCC al DGEUMS, fornisce assistenza alla pianificazione di reazione alle crisi a livello strategico e operativo per le missioni civili effettuate sotto la responsabilità del DCPCC*”. Testo su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:102:0025:01:IT:HTML>.

(146) Cfr. BADIALETTI, *La Cooperazione Civile-Militare. Interazione tra struttura militare ed organismi civili*, in *Informazioni della Difesa* 2001, pp. 28 ss.. In argomento si richiama la *Risoluzione* del Parlamento Europeo del 23 novembre 2010 sulla cooperazione civile-militare e sullo sviluppo di capacità civili-militari [doc. 2010/2071 (INI) – P7_TA(2010)0419], par. da 6 a 12. Per completezza, si ricorda che l’obiettivo di una strutturale (non limitata cioè a casi eccezionali) azione sinergica delle funzioni civili e di quelle militari è punto qualificante anche del vigente *Civilian Headline Goal* 2010 (doc. 14823/07, parr. da 11 a 14 - cit.), come pure delle *Civilian Capability and Development Guiding Lines*, sempre del Consiglio UE (doc. 11697/1/09).

petente a definire le cd. missioni ibride (civili e militari) in ambito PESD/PSDC.

L'EUMS svolge inoltre un fondamentale ruolo di consulenza e programmazione in materia di riforma del settore della sicurezza (RSS) e di politiche di "Disarmo, Smobilitazione e Reintegrazione" (DDR).

In determinate circostanze può costituire delle *Unità di pianificazione e gestione* che si avvalgono delle sue conoscenze, del suo personale e della sua infrastruttura. Se necessario può anche, attraverso l'EUMC, chiedere temporaneamente personale supplementare agli Stati membri dell'UE.

La simbiosi tra i due settori della sicurezza si riflette ancora nell'art. 5 della Decisione 2008/298/PESC, laddove si precisa che "l'EUMC indirizza, attraverso il DGEUMS, le attività militari svolte dalla EUMS nel quadro della gestione civile delle crisi. I contributi dell'EUMS agli aspetti civili della gestione delle crisi restano sotto la responsabilità funzionale della DG E IX per tutte le attività (pianificazioni, missioni esplorative, ecc.) compreso lo sviluppo del CMC e, se del caso, CSO/PSO.

Una volta adottata la decisione di avviare una missione, tali contributi sono sotto la responsabilità funzionale del DCPCC".

L'ultima aggiunta alla "cellula civile-militare" è rappresentata dalla componente della "Capacità di Vigilanza", operativa dal 2008 e concepita per supportare la pianificazione operativa, sia militare che civile.

Nonostante tali interventi, molto resta però ancora da fare, anche sul piano del coordinamento.

Non si tratta, invero, di carenza di personale (in seno all'EUMS il numero di rappresentanti civili è analogo a quello dei militari), né di scarsa qualificazione (i *Rappresentanti Speciali dell'UE* sono quasi sempre dei rappresentanti politici di rilievo), ma piuttosto di un problema culturale: in termini operativi, infatti, i diversi attori sono tra loro indipendenti, com'è vero che le Forze armate prendono regolarmente ordini dal *Comitato Militare UE* e ricevono le eventuali istruzioni politiche direttamente dal CPS, analogamente a tutte le altre Forze in campo.

Per contro, all'atteggiamento dei militari che spesso - memori delle esperienze fallimentari dei più risalenti interventi di CIVPOL in sede ONU - considerano molte strategie civili inadeguate al concreto livello di rischio dei teatri di intervento, si contrappone una costante diffidenza della componente civile, che teme una perdita di influenza (147).

(147) NORHEIM-MARTINSEN, *Matching Ambition with Institutional Innovation: The EU's Comprehensive Approach and Civil-Military Organisation*, Oslo 2009, p. 17. Sebbene ve ne siano accenni già nella *Guerra del Peloponneso* di TUCIDIDE, la dottrina del *Comprehensive Approach* ("Approccio Globale") di tutte le Forze (e problematiche) in campo è recente, e si sviluppa soprattutto in occasione della Missione ISAF in Afghanistan. La Gran Bretagna è stata probabilmente il primo Stato ad adottare, nel 2006, delle organiche linee-guida di azione in tal senso, mentre in seno alla NATO la questione è stata promossa solo nel recente vertice di Bucarest del 2008. Sull'argomento si vedano NEAL-WELLS (a cura di), *Capability Development in Support of Comprehensive Approaches. Transforming International Civil-Military Interactions*, Washington 2011 (sul particolare approccio svedese cfr, *ivi*, BJÖRKMANN e FRIMAN, pp. 229 ss.).

A ciò si aggiunga che le procedure di decisione in seno al Consiglio (148), nel settore delle politiche di sicurezza, spesso non sono molto lineari.

Secondo attenta dottrina (149) il problema verrebbe acuito dal fatto che, a fronte della creazione di una “cellula civile/militare” concepita come un integratore di sistema, il “*Concetto di Gestione delle Crisi*” (CMC) non avrebbe invece analoga composizione mista: mentre la “cellula civile-militare” ha contribuito a specifici interventi “ibridi” (ad es. la missione di monitoraggio in *Aceh*), la stesura del CMC è rimasta nelle mani di un organismo *ad hoc* in seno all’EUMS, il cosiddetto “*Nucleo di Coordinamento per la Risposta alle Crisi*”.

È pur vero, peraltro, che al problema di scarsa comunicabilità il Consiglio aveva pensato di porre rimedio creando (nel 2008) un ulteriore organismo, la “*Direzione per la Gestione delle Crisi e la Pianificazione*” (CMPD), che univa sotto un’unica Direzione gli aspetti civili e militari della pianificazione delle Missioni UE (rispettivamente DG E IX e DG E VIII, incardinate presso il Segretariato del Consiglio), per coordinare i compiti degli attori di volta in volta coinvolti.

Le funzioni di tale organo - attuale responsabile del CMC - sono adesso individuate alla pag. 5 del doc. 15475/09 del Consiglio (“*Promuovere sinergie in materia di rafforzamento delle capacità rispettivamente civili e militari dell’UE*” (150)).

Rilevante ne è anche il ruolo di coordinamento (secondo il modello UE, basato sul presupposto generale dell’equiordinazione delle Forze in campo), come emerge al conclusivo par. 23: “*Once established, the CMPD within its area of responsibility should foster and **coordinate work on synergies between civil and military capability development**, including in helping identify dual needs. This work should be undertaken in close cooperation with the EUMC, the CIVCOM, the EDA, the Commission and other relevant bodies and agencies and should take into account priorities set by the Member States*”.

Resta però in parte irrisolto il problema della complessità della catena di comando.

Lo stesso documento, inoltre, al par. 20 riconosce che “*dovrebbero essere ricercate sinergie [perfino] nel campo dell’addestramento [civile-militare; ndr] (a livello strategico, operativo e tattico), i cui benefici sono stati comunemente identificati in entrambi i processi*” (151).

Ancora più esplicito, per quanto qui interessa, il par. 15 (e seguenti), dove il Consiglio UE precisa che, al fine di promuovere sinergie tra i diversi soggetti

(148) Per un’analisi dei meccanismi decisionali dell’Unione Europea in tema di politica estera e di sicurezza, comparati con quelli dell’ONU e della NATO, si veda DIJKSTRA, *The Institutional Design of Peacekeeping Organizations: United Nations, NATO and the European Union*, Maastricht 2010 (consultabile su http://www.fdcw.unimaas.nl/staff/files/users/274/paper_dijkstra_UACES_ECPR.pdf).

(149) IOANNIDES, *Le capacità civili dell’UE e la cooperazione con il settore militare*, in AA.VV., *L’Unione Europea e la gestione delle crisi. Istituzioni e capacità*, cit., p. 33.

(150) Reperibile all’indirizzo <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st15/st15475.en09.pdf>.

in campo, dovrebbero essere sviluppate concrete capacità cd. “*dual-use*” onde facilitarne la potenziale fruizione sia per le operazioni civili che per quelle militari (qui in ambito PESD), pur tenendo ovviamente presenti le specificità di ogni settore di intervento (152).

In precedenza, peraltro, il **par. 10 escludeva** che il processo di “complementarizzazione” potesse comunque portare ad **accorpamenti o fusioni dei diversi settori**, il che avrebbe contraddetto gli obiettivi multipolari dell’UE (153).

Quanto sopra sanziona **due principi cardine** del “modello europeo” dell’*Amministrazione di P.S.*: da un lato viene una volta di più confermata la **centralità delle Forze** (o, più in generale, degli operatori) a **capacità “ibrida”**; dall’altro, coerentemente con tale principio, viene **espressamente respinta l’ipotesi di procedere ad accorpamenti o fusioni** per affrontare la sovrapposizione di competenze di cui si è detto in precedenza.

Quella che potrebbe sembrare un’antinomia, in realtà, non è altro che semplice buon senso.

Per comprendere la logica delle Istituzioni UE, occorre muovere dalla premessa secondo cui una coerente strategia di sicurezza dev’essere inclusiva, cioè ricomprendere l’azione dei diversi operatori di settore - non solo militari o di polizia - che di volta in volta prestano la loro attività nella gestione delle situazioni di crisi, interna o internazionale: operatori del soccorso pubblico, medici, magistrati, volontari, etc.

La gestione ordinata e razionale di tale sistema è obiettivamente difficile, poiché ci si trova di fronte a soggetti che agiscono secondo protocolli e linee di comando del tutto diverse tra loro, quasi sempre prive di punti di raccordo.

Per questa ragione l’unica soluzione possibile è il ricorso a forme di coordinamento (su cui cfr. *infra*) che consentano di “incasellare” l’azione di ognuno in un quadro complessivo più ampio e razionale, secondo un approc-

(151) Testualmente: “**Training is a key element of military and civilian capability development. Synergies should be sought in the field of training (strategic, operational and tactical levels) where benefits have commonly been identified in the two processes. This could include pre-deployment training whenever possible, at national and EU levels. The European Security and Defence College should play a central role in establishing civil and military synergies in the field of training**”. Sotto il profilo dottrinario si richiama HOSLAG-DOYLE, *The New Global Security Landscape: Recommendations from the 2010 Security Jam*, Brussels 2010, pp. 21 ss., testo pubblicato anche in versione *online* all’indirizzo http://www.securitydefenceagenda.org/Portals/7/2010/Publications/SDA_JAM_Report_highres.pdf.

(152) Nel testo: “*Synergies could be fostered in developing concrete dual use capabilities including through joint research and technology efforts, and finding ways to facilitate their potential availability for ESDP civilian missions and military operations while taking full account of civilian and military specificities. The creation of a pool of European experts in Security Sector Reform is an example of such civil-military synergies*”.

(153) “*This closer cooperation must preserve the different specificities and objectives of the two processes thus ensuring their integrity. Such a balanced and comprehensive approach should also be reflected in the human resources allocated for this work*”. Il concetto, espresso in termini generali ed astratti, andrà poi applicato ad ogni settore nel quale le due realtà vengano a coesistere.

cio “olistico”. Titolare della potestà di coordinamento sarà necessariamente l’Autorità che già dispone del potere di indirizzo politico, trattandosi di dare puntuale attuazione a quest’ultimo (il che presuppone non solo una precisa conoscenza dello stesso ma pure, all’occorrenza, la possibilità di procedere a modifiche più o meno consistenti delle decisioni iniziali, anche per ragioni di *opportunità*).

Valutazioni, queste, che competono solo all’Autorità di governo (o ai suoi delegati istituzionali).

A fronte di una simile complessità di gestione, è preferita la presenza di soggetti a competenza multisettoriale o “ibrida” poiché - per dirla in breve - svolgono in autonomia dei compiti che richiederebbero altrimenti l’intervento di soggetti diversi, che come tali dovrebbero a loro volta essere diretti da un terzo, con relativi oneri e costi; per contro, l’unicità della linea di comando di questi ultimi assicura una maggior rapidità nell’azione ed un’immediata individuazione delle eventuali *responsabilità*.

Alla luce di tali premesse ben si spiega la ragione per cui le fonti comunitarie non puntano a forme di accorpamento o fusione tra i diversi operatori (o livelli) di sicurezza, bensì su un metodo di coordinamento che salvaguardi le professionalità di ciascuno di essi: in effetti, unificare (o mescolare) una pluralità di soggetti distinti e portatori di specifiche attribuzioni potrebbe al più dar luogo a strutture composite (in quanto tali, tutt’altro che omogenee), destinate però, nel corso del tempo, ad una progressiva perdita di efficienza. Il che è l’esatto contrario di quanto auspicato dalle Istituzioni dell’UE, che mirano, nel medio periodo, alla condivisione di determinati *standards* operativi e di qualità degli operatori del “settore sicurezza”.

La mera unione materiale non porta, di per sé, alla reciproca “condivisione” delle competenze precedentemente acquisite dai singoli attori del comparto, ma più verosimilmente alla confusione di capacità che per formazione sono e restano distinte; nella prospettiva europea viene invece privilegiata un’opera di formazione costante e progressiva, che non mira certo ad operare un “travaso” di competenze da un soggetto all’altro, bensì ad individuare dei tratti procedurali comuni, delle *best practices* operative, degli *standards* professionali. A tal fine, infatti, sono state istituite alcune Agenzie strumentali, che si avvalgono (in particolare CEPOL, cfr. *infra*) della collaborazione “circolare” e paritaria tra i centri formativi dei singoli Stati membri.

Un discorso a parte, ovviamente, vale invece per le Forze “ibride”, che non nascono certo dalla riunione di diverse componenti operative, ognuna dotata di autonome capacità “segmentarie”, ma vengono formate, sin dall’origine, proprio per soddisfare professionalmente una pluralità di competenze.

Le sinergie richieste dal legislatore UE, comunque, non si esauriscono nei tradizionali settori operativo-addestrativi, ma attingono capacità più complesse che fuoriescono dai tradizionali schemi delle politiche di pubblica sicurezza

(coinvolgendo, ad esempio, il settore finanziario o la giustizia (154)), capacità che in concreto sono tipiche di organismi deputati a svolgere normalmente (anche) funzioni di polizia giudiziaria.

Il 1° febbraio 2008, infine, il Consiglio ha adottato le “*Draft Guidelines for Command and Control Structure for EU Civilian Operations in Crisis Management*” (doc. 9919/07 Ext 2 (155)), con l’obiettivo di semplificare ed elevare il grado di coerenza delle strutture di comando e di controllo della GCC (“*gestione civile delle crisi*”): a tal fine viene introdotta la figura del *Comandante delle operazioni civili* (CivOpCdr), incaricato di esercitare il comando ed il controllo a livello strategico di tutto ciò che concerne la pianificazione e la conduzione delle operazioni civili PESD (156), agendo sotto il controllo politico e la direzione strategica del CPS e sotto l’autorità dell’Alto Rappresentante PESC.

F) IL “MODELLO MSU” TRA DIRITTO INTERNAZIONALE (FPU) E COMUNITARIO (IPU). L’APPROCCIO INTEGRATO CIVILE/MILITARE NELLE FONTI NORMATIVE DELLA PESC/PSDC.

A fronte di un tal variegato contesto si spiega il successo ottenuto, anche in sede europea, dal cd. “modello MSU” (157), sviluppato negli anni ‘90 dall’Arma dei Carabinieri per conto dell’Alleanza Atlantica (158) in occasione del

(154) Come indicato al par. 18, pur senza particolare enfasi.

(155) Parzialmente declassificato, su <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st09/st09919-ex02.en07.pdf>.

(156) Per un’introduzione generale, cfr. MATTELER, *The CSDP Mission Planning Process of the European Union: Innovations and Shortfalls*, Wien 2010 (<http://eiop.or.at/eiop/texte/2010-009a.htm>).

(157) Le MSU (*Multinational Specialized Unit*) sono Reggimenti dell’Arma dei Carabinieri nati nel 1998 per assolvere agli obiettivi fissati al *meeting* di Petersberg nel 1992: oltre a compiti di soccorso, svolgono operazioni di *peacekeeping* e missioni di combattimento, con l’obiettivo di mantenere la pace. Si tratta, in particolare, di strutture in grado di esprimere, al tempo, capacità militari ed autonomia logistica con alcune unità appositamente addestrate, e contemporaneamente di operare a tutto campo come Forze di polizia a competenza generale, in collaborazione con assetti multinazionali inseriti nell’organizzazione militare della NATO. Per un’efficace introduzione in materia, si veda PARIS, *Le Multinational Specialized Unit della NATO*, in *Riv. Polizia*, 1/2003.

(158) Nel corso della riunione ministeriale tenutasi a Bruxelles del dicembre 1997 sulla guerra in Bosnia, il Consiglio Nord Atlantico incaricò il Consiglio in sessione permanente di fornire delle direttive all’Autorità militare NATO, nell’ormai prossima scadenza della Missione SFOR (*Stabilization FORces*), al fine di garantire la stabilità e la sicurezza nel Paese. Fu infine deciso che la Forza militare che sarebbe succeduta alla SFOR ne avrebbe mantenuto il nome, ma avrebbe incentrato la propria attività sugli aspetti civili dell’intervento, in collaborazione con l’*International Police Task Force* dell’ONU e le Autorità bosniache. Il Comando Alleato individuò, tra le aree critiche, il mantenimento dell’ordine e della sicurezza pubblica, dal momento che tra missione e capacità militari di SFOR e missione e capacità di polizia internazionale ONU - tenuto altresì conto delle Forze di polizia locali - esisteva un limbo nel quale nessuno era stato sino a quel momento in grado di intervenire: SFOR, infatti, disponeva di Forze militari armate ed addestrate in modo tradizionale, non idonee a gestire eventuali problematiche civili di ordine e sicurezza pubblica, mentre la polizia dell’ONU (secondo le tradizionali dottrine di CIVPOL anglosassoni) era disarmata. A loro volta le Forze di polizia locali non volevano o non potevano intervenire per ragioni

conflitto bosniaco (159), da cui sono state successivamente mutate le IPUS - *Integrated Police Units* - dell'Unione Europea, aperte, a differenza del primo, anche alla partecipazione di Corpi di polizia ad ordinamento non militare.

Il modello MSU, in estrema sintesi, è la trasposizione in ambito internazionale ed in un teatro di guerra (civile o di altra natura) dell'attività ordinaria dell'Arma dei Carabinieri sul territorio nazionale, associata ad una serie di incombenze e capacità tipicamente militari in ragione dello specifico contesto ambientale di volta in volta presente.

Per meglio comprendere le problematiche in essere, va ricordato che le prime missioni internazionali di polizia, in ordine di tempo, furono quelle delle Forze di interposizione ONU (i cd. "*Caschi Blu*"), la cui base giuridica riposava sull'art. 42 dello Statuto delle Nazioni Unite: si trattava di contingenti rigorosamente disarmati, secondo il classico approccio dottrinale di CIVPOL anglosassone che voleva il poliziotto comunque privo di mezzi di offesa alorché chiamato ad operare a contatto con la popolazione civile.

In realtà, tale modello non riposava tanto su principi etici, bensì su un solido pragmatismo, essendo l'unico funzionale agli equilibri geopolitici del momento, dominati da due blocchi continentali contrapposti nei quali, di fatto, nulla accadeva se non con il *placet* delle maggiori Superpotenze e dove nulla doveva in realtà interpersi nella loro competizione permanente.

In questi termini la *ratio* dell'intervento ONU era stata efficacemente compendiata (fin dal 1957) dall'allora Segretario Generale delle Nazioni Unite, Dag Hammarskjöld, secondo cui i Caschi Blu "*non devono imporre soluzioni politiche né influenzare l'equilibrio politico esistente, non devono interferire in conflitti interni*".

Venuti meno gli equilibri di Yalta, l'*éscamotage* dottrinario perdette ogni utilità a livello internazionale, pur conservando una certa suggestività in alcuni

etiche o equilibri politici. Il Comando Alleato pensò allora ad un'Unità militare capace di svolgere alcuni compiti tipici di una Forza di polizia ordinaria - in particolare il mantenimento dell'ordine pubblico - che fosse quindi in grado di colmare il vuoto esistente tra le capacità della componente militare tradizionale e quella di polizia civile. Apparve chiaro fin dal primo momento che tale esigenza poteva essere soddisfatta solo da Forze di polizia "civili" ad ordinamento militare, in quanto integrate nello strumento militare tradizionale ma in possesso delle capacità professionali tipiche delle seconde. L'Alleanza si rivolse pertanto all'Italia ed all'Arma dei Carabinieri in particolare, chiedendo di sviluppare il concetto nei dettagli e di avviare le attività di pianificazione e di costituzione dell'Unità.

(159) Come nota BELLINI (in *Seminario sulle Multinational Specialized Units*, Suppl. a *Rass. Arma Carabinieri* 4/2004), "*Le caratteristiche degli interventi nelle aree destabilizzate possono essere collocate su un largo spettro che va dall'intervento armato per imporre la pace, di competenza delle Forze armate, alla semplice assistenza tecnica o umanitaria, di competenza di organismi civili più o meno strutturati. All'interno di tale spettro è possibile individuare un segmento, alquanto ampio, che non è più riferibile esclusivamente ad attività operative di tipo "combat", ma che non è ancora configurabile come impegno attribuibile agli ambiti della pura assistenza tecnica o umanitaria. In questo segmento trova particolare valenza l'impiego delle Forze di polizia ad ordinamento militare ... È infatti richiesta una capacità particolare, una sorta di "polizia intermedia" (...)*".

contesti nazionali. A livello ONU le tradizionali unità di CIVPOL vennero quindi progressivamente affiancate - o sostituite - da contingenti operativi di FPUS (“*Formed Police Units*”), militarmente organizzati e strutturati sul modello delle gendarmerie/MSU, così da poter realmente svolgere un’opera di interposizione tra le parti e colmare il costante *gap* di coordinamento ed interoperatività tra le unità militari e quelle di polizia, spesso carenti di capacità logistiche autonome.

In un contesto così disaggregato, la dottrina operativa della MSU riuscì a risolvere il principale ostacolo ad ogni reale forma di coordinamento ed interoperatività tra i diversi soggetti in campo, supplendo alla necessità di dar vita ad una complessa catena di comando (esclusivamente civile) che rispondesse - come in passato - ad una frammentazione di competenze ed attribuzioni di settore, spesso eterogenee quanto a procedure operative interne e professionalità e neppure integrabili con la distinta, ma quasi sempre presente, componente militare.

Analogo problema - come già anticipato - si presenta, in sede europea, pure nel settore FSJ (ex-GAI - cfr. *infra*), nel quale la cooperazione transfrontaliera tra le Forze di polizia degli Stati membri viene perseguita attraverso attività di formazione volte ad implementare delle procedure e linee-guida standardizzate valide su tutto il territorio dell’Unione, funzionali ad un’effettiva cooperazione a fronte di illeciti di rilevanza comunitaria.

Nel settore militare (dalla cui metodologia concettuale anche il diritto dell’UE ha attinto, nel definire le proprie linee guida in materia di sicurezza), si parla di “strategia operativa” per indicare quella parte della strategia generale militare che “*definisce i principi, le condizioni e le modalità d’impiego delle Forze*” e che rinvia al *corpus* concettuale dottrinario per identificare le diverse tipologie di azione coerenti con le più svariate evenienze del caso. In tale contesto si distingue tra “*concetto*” e “*dottrina*”: al vertice si colloca il “*concetto sull’impiego delle Forze*”, che definisce gli obiettivi di carattere generale delle Forze a disposizione e si declina in base alle diverse componenti operative e tipologie d’impiego; in subordine si colloca la *dottrina*, che precisa il concreto utilizzo delle risorse in campo.

Il primo individua gli obiettivi che è necessario raggiungere, la seconda le modalità concrete con cui perseguirli.

L’Unione Europea non dispone di un vero e proprio corpo dottrinario PESC/PSDC distinto da quelli dei singoli Stati membri o della NATO, che eventualmente fissi gli indirizzi di massima in materia di strategia operativa della sicurezza integrata civile/militare (160); per contro, le basi giuridiche e dottrinarie

(160) In argomento si veda l’ampio studio di PFISTER, *La gestion civile des crises: un outil politico-stratégique au service de l’Union européenne*, Genève 2008, pp. 305 ss. (su <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:1407>). Cfr. altresì COUTEAU-BEGARIE, *Unité et diversité des cultures stratégiques en Europe*, in KLEIN-BUFFOTO-VILBOUX (a cura di), *Vers une politique européenne de sécurité et de défense*, Paris 2003, pp. 119 ss..

(161) su cui si fonda il “modello MSU” sono assai articolate, stante l’iniziale difficoltà del mondo anglosassone (predominante in seno alla NATO) di concepire una Forza di polizia “civile” a statuto militare, che all’occorrenza potesse anche svolgere operazioni di polizia militare se non anche di combattimento.

Dopo una fase sperimentale (162), l’autonomo ruolo istituzionale delle MSU

(161) Di particolare importanza sono le fonti NATO (nel cui ambito le MSU sono state create), articolate su tre livelli. Il 1° (più elevato) include la *Allied Joint Publication - AJP 01* (Pubblicazione Interforze Alleata 01) denominata “*Capstone*” - pietra miliare - nonché quelle denominate “*Keystones*”, che per ogni branca funzionale (ad es. *intelligence*, operazioni, logistica, cooperazione civile-militare, etc.) dettano i principi generali. Il 2° livello, denominato “*Supporting Joint Doctrine*” (Dottrina Alleata di Supporto) disciplina i settori e le specifiche attività che sono ricondotte ad ogni singola branca funzionale. Il 3° livello, infine, è quello della “*Joint Applicable Doctrine*” (Dottrina Interforze Applicabile) che detta norme immediatamente operative e concretamente applicabili. Al di sotto di tale ripartizione esistono numerose altre tipologie di documenti, non dottrinali, con valore normativo (ad es. i documenti di pianificazione operativa, tra cui i piani e gli ordini di operazione, le *Technical Tactical Procedure*, le *Standing Operating Procedures*, etc.) che hanno però efficacia particolare e non generale (ad es. per una specifica *Task Force* o per uno specifico teatro operativo) poiché sono emanati da Comandanti strategici, operativi o tattici. Sulla questione, cfr. - sovra riportato - PARIS, *Le Multinational Specialized Units, un’esperienza militare di polizia tutta italiana*, Riv. Polizia 1/2003, p. 45.

(162) I primi riferimenti alla MSU nella dottrina NATO risalgono all’AJP-01(a), ora superata dall’AJP-01(b) “*Allied Joint Doctrine*”, nel cui capitolo 2 (Stanag 2437 - paragrafo 2204) si legge che i militari, grazie alle loro capacità, possono essere chiamati a contribuire, nelle operazioni di risposta alle crisi non contemplate dall’articolo 5, a compiti propri degli attori civili che vanno dalla pubblica sicurezza alla guardia delle frontiere. Su questa premessa la dottrina NATO conferisce alle MSU una vasta gamma di compiti specifici che in un contesto tradizionalmente stabile sono propri delle Forze di polizia operanti in seno alla società civile. Testualmente: “*Furthermore, experience has shown that in addition to the availability of specialized units for a particular task, the military, because of its organization, capabilities and ability to deploy rapidly, could be called on, in exceptional circumstances, to contribute to tasks which are responsibility of a mandated civil actors. Such as could run from public security, engineer support for municipal services to border security/control. Given that non-Article 5 CRO may be as demanding and intense as Article 5 operations, NATO forces need to be trained, equipped and supplied to accomplish the range of tasks mentioned in this paragraph*”. Il principio viene ribadito al cap. 2 par. 2004 dell’AJP-01(b).

Nell’AJP-01(a) era stata inserita una variante nella parte relativa alle “*operazioni militari diverse dalla guerra*” (“*Military Operations Other Than War*”) sono le operazioni non di combattimento che lo strumento militare può in concreto essere chiamato a svolgere, quali interventi umanitari, imposizione di sanzioni, operazioni antidroga, etc.) ed in relazione all’obiettivo politico finale delle stesse (Sezione II, Par. 2306 modificato: “... *Nella condotta delle operazioni diverse dalla guerra, l’obiettivo militare può essere limitato alla creazione di un ambiente sicuro nel quale Unità specializzate ed Agenzie civili possano più facilmente raggiungere l’obiettivo politico finale*”). Con tale variante si riconosceva l’esistenza di Reparti specializzati, cui si attribuiva la missione di raggiungere - unitamente alle Agenzie civili operanti sul campo - l’obiettivo politico finale di un’operazione non bellica. **La variante** non era però sufficiente dal punto di vista concettuale, poiché **faceva riferimento solo ad aspetti organizzativi** e di missione, **senza definire la funzione svolta ed il ruolo ricoperto dalle MSU**. Inoltre limitava l’impiego delle MSU alle sole operazioni diverse dalla guerra.

La successiva AJP-3.4 “*Allied Joint Doctrine for non-art. 5 crisis response operations*” prevede, al capitolo 0407b, che il supporto militare alla sicurezza pubblica possa implicare il coinvolgimento in operazioni atte a mantenere l’ordine e la sicurezza pubblica locale nella fase iniziale di un’operazione, sino a quando le Autorità del posto non siano in grado di assumersi questi compiti: tali incombenze vengono attribuite alla MSU. La medesima AJP prevede inoltre, ai capitoli 0405 e 0406, che la capacità di controllo delle masse sia compito della Forza impegnata nelle “*operazioni di evacuazione delle popolazioni non*

- in quanto “*Unità specializzate*” - trovò un primo fondamento nell’AJP-3 (163), che le qualificava come una “*componente funzionale*” dei Comandi integrati (cioè **multinazionali** ed interforze) della NATO (al pari delle tradizionali componenti terrestre, marittima, aerea e dell’oramai consolidata componente delle Forze per operazioni speciali): ne consegue che **la funzione militare di polizia della NATO da esse assolta è una funzione operativa autonoma, incardinata ad un’autonoma componente del Comando integrato** (164).

Non più quindi una funzione di polizia militare, come erroneamente ritenuto in un primo momento.

Dall’AJP-3 discende l’AJP (di secondo livello) 3.4.1 “*Peace support operations*” del luglio 2001, (“*Operazioni di supporto alla pace - PSO*”) che al capitolo 0529 individua la missione delle MSU, ovverosia la creazione di un ambiente sicuro dalle **minacce non militari**, oltre ad incombenze di carattere informativo, investigativo, di *intelligence* criminale, controterrorismo, ordine e sicurezza pubblica, tutela della legge, etc: in breve, tutte le classiche attività degli organi di polizia civile, sino a che le Autorità locali non siano in grado di assumersene l’onere (165).

Sempre nell’AJP-3.4.1, la PSO viene articolata in quattro fasi e la MSU è significativamente l’unico soggetto abilitato ad operare in ciascuna di esse, a prescindere dalla loro connotazione militare o civile (“*Once the security situation is sufficiently stable, and Civpol can hope with the maintenance of law*

combattenti” - chiamate “*NEO*” - e nelle “*operazioni di estrazione*”, con ciò ponendo le basi per l’impiego delle Forze MSU anche negli ultimi due scenari. Testualmente, “**Public Security. In exceptional circumstances, within a mandate for a larger mission, Nato military Forces could be called on to contribute to tasks related to public security which are the responsibility of a mandated civil authority, organization, or agency. Specifically, military support to public security will depend entirely on the mission and the residual local policing and judicial capability, and may require involvement in civil security tasks, including operations to maintain local law and order during the initial stage of an operation, until appropriate civilian authorities can take over their tasks. This assistance will normally be provided by Multinational Specialized Units, or in special circumstances, by other Forces**”.

(163) AJP-3 “*Allied Joint Operations*”, Cap. 2, Par. 2007: “*Integration of Command. The command structure should ensure that the capabilities of the nations, or those of several nations, can be brought to bear decisively to achieve the joint commander’s operational objectives in the most effective way. Normally, Component Commands into which nations contribute are functional (maritime, land, air, Special Operations and other specialised units). The specific task organisation will be tailored by the higher command authority to suit the needs of each operation*”.

(164) Così, testualmente, PARIS, *op. ult. cit.*, p. 56.

(165) “**Multinational Specialized Units. Over the long term local police should have primary responsibility for all civilian law enforcement issues. In the interim, and where this is not possible, the PSF has the responsibility for creating a secure environment. Multinational Specialized Units (MSUs) provide the JFC with police forces that have military status and the training, experience and capability to deal with this area of public security. MSU roles may include information gathering, investigations, criminal intelligence, counter terrorism, maintenance of law and order, and public security related matters. The aim should be for MSU and other PSF components to transfer civilian law enforcement responsibilities to civilian police components of the PSO, and/or to local civilian police forces, at the earliest feasible point in the course of the operation**”. Testo sull’archivio <http://www.cimicweb.org/>

and order, the main PSF can withdraw but MSU units may need to remain until the end of this phase. Emergency relief agencies may need to continue their activities to reduce human suffering). In questo documento, la MSU è ancora considerata una forza parallela alla CIVPOL, di rinforzo.

Va ricordato, al riguardo, che con l'espressione "CIVPOL" non si fa riferimento a Corpi di polizia a statuto civile, bensì a Forze multinazionali *destinate ad operare esclusivamente in seno alla società civile*, quando ormai la crisi è cessata, *generalmente disarmate* (salvo il necessario per l'autodifesa).

Il compito di controllare le masse e, più in generale, di contrastare la violenza delle folle viene invece previsto nel successivo AJP-3.4.1.1 "Pso tactical procedures" ("*Procedure tattiche delle operazioni di supporto alla pace*" - Stanag 2496).

Emblematico, in tale documento, è il paragrafo 0704 del Capitolo 7, che riconosce le specifiche competenze dei Carabinieri italiani e delle altre Forze di gendarmeria sotto la significativa rubrica "***The role of the civil police***": "*First and foremost it is the role of the police to maintain law and order. However, those police forces based upon the constabulary function, i.e. policemen acting as individual law enforcement agents, may have difficulties producing the formed units necessary to confront hostile crowds. The role of the civil police on their employment. An armed police force with a military capability such as Carabinieri, Gendarmerie or Koninklijke Marechaussee is likely to be both well-prepared and trained in riot drills. The military force is therefore not likely to be asked to intervene until rioting has reached serious proportions. On the other hand, an unarmed force, not used to operating in formed units will be less well able to deal with hostile crowds and may seek military assistance at a comparatively early stage. In this case the military should be trained accordingly*".

La MSU non è una polizia militare (166). Nonostante ciò in alcuni documenti viene ancora inquadrata - seppur con capacità più ampie - in tale contesto.

Come nota attenta dottrina (167), "*questa discrepanza concettuale risale alle origini dell'Unità, quando la differenza tra Forza di polizia militare e*

(166) Nel documento dottrinario D-14 del 2003 (cfr. *infra*) si precisa, con riferimento al diritto interno (cap. 3, par. 3), che "*Il Dlgs. 5 ottobre 2000, n. 297 ... ha previsto un sistema a doppio binario per i compiti di polizia all'estero. Infatti, mentre l'art. 5, comma 2, delinea i compiti di garanzia dell'ordinata convivenza e di sicurezza nell'area di intervento, il successivo art. 6 fissa i compiti della Polizia militare stabilendo che essa provveda a garantire l'ordine e la sicurezza all'interno della compagine militare. MSU, quindi è un assetto profondamente diverso dalla polizia militare, oltre che da quelli delle altre Forze armate, in quanto preposto ad assolvere i compiti di cui al citato art.5, comma 2, conseguentemente la MSU opera al di fuori dell'ambiente militare, necessita di capacità specialistiche diverse e di più ampio respiro e indirizza le proprie attività verso la popolazione locale. Tuttavia, è necessario stabilire rapporti di collaborazione tra la MSU e la MP*".

(167) PARIS, *Aspetti di dottrina militare delle Multinational Specialized Units*, Suppl. a *Rass. Arma Carabinieri*, 4/2004. I frequenti errori nei quali cade parte della dottrina vengono rilevati anche da GOBINET, *The Gendarmerie alternative: is there a case for police services with a military status in the 21st century European police apparatus?*, Portsmouth 2006 (scaricabile da <http://eprints.port.ac.uk/499>).

Forza di polizia a statuto militare, cioè una Forza di gendarmeria, non era chiaramente percepita in ambiente NATO. Questa è la ragione per la quale le MSU sono incluse nella Pubblicazione Procedurale Alleata n. 12 " NATO Procedures e Dottrine di Polizia Militare", ma questa inclusione non ha ottenuto il consenso unanime delle Nazioni a causa dell'impegno di polizia della MSU nell'ambito della comunità civile" (168).

La non riconducibilità delle MSU all'ambito della Polizia militare, bensì in quella civile (criterio che trova rispondenza nelle strategie di sicurezza UE) emerge con particolare evidenza al momento dell'adozione dell'AJP-12 (*Military Police Doctrine and Procedures* - Stanag 2226), nel cui Capitolo 8, dedicato alle cd. "Unità Specializzate di Polizia Militare" si era erroneamente pensato di ricondurre anche le MSU.

Pur ratificando il documento, l'Italia (analogamente ad altri Stati, quali la Spagna) non lo ha mai portato a pratica esecuzione (169), stante l'impossibilità di ricondurre le tradizionali Forze di gendarmeria a meri contingenti di polizia militare (errore che sta alla base delle incomprensioni affiorate, nel corso degli anni, soprattutto con alcuni Stati del Nord Europa, anche in merito all'iniziale progetto di inserire l'EUROGENDFOR - cfr. *retro* - nell'allora secondo pilastro PESC).

(168) Il problema, in effetti, è puramente culturale. Sotto il profilo del diritto interno, la distinzione tra i due ambiti è assolutamente pacifica e non crea problemi neppure sul piano operativo: già l'art. 6 del D.lgs 5 ottobre 2000, n. 297 (adesso artt. 90 e 91 D.lgs 15 marzo 2010 n. 66) disciplinava la funzione di *polizia militare* come un'attività interna alla compagine militare, sebbene caratterizzata da relazioni con l'ambiente esterno. Il fondamento giuridico della diversa funzione militare di *polizia civile* svolta dalle MSU - che dal punto di vista della dottrina militare concretizza la funzione di "sostituzione del combattimento" - è invece contenuto nell'art. 5, comma 2, dello stesso decreto legislativo che assegna all'Arma, accanto ai tradizionali compiti di combattimento e di polizia militare, anche quello del tutto peculiare di "realizzare condizioni di sicurezza ed ordinata convivenza nelle aree d'intervento" nel quadro delle "operazioni per il mantenimento ed il ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale". Tale norma deve essere letta alla luce dell'art. 1, comma 1, del decreto, che individua natura e ruolo dell'Arma quale Istituzione militare con rango di Forza armata in servizio **permanente** di pubblica sicurezza e con competenza generale di polizia.

In merito al concetto informatore delle polizie ad ordinamento militare ed ai diversi modelli organizzativi di polizia tra *civil* e *common law*, si veda lo studio di LIBERTINI, *Alcune considerazioni sulle differenze fra Forze armate e di polizia*, in *Riv. Polizia*, III-IV/2001 pp. 225 ss..

(169) La definizione dottrinarina dei compiti operativi delle MSU (codificata nel 2003 dal Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri e successivamente sottoposta agli organismi militari NATO ed UE per il recepimento formale) nulla ha a che vedere con le tradizionali funzioni militari svolte in un teatro operativo: queste infatti si concentrano sulla sola attività di combattimento ("*combattimento, supporto al combattimento e sostegno logistico al combattimento*"), laddove nel documento "*Dottrina e procedura di impiego delle Unità Specializzate Multinazionali*" si parla di una nuova funzione militare di "*sostituzione del combattimento*" (*combat replacement*). Con quest'espressione ci si riferisce alle operazioni condotte non nei confronti di gruppi armati convenzionali, bensì della popolazione civile, per garantire l'ordine e la sicurezza nell'area di responsabilità. La nuova funzione - precedentemente sconosciuta alla Dottrina militare e chiaramente plasmata sulle professionalità della polizia civile - attribuisce al Comandante della Forza una capacità esclusiva di polizia ordinaria, di cui lo strumento militare ha necessità e che non può permettersi di trascurare per condurre efficacemente la propria missione nelle operazioni di pace.

A loro volta hanno avanzato rilievi la Danimarca (ratifica con riserva), la Francia (che neppure l'ha ratificato), e la Polonia (ratifica con riserva), evidenziando come si trattasse di una forzatura concettuale, dal momento che i due strumenti esercitano funzioni ben distinte: la polizia militare svolge infatti un supporto al combattimento (170), mentre la MSU opera al di fuori di esso, poiché esercita il suo servizio nell'interesse della popolazione civile (171).

In estrema sintesi, la MSU è l'inedita proiezione, su un teatro internazionale (ed a composizione interforze), del modello operativo "di prossimità" proprio dell'Arma dei Carabinieri, sin dalla sua fondazione: l'elemento di novità è però dirompente (172), sia perché, storicamente, i Corpi armati di stanza all'estero hanno quasi sempre svolto una funzione di occupazione o di protettorato esterno, anziché di servizio alla popolazione civile, sia perché ha evidenziato l'eccezionale versatilità ed efficacia delle Forze di polizia a competenza "ibrida" (che nei testi NATO e G8 hanno assunto la significativa

(170) Sulle funzioni della polizia militare, si rinvia a LIBERTINI-PARIS, *La funzione di polizia militare nell'ordinamento delle Forze armate*, Forlì 2006. Il principio viene ribadito nel paragrafo 0301 dell'AJP 3.2.3.3 ("Military Police Support to Combat Functions"), secondo cui "MP activities can contribute to all combat functions. However, MP units may not be able to perform all tasks simultaneously, therefore these tasks must be prioritised in parallel with the main effort".

(171) Nel corso della *MP Chiefs Conference* del settembre 2003 la delegazione italiana propose in effetti l'elaborazione di un'autonoma pubblicazione NATO sulla MSU da parte di un *Working Group* diverso da quello della polizia militare e, conseguentemente, la cancellazione del Capitolo 8 dell'AJP-12. Nel corso della discussione che ne derivò, la *Conference* richiese ufficialmente all'Italia di mantenere le MSU, seppure con completa autonomia, nell'ambito concettuale della *Military Police* allo scopo di non rompere "l'unità della famiglia della MP-NATO" e di sostenere il ruolo della polizia militare. La proposta, accettata in quella sede, prevedeva però la riformulazione dell'AJP-12 in una AJP "Military Police" del secondo livello dottrinale, con un capitolo dedicato alle MSU i cui aspetti tecnici sarebbero stati trattati a parte.

Attualmente la questione ha trovato sostanziale componimento con l'adozione, il 21 settembre 2009, dell'AJP-3.2.3.3 (di terzo livello, ossia di dettaglio, sino ad allora mancante) "*Allied Joint Doctrine for Military Police*" (NATO Stanag 2296), nel quale si parla sia di MSU che di polizia militare, per definirne i limiti di competenza: premesso che il *Provost Marshall* (l'ufficiale delle FF.AA. responsabile della polizia militare) sovrintende a tutte le attività di polizia militare e civile ("*Foremost ... provides advice: 1) Pertaining to all military and civil police activities across the spectrum of operations including information sharing, close cooperation and liaison between NATO military forces and civilian police authorities*"), e che la nozione di *Military Police* viene intesa in senso ampio ed inclusivo, onde consentirne l'adattamento anche a Stati formalmente privi di strutture *ad hoc* ("*PM is the generic term used to define the senior officer charged with the proponentcy of specialist military police advice to commanders, establishing policy and procedures and facilitating planning for employment of MP forces*"), nel Capitolo 2 paragrafo A), recante «*Considerazioni fondamentali per la pianificazione delle attività di Polizia militare*», al p.to c) si precisa che "**MSU provides the commander with police forces that have military status and training, experience and capability to deal with this area of public security. MSU roles may include information gathering, investigations, criminal intelligence, counter terrorism, maintenance of law and order, and public security matters. When an MSU is established, the PM and MSU commander must cooperate closely to ensure overlapping interests are deconflicted to improve information sharing and continuity of effort**", il che chiarisce come i compiti di PM, per quanto ampi, sono altra cosa rispetto alle funzioni della MSU/gendarmeria, che ha un'autonoma linea di comando.

denominazione di “*Carabinieri/Gendarme-like Forces*” (173)), in grado di assicurare una permanente funzione di polizia giudiziaria e civile adeguandosi ai contesti di guerra, ma operando allo stesso tempo quali principali attori della CIMIC (*Civil-Military Cooperation* (174)) intorno ai quali possono aggregarsi, a seconda dei casi, sia Forze di polizia militare, sia Forze civili di polizia (che già operano a loro fianco nei rispettivi Paesi di origine), dimostrandosi interoperative con ogni componente sul campo (175)).

Interoperatività richiamata anche nel “*Concept for Allied Future Joint Operations*” del 2005, laddove “*This is the fundamental principle behind an effects-based approach to operations or EBAO, which may be defined as the comprehensive integrated application of all instruments of Alliance power, both military and non-military, to create campaign effects, which will achieve desired outcomes*” (176).

(172) Si veda, a titolo d'esempio, lo studio di PERITO, *Where is the lone ranger when we need him? America's search for a postconflict stability force*, Washington (UISP) 2004. Di particolare interesse, la menzione (pp. 47-51) di un recente studio governativo relativo alla possibilità di costituire una gendarmeria USA, o di estendere il precedente storico dei *Rangers* del Texas che nel 1874, al termine della guerra di Secessione, vennero riconosciuti per legge quali Forza di polizia a statuto militare (l'iniziale ruolo di guardie di frontiera venne progressivamente dismesso intorno agli anni '20, per assumere i compiti tipici delle tradizionali polizie civili: a titolo di curiosità, si segnala che il *Texas Government Code*, alla sez. 411.024, ne vieta lo scioglimento, in quanto patrimonio storico della comunità texana - cfr. <http://www.texasranger.org/today/statutes.htm>). Cfr. anche CLARKE, *Does America need a Gendarmerie?*, in *Defense News* 2-14/2002 e BLUM, *The National Guard transforming to an operational force*, in *Joint Force Quarterly*, 4/2006, pp. 12 ss..

(173) Nella dichiarazione finale del Summit G8 di Sea Island del 2004 (“*G8 Action Plan 2004*”), ad esempio, si legge “*Increasingly, Carabinieri/Gendarme-like forces have demonstrated their unique skills in recent peace support operations. These units can fill the security gap between military forces and civilian police, relieving some of the military units' heavy burden and establishing an environment in which civilian police can operate effectively within the rule of law. More interoperable and a greater number of these units are needed to participate in international peace support operations and their related activities*”. Tali operatori vengono considerati, a livello internazionale, i *peacekeepers* ideali poiché adatti - in ragione della loro quotidiana attività nei Paesi d'origine - ad operare in situazioni di *post* conflitto con la forma mentale del poliziotto ma con l'addestramento e la disciplina militari, e quindi capaci di dialogare ed interagire sia con la Forza armata tradizionale che con quella puramente civile.

(174) In relazione alla Missione MSU in Kosovo, per il 2008, si veda la documentazione riportata su http://www.nato.int/kfor/cimic/projects/msu_081107.pdf. La dottrina NATO sulla CIMIC era espressa nell'AJP-9 del giugno 2003, ora sostituita dall'AJP 3.4.9 (in corso di ratifica per l'Italia: testo ufficiale su http://www.cimic-coe.org/download/AJP_3.4.9_CivMilCoop_ratification_draft.pdf). In argomento si veda, per un'introduzione, REHSE, CIMIC: *Concepts, Definitions and Practice*, Hamburg 2004, nonché il documento MC 411/1-NATO (scaricabile da <http://www.nato.int/ims/docu/mc411-1-e.htm>).

(175) Sul punto, cfr. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, pp. 168 ss.. Fondamentale è pure l'eclettico studio, per conto del Ministero della Difesa francese, di BRAEM-CHICHIGNOUD, *De la Gendarmerie et des polices militaires à l'international*, Paris C2SD 2008 (su <http://www.youscribe.com/catalogue/tous/art-musique-et-cinema/autres/les-thematiques-du-414044>).

(176) In argomento si veda il *Rapporto Nolin* all'Assemblea Parlamentare NATO nel 2006, doc. 117-STC-06-E (*Interoperability: the need for Transatlantic Harmonisation*), incentrato significativamente sulla cooperazione NATO-UE e sull'armonizzazione delle rispettive dottrine di sicurezza: <http://www.nato-pa.int/default.asp?SHORTCUT=1004>.

Nel diritto italiano, base legale delle MSU è stata, storicamente, l'art. 5 del D.lgs 5 ottobre 2000, n. 297, che nell'enunciare i compiti militari dell'Arma dei Carabinieri indica anche la partecipazione alle operazioni (militari) all'estero; in tale contesto, il secondo comma della norma prevede - accanto alle tradizionali mansioni di combattimento e di polizia militare - pure quella di *“realizzare condizioni di sicurezza ed ordinata convivenza nelle aree di intervento”*, nel quadro delle operazioni *“per il mantenimento ed il ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale”* (177).

La norma va letta nel combinato disposto con l'art. 2, comma primo del medesimo D.lgs, che individua natura e ruolo dell'Arma, qualificata *“Istituzione militare con rango di Forza armata in servizio permanente di pubblica sicurezza, e con competenza generale di polizia”*.

In questi termini, come nota attenta dottrina (178), *“L'articolo 5, comma 2, individua ... l'esercizio di una nuova ed originale funzione militare (179) che possiamo definire “di polizia ordinaria”. Tale funzione, normativamente distinta da quella di polizia militare, che è disciplinata nell'articolo 6 del decreto, deve essere tenuta separata anche concettualmente e nella pratica da quest'ultima, con cui non si sovrappone ma realizza invece una vicendevole integrazione. La legge, peraltro, implicitamente separa anche gli strumenti operativi a cui le due funzioni fanno capo. L'esercizio della citata funzione e l'autonoma struttura a cui essa è incardinata, pertanto, non solo trovano giustificazione giuridica nel dettato normativo ma costituiscono la modalità più efficiente ed efficace per la sua piena applicazione.*

La valenza legislativa di MSU (come funzione e come reparto), però, non si esaurisce nel richiamato dettato legislativo. Infatti, il Legislatore ha anche attribuito all'Arma, sempre nel citato articolo 5, comma 2, del decreto, il compito di concorrere ad “assicurare il contributo nazionale alle attività promosse dalla comunità internazionale o derivanti da accordi internazionali, volte alla ricostituzione ed al ripristino dell'operatività dei corpi di polizia locali nelle aree di presenza delle Forze armate, assolvendo compiti di addestramento, consulenza, assistenza e osservazione”. È questo un altro compito militare che, sebbene di norma riconducibile a missioni di polizia internazionale dell'ONU (180) o di Organizzazioni regionali (181), anche MSU può agevolmente svolgere in completa-

(177) Sulla questione, cfr. LIBERTINI, *Alcune osservazioni sulla funzione di polizia militare*, in *Riv. Polizia*, 1/2002, pp. 13 ss.. Si vedano, adesso, gli artt. 155 e 156 del D.lgs 66/2010.

(178) PARIS, *Le Multinational Specialized Units*, cit., pp. 43 ss. (da cui sono tratte pure le quattro note successive).

(179) *Ad abundantiam*, la militarità della funzione si desume, oltre che dall'inquadramento sistematico tra i compiti militari attribuiti all'Arma, anche dall'articolo 20, comma 1, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, che recita *“Al Ministero della Difesa sono attribuite le funzioni ed i compiti spettanti allo Stato in materia di difesa e sicurezza militare dello Stato, politica militare e partecipazione a missioni a supporto della pace ...”*. A nessun altro Dicastero, infatti, la legge attribuisce esplicita competenza nel campo delle missioni a supporto della pace.

(180) Ad esempio l'*International Police Task Force* della Missione ONU in Bosnia Erzegovina.

mento e contestualmente alle sue altre attività (182), in particolare a quelle sostitutive di imposizione della legge, quale attività preparatoria alla cessione di autorità e responsabilità di polizia alle forze locali, cui naturalmente spettano”.

Il consolidato dottrinale e procedurale sulle MSU riposa nel documento D-14 “*Dottrina e procedura di impiego delle Unità Specializzate Multinazionali (MSU)*” del 2003, che disciplina l’utilizzo nel sistema giuridico internazionale delle Forze di gendarmeria per lo svolgimento di compiti di polizia civile nelle aree destabilizzate (183).

Solo per completezza si ricorda che il termine “dottrina” non va qui inteso nell’accezione comune, trattandosi di fonte scritta sostanzialmente vincolante, una volta recepita dai soggetti istituzionali interessati (Stati ed organizzazioni internazionali).

Prima di esaminare i profili giuridici della questione in sede comunitaria, è però opportuno chiarire il ruolo delle Forze di polizia nel più ampio ordinamento internazionale, con particolare riferimento all’Organizzazione delle Nazioni Unite.

Se la base legale delle decisioni operative NATO (cfr. *retro*) risiede generalmente negli artt. 5 e 6 del Trattato di Washington del 4 aprile 1949, di prammatica nel combinato disposto con i paragrafi 32-34 del vigente NAC 1991 (“*Nuovo Concetto Strategico dell’Alleanza Atlantica*” (184)), più complessa è la situazione in ambito ONU.

(181) L’UE, in aderenza ai possibili scenari di impiego delle proprie Forze di polizia (missioni di sostituzioni in aree altamente destabilizzate e missioni di rafforzamento delle polizie locali), ha elaborato un concetto d’azione specifico per la ricostituzione e l’addestramento delle polizie locali, lo “*European Union comprehensive concept for strengthening of local police Forces*” del 31 maggio 2002. L’Arma dei Carabinieri, maggiore contributore europeo, partecipa alla capacità di polizia della UE con 800 unità, a varia prontezza operativa, di cui 720 per le Unità Integrate di polizia (IPUS) e 80 da spendere individualmente, in particolare per missioni di rafforzamento.

(182) MSU-SFOR, ad esempio, partecipa ad un programma di addestramento della polizia locale condotto dall’IPTF in esecuzione dell’articolo 3 dell’allegato 11 all’Accordo di pace.

(183) Nell’*incipit* al Capitolo I viene ribadita la natura inclusiva e complementare della MSU, che “*quale Unità militare, l’MSU, a livello di Brigata o di Reggimento è composta da **Forze di polizia a status militare, che non espletano compiti di polizia militare, e dispone dell’addestramento, dell’esperienza e della capacità per soddisfare le esigenze di sicurezza ed ordine pubblico ed affrontare le problematiche relative alla polizia ordinaria al fine di creare un ambiente sicuro per le Forze militari schierate nell’ambito della propria Area di Responsabilità (Area of Responsibility - AOR) durante le “operazioni di risposta alle crisi non articolo 5 della NATO” o nelle cosiddette “missioni di Petersberg” della UE.*** Fondamentale è poi il richiamo alle funzioni di polizia di prossimità (Par. 4, lett. c), per cui “*Il personale MSU di ogni grado, nell’espletamento delle attività operative, dovrà considerare i contatti con la popolazione locale un fattore essenziale per la buona riuscita della missione. I contatti dovranno essere ricercati e mantenuti con imparzialità verso le diverse etnie o religioni ...*”.

(184) Dopo la fine della “guerra fredda” gli Stati membri hanno progressivamente ridefinito ruolo ed obiettivi dell’Alleanza Atlantica che, pur mantenendo le proprie prerogative nel campo della difesa collettiva, ha cominciato a svolgere attività di cooperazione militare con gli Stati dell’Europa orientale ed a ricoprire (dal 1995) nuovi compiti in materia di gestione delle crisi e di mantenimento della pace, generalmente su mandato ONU: in tale contesto si colloca il cd. “*Partenariato per la pace*”, programma volto a pianificare attività di addestramento comuni ed a facilitare la trasparenza dei processi di pianificazione e bilancio in materia di difesa.

La Carta delle Nazioni Unite non prevede infatti le operazioni di *peacekeeping*, né il “Comitato speciale per le operazioni di mantenimento della pace” - istituito dall’Assemblea generale nel 1965 - è andato oltre l’elaborazione di linee-guida generali per l’approntamento di tali operazioni; ad avviso della dottrina, l’unico sforzo classificatorio in materia, sebbene atipico e non vincolante, può essere individuato nell’*Agenda for Peace* (e relativo Supplemento) elaborati nel 1992 dall’allora Segretario generale Boutros Ghali.

Neppure la prassi fornisce indicazioni sul fondamento giuridico delle operazioni di mantenimento della pace, che né il Consiglio di Sicurezza, né l’Assemblea Generale hanno mai precisato nelle loro risoluzioni: parte della dottrina ritiene che risieda nel Cap. VI della Carta (in particolare nell’art. 36, che autorizza il Consiglio di Sicurezza a raccomandare “*procedimenti o metodi di sistemazione adeguati*” in caso di controversie suscettibili di mettere in pericolo la pace o la sicurezza internazionale), altri invece lo individuano nel cap. VII (all’art. 39, che autorizza il Consiglio di Sicurezza ad intervenire in presenza di una minaccia alla pace, violazione della pace o atto di aggressione, ovvero ancora all’art. 42, concernente l’adozione di misure implicanti l’uso della forza). Altri ancora richiamano la teoria dei “*poteri impliciti*”, alla luce dell’obiettivo generale di mantenimento della pace perseguito dall’ONU (ai sensi del *Preambolo* e dell’art. 1 della *Carta*).

Significativamente il secondo Segretario Generale delle Nazioni Unite, Dag Hammarskjöld, assegnava le missioni di *peacekeeping* all’ideale “*Capitolo sei e mezzo*” della Carta ONU, posizionandole tra i tradizionali metodi di soluzione pacifica delle controversie - come la negoziazione e la mediazione, previste dagli articoli del Capitolo VI - e le azioni più risolutive, compreso l’uso della forza, previste dal Capitolo VII (185).

La questione pare essere stata incidentalmente trattata solo in un parere consultivo della Corte Internazionale di Giustizia, il 20 luglio 1962 (relativo a “*certe spese delle Nazioni Unite*”).

Contrariamente alle misure adottate ai sensi dell’art. 42 Carta ONU, le operazioni di *peacekeeping* non hanno natura coercitiva, poiché non sono dirette contro uno Stato, ma mirano a preservare una situazione di ordine sociale o uno *status quo* di non belligeranza: di conseguenza possono realizzarsi solo con il consenso dello Stato all’interno del quale devono operare.

Il personale militare che vi partecipa, quindi, ha il diritto di usare la forza solo per legittima difesa e solo nell’attività di polizia interna; alla componente militare si è poi gradualmente aggiunto personale civile e di polizia, per far

(185) La dottrina più recente parla invece di “*Capitolo sette e mezzo*” (cfr. MONACO, *Manuale di Diritto internazionale pubblico. Parte generale*, Torino 2009, p. 591). Per un’efficace sintesi delle questioni, cfr. PIGOLI, *La riforma delle operazioni di mantenimento della pace: Nazioni Unite, organizzazioni regionali e nuove potenze emergenti*, CeMiSS Roma 2010 (reperibile anche all’indirizzo web <http://www.difesa.it/SMD/CASD/IM/CeMiSS/Pubblicazioni/Documents/PIGOLI.pdf>).

fronte alle modifiche funzionali di tali operazioni (spesso non riducibili alla semplice separazione ed interposizione tra le parti).

Ne è derivata l'esigenza di un effettivo coordinamento sinergico degli operatori civili e militari presenti nelle missioni di pace: da un lato, si è scelto di delegare ad organizzazioni regionali (quali la NATO, l'OUA, l'UE, etc.) la concreta gestione operativa delle crisi, non disponendo il *Consiglio di Sicurezza* di Forze sufficienti per agire direttamente, dall'altro si è tentato di sperimentare vari modelli di coordinamento strategico ed operativo, elaborando il concetto di "missioni integrate" (186).

L'approccio ONU fa anch'esso perno sul principio-chiave del coordinamento civile/militare: i maggiori contributi dottrinari in tal senso provengono dall'*Office for the Coordination of Humanitarian Affairs* (UN-OCHA), dal *Department of Peacekeeping Operations* (DPKO) e dall'*Inter-Agency Standing Committee* (IASC).

La nozione di "coordinamento civile-militare", proposta da UN-OCHA e successivamente ripresa da altre Agenzie, parla esplicitamente di "*dialogo e interazione essenziali tra attori civili e militari nelle emergenze umanitarie, necessari per proteggere e promuovere i principi umanitari*" che rappresentano l'obiettivo comune da raggiungere.

Il DPKO ha invece pubblicato successivamente un documento (187) che tratta il tema civili/militari all'interno del caso specifico delle operazioni di pace, superando quindi il precedente ambito della sola dimensione umanitaria: "*Il coordinamento NU tra civili e militari è il sistema di interazioni che coinvolgono lo scambio di informazioni, il negoziato, l'evitare indesiderate interferenze reciproche (il cosiddetto de-confliction), il mutuo soccorso e la pianificazione a tutti i livelli tra elementi militari e organizzazioni umanitarie, agenzie di sviluppo, popolazione civile locale per raggiungere i rispettivi obiettivi*".

Sul terreno operativo, l'ONU ha cercato di consolidare il concetto di "*Integrated Mission Task Force*" per la pianificazione delle missioni, traducendolo nel concetto di "*Strategic Framework*" (in Afghanistan) o di "*Results Focused Transition Framework*" (in Sierra Leone) con l'esplicito obiettivo (188) di rac-

(186) Sull'argomento, si veda ad esempio lo studio condotto dallo "Robert Schuman Centre for Advanced Studies", AA.VV., *European Report on Development 2009. Overcoming Fragility in Africa*, Bruxelles 2009.

(187) UN DPKO, *Civil-Military Coordination Policy*, New York, 9 settembre 2002 (anche su <http://ochanet.unocha.org/p/Documents/DPKO%20Civil-Military%20Coordination%20Policy.pdf>). In argomento cfr. anche DURCH, *Twenty-first-century peace operations*, Washington 2006.

(188) Si veda, in questi termini, il Paragrafo 4 della "*Note on Guidance on Integrated Missions*", del Segretario Generale, in data 17 gennaio 2006: "*Integration is the guiding principle for the design and implementation of complex UN operations in post-conflict situations and for linking the different dimensions of peacebuilding (political, development, humanitarian, human rights, rule of law, social and security aspects) into a coherent support strategy. An integrated mission is based on a common strategic plan and a shared understanding of the priorities and types of programme interventions that need*

cordare le complesse missioni di *peacebuilding* e l'articolato sistema di programmi (a breve, medio e lungo termine) in un unico "sistema ONU" relativo al singolo Stato di intervento, combinando tra loro le dimensioni politiche, di sviluppo, umanitarie, dei diritti umani, dello Stato di diritto, sociali e di sicurezza.

Nel 2008, di fronte alle difficoltà operative ed alle resistenze all'integrazione delle componenti del sistema ONU (soprattutto quelle civili, che temevano di perdere il predominio acquisito durante gli anni della "Guerra Fredda", allorché non era realmente ipotizzabile un intervento militare nei teatri di guerra in cui le Superpotenze si contendevano le sfere di influenza), venne introdotto il concetto di "*approccio integrato*" (189), che non presuppone l'integrazione delle strutture (come invece accade per le "missioni integrate") ma si limita a prefigurare un "partenariato strategico" tra tutte le componenti operative: a tal pro, il DPKO ha istituito una "*Integrated Mission Training Cell*" che si prefigge di integrare (nel senso di raccordare, pur mantenendole distinte) le funzioni formative di militari, Forze di polizia ed operatori civili in un'unica unità.

All'interno di tale cornice, nessuna fonte giuridica parla di polizie a *status* civile o a *status* militare, men che mai si fa cenno (più di recente) alle MSU, ad EUROGENDFOR o altro: semplicemente si distingue - peraltro in termini estremamente ampi - tra FPUS (*Formed Police Units*) e CIVPOL (generalmente disarmata), così da non vincolare l'apporto - già notoriamente esiguo - dei singoli Stati membri a precise tipologie di personale.

Molti Stati, infatti, hanno Forze di polizia con raggruppamenti operativi dediti alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblici che, pur essendo gerarchicamente e militarmente organizzati, non hanno però uno *status* giuridico militare o sono inseriti unicamente nell'organico del *Ministry of Interior* (ad esempio, l'India) o della Giustizia.

La necessità di non privarsi di alcun apporto utile spinge dunque l'ONU a chiedere - per poter far parte di un contingente di FPU - semplicemente una concreta capacità di "**robust police**", così precisata: "... *which give them a heightened robustness compared to IPOS*" (190).

to be undertaken at various stages of the recovery process. Through this integrated process, the UN system seeks to maximize its contribution towards countries emerging from conflict by engaging its different capabilities in a coherent and mutually supportive manner".

(189) Cfr. la *Decision n. 2008/24 - Integration*. Decisions of the Secretary General, Policy Committee, UN, New York, 25 June 2008. In argomento si vedano METCALFE-GIFFEN-ELHAWARY, *UN Integration and Humanitarian Space*, Washington HPG 2011.

(190) Gli "Ipo" sono i tradizionali *individual police officers*. La definizione di "**robust police**" è contenuta nel documento di *policy* DPKO 2009.32 ("*Formed Police Units in UN Peacekeeping Operations*"), che rivede il precedente DPKO/PD/2006/00060 del 9 novembre 2006. Sempre nel DPKO/PD/2009/00032, al paragrafo D.1.1 si precisa che "*A United Nations Police component can consist of individual police officers (IPOS) and - where they are authorised and deployed - formed units. Both together form what is referred to as UNPOL*". Il successivo alinea chiarisce che "*United Nations FPUs are defined as cohesive mobile police units, providing support to United Nations operations and ensuring the safety and security of United Nations personnel and missions, primarily in public order*".

Va però evidenziato che al p.to 21 del DPKO/PD/2009/00032 il “legislatore” ONU, nell’individuare l’assetto organizzativo delle FPUS, utilizza significativamente espressioni tipiche del lessico militare quali “*plotoni*” ed “*interoperabili sotto-unità tattiche*” (191); se a ciò si aggiungono i requisiti di impiego e logistici che emergono dalla lettura complessiva del documento, restano ben pochi dubbi sulla struttura organizzativa e sulle capacità funzionali dello strumento, che rimane comunque, salvo specifiche eccezioni (vedansi i punti da 63 a 70 del documento) a disposizione della massima Autorità di polizia in teatro (*HOPC-Commissioner*).

Le fonti giuridiche dell’ONU non prendono tuttavia espressa posizione sulle MSU (192), che vengono ricomprese tra le unità militari nella disponibilità del *Force Commander*, figura presente in tutte le missioni ove la componente militare abbia una qualche minima rilevanza: per il “sistema ONU” non vi sono infatti funzioni od unità di polizia al di fuori dell’autorità del *HOPC-Commissioner*, ma al più delle azioni di coordinamento con componenti militari della missione, Forze e strutture alleate ed Autorità locali.

management. *As a coherent part of the United Nations police component, FPUs work in support of the establishment and maintenance of safe, democratic and human rights abiding communities by delivering professional, responsive and more robust policing in accordance with the mandate*. In precedenza già DWAN, *Executive policing. Enforcing the Law in Peace Operations*, SIPRI Oxford 2002.

(191) Testualmente: “*The minimum overall operational capacity is approximately 120 police officers. The operational capacity consists of inter-operable tactical sub-units (platoons). The recommended number of tactical sub-units (platoons) is four (4), the minimum number is three (3), consisting of approximately 30 officers each. If an FPU’s operational capacity is made up of only three tactical sub-units, they will have to consist of approximately 40 officers each to reach the minimum overall operational capacity of 120. Specialised units may be added, but do not count towards the minimum operational capacity of 120*”.

Su http://www.un.org/en/peacekeeping/sites/police/documents/formed_police_unit_policy_032010.pdf.

(192) Il rapporto formativo-dottorinale tra FPU e MSU trova eco nel recente “*Memorandum of Understanding between the Center of Excellence for Stability Police Units (CoESPU) and the United Nations Department of Peacekeeping Operations (DPKO)*”, sottoscritto il 29 giugno 2010, a mente del quale l’Organizzazione Internazionale “*will continue to cooperate to CoESPU programmes and activities, considering its doctrinal contribution, making use of its expertise in training police cadres and trainers and utilizing its facilities and resources in the areas of training in accordance with the DPKO/DFS Training Policy on Support to Military and Police Pre-deployment Training*”. Il CoESPU è il centro formativo d’eccellenza dell’Arma dei Carabinieri, istituito su decisione congiunta (*Action Plan*) dei Paesi partecipanti al summit G8 di Sea Island del 2004 (Canada, Francia, Germania, USA, UK, Russia, Italia e Giappone) al fine di dar vita - *ex nihilo* - ad un “*... international training center that would serve as a Center of Excellence to provide training and skills for peace support operations*”: ad oggi tale Istituzione cura la formazione e l’organizzazione di Forze (soprattutto del tipo Carabinieri/Gendarmeria, nonché FPUS) preparate per un dispiegamento rapido, logisticamente indipendenti ed in grado di operare con componenti sia civili che militari per stabilire una forte presenza di polizia in ambienti ostili. Un analogo *Memorandum* è stato sottoscritto il 3 febbraio 2014 tra l’Arma dei Carabinieri e l’*Office of the Under Secretary of Defense Personnel & Readiness* del Dipartimento della Difesa USA. Per un’introduzione generale, cfr. CRETA-PIROZZI, *Formazione e reclutamento del personale civile*, in AA.VV. (a cura di PIROZZI), *L’Italia nelle missioni civili dell’Ue. Criticità e prospettive*, Roma (IAI) 2010, pp. 49 ss.. In materia, cfr. anche HILLS, *International Peace Support Operations and CIVPOL*, cit., pp. 26 ss., nonché LUTTERBECK, *Between Police and Military. The New Security Agenda and the Rise of Gendarmeries*, in *Cooperation and Conflict* 39/2004, pp. 45ss..

Ritornando all'ambito UE, va innanzitutto precisato che base legale degli interventi internazionali PSDC/PESD è attualmente l'art. 43 TUE, che consente all'Unione di intraprendere missioni estere a carattere sia civile che militare (caratteri invero complementari, *ut supra*) nell'attuazione della propria politica di sicurezza interna ed esterna; le missioni a carattere militare possono avvalersi anche di Forze e capacità della NATO, secondo quanto previsto - nell'ambito del partenariato strategico tra le due organizzazioni - dagli accordi "*Berlin Plus*" (cfr. *retro*).

Tra le fonti normative dell'Unione Europea non è dato trovare una disciplina specifica delle MSU, dal momento che quest'ultimo modello è stato in larga parte trasfuso nelle IPUS (193): che si tratti però di due realtà affini e sostanzialmente interscambiabili lo si è visto nel 2004, in occasione dell'avvicendamento tra la missione SFOR della NATO e la subentrante EUFOR dell'UE, che comportò la necessità di trasformare anche il Reggimento MSU (fino a quel momento operante in seno alla SFOR quale Forza di polizia giudiziaria e di prossimità). In quella circostanza si ritenne di mantenere la missione sotto un comando militare, per garantire un passaggio graduale dalla responsabilità NATO a quella dell'UE, e fu deciso che la MSU, pur rimanendo sostanzialmente la stessa, si sarebbe trasformata in una nuova struttura a metà strada tra l'assetto originario e l'IPU.

Tale nuova struttura prese informalmente il nome di "*IPU style capabilities*", con l'unica novità di includere delle ulteriori aliquote di personale di polizia (austriaci) e di fanteria (ungheresi), scelta quest'ultima piuttosto irriuale, essendo la MSU a tutti gli effetti una struttura di polizia.

Nella letteratura specialistica esistono due documenti sul tema, lo "*European Union Multinational Specialised Union Concept*", elencante i principi generali che disciplinano la MSU, da considerarsi una sorta di ponte verso una missione di polizia civile (tesi comune alla dottrina NATO) e lo "*European Union Multinational Specialised Union Procedures*".

Quest'ultimo individua le procedure tecnico-tattiche che governano l'impiego di una MSU nel teatro operativo, focalizzandone i potenziali compiti ed elencando, per ognuno di essi, i fattori-chiave e le procedure di coordinamento con la polizia militare, la polizia locale (quando esiste) e le eventuali missioni di polizia internazionale che operano nella stessa zona: aspetto cruciale del modello MSU è in effetti la flessibilità, stante la sua capacità di adattarsi a qualsiasi realtà possa emergere sul campo (194).

Flessibilità che, come già visto, rappresenta il tratto caratteristico anche di EUROGENDFOR.

I principi espressi in tali documenti, sottoposti all'EUMC per una ricezione

(193) "*Unità Integrate di Polizia*" create in ambito UE a seguito del Consiglio Europeo di Göteborg (2001) per contribuire all'attuazione pratica alle linee-guida sulla sicurezza esterna elaborate nel precedente Consiglio di Feira.

(194) Sul punto, PARIS, *op. ult. cit.*

formale (195), vengono già ora informalmente utilizzati dalla DG IX del Segretariato Generale del Consiglio ed anche dall'EUMS.

Come già anticipato, le incertezze dottrinarie sorte inizialmente in ambito NATO avevano comportato la necessità di configurare la MSU come uno strumento che opera solo sotto l'Autorità militare ed è composta esclusivamente da personale non civile; la strategia di sicurezza dell'UE mira, per contro, a distinguersi dalla dottrina NATO elaborando il concetto integrato (civile/militare) di “*gestione civile delle crisi*” (GCC): conseguentemente si è optato per una variante del modello NATO-MSU, denominato IPU (*Integrated Police Unit*, la cui funzione - rispetto a quella delle MSU di *creare* un ambiente sicuro - è piuttosto quella di *consolidare* una sicurezza già acquisita), aperta alla partecipazione anche di Forze civili di polizia, sia per missioni di sostituzione delle Forze dell'ordine locali, sia per incarichi privi di mandato esecutivo (come ad esempio la polizia militare dell'Unione Europea in Bosnia (196)).

Recependo lo *standard* delle gendarmerie, l'IPU può operare sia sotto comando civile, sia (seppur temporaneamente) sotto quello militare (197).

Il rapporto di derivazione dall'MSU è evidente anche nella disciplina dottrinale IPU, elaborata con il contributo del Comando generale dei Carabinieri ed operativamente testata già nel 2003, nell'esercitazione “Lucerna-03” (198); ciononostante, vi sono delle differenze sostanziali tra MSU ed IPU: ad esempio quest'ultima - allo stato attuale - non può esercitare alcuna funzione militare, essendo formata anche da organici a *status* civile, limitazione che viene a colpire anche i contingenti di gendarmeria che entrino a farne parte.

Proprio da tali limiti trae fondamento il principio generale - espresso da un'importante fonte giuridica dell'Unione Europea in materia di sicurezza - dell'opportuna compresenza, negli ordinamenti nazionali, di Forze di polizia a carattere militare con quelle (legate soprattutto all'esperienza del Nord Europa)

(195) Comitato Militare dell'UE, istituito con Decisione del Consiglio il 22 gennaio 2001.

(196) Sul rapporto MSU/IPU si rinvia allo studio di LIBERTINI, “*Le prospettive di impiego delle unità multinazionali di polizia a status militare nell'ambito delle missioni di supporto alla pace*”, Ce-MiSS Roma 2005, pp. 146 ss..

(197) Tale eventualità (cfr. *retro*), mutuata dalla prassi internazionale, trova conferma anche nel “*Comprehensive concept for Police Substitution Missions*” del Consiglio UE (doc. n. 8655/1/02 dell'8 maggio 2002, declassificato nel 2003 ed aggiornato all'11 ottobre 2010): “*Subject to their national rules and legislation, certain police components may be placed temporarily under the responsibility of the military authority entrusted with the protection of the population*”. Il testo integrale è scaricabile da <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/02/st08/st08655-re05.en02.pdf>. Le IPUS vengono indicate (in nota 1) come “*specialised units were first defined in the European Council of Feira as robust, rapidly deployable, flexible and interoperable Forces, capable of performing executive tasks in order to re-establish the law and order in non-stabilised situations*”.

(198) Condotta a Roma proprio dall'Arma dei Carabinieri sotto gli auspici dell'UE, con la partecipazione delle Forze di polizia di 25 Nazioni europee. In materia si veda anche AA.VV., *The Future Roles for Stability Police Units Workshop*, Washington 2005, disponibile in versione *online* all'indirizzo http://www.usip.org/files/resources/april_coespu.pdf.

prettamente civili: nella “*Dichiarazione sulle Forze di polizia*” del Consiglio UE (data a Bruxelles il 19 novembre 2001) si precisa infatti, al p.to 5, lett. b) secondo alinea, che “***Le capacità di polizia impegnate comprendono sia Forze di polizia con status civile che Forze di polizia con status militare del tipo gendarmeria. Questa diversità è un asset qualitativo per l’Unione Europea. Nel caso di un’operazione coinvolgente componenti militari e di polizia, l’azione dell’UE secondo i “compiti di Petersberg” richiede una forte sinergia tra la polizia e le componenti militari di tale operazione. Sul terreno, questo sarà assicurato da uno stretto coordinamento tra le due componenti***” (199).

Gli obiettivi relativi alle quattro aree prioritarie individuate nel Consiglio Europeo di Feira (2000) vengono precisati nel corso del Consiglio Europeo di Göteborg, del giugno 2001; con riferimento alle missioni di polizia, in particolare, viene approvato un “*Piano d’azione*” mirante a razionalizzare le risorse e gli strumenti disponibili, nonché a creare delle strutture che sovrintendono alla gestione delle Forze operanti nel quadro della GCC.

In quest’ottica viene dato avvio al processo di costituzione di *Integrated Police Units* (IPUS), vale a dire - in accordo con la definizione datane già in occasione del Consiglio di Feira - unità “*consistenti, rapidamente schierabili, flessibili e interoperabili*” (200), concepite per agire con “*compiti esecutivi in situazioni non stabilizzate, soprattutto nel passaggio da un comando militare iniziale al successivo comando civile*” (201).

Seppur aperte alla contribuzione di qualsiasi Forza di polizia (tanto a *status* civile quanto militare), in concreto solo le Forze cd. “robuste” e le gendarmerie appaiono in grado di soddisfare i requisiti operativi individuati dalla normativa UE per le IPUS; solo le gendarmerie, però, oltre ad assicurare una fondamentale unità della linea di comando (202) possono prendere parte sia

(199) Su <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/01/st14/st14237.it01.pdf> (all. II - p. 16).

(200) Le *Conclusioni* del Consiglio Europeo di Feira individuano i due principi-cardine della PESC, ossia la “capacità di reazione rapida” (aspetto prettamente operativo) e soprattutto la “multifunzionalità”, da cui discende la regola-chiave dell’organizzazione “integrata” della pubblica sicurezza.

(201) Definizione riportata nell’Appendice IV (*Obiettivi concreti per la polizia*) delle *Conclusioni* della Presidenza al Consiglio Europeo di Santa Maria da Feira, 19-20 giugno 2000, p. 20. Sulla dottrina IPU si veda l’efficace sintesi di COPPOLA, in AA.VV., *Seminario sulle Multinational Specialized Units*, cit., p. 177. Il testo integrale delle *Conclusioni* (che correttamente distinguono tra *funzioni* di polizia “civile” e *capacità* militari, nel senso più volte ribadito in queste pagine), con allegati, è reperibile su http://www.europarl.europa.eu/summits/fei1_it.htm.

(202) In argomento, cfr. JEAN, *An Integrated*, cit., che a p. 34 evidenzia (in un paragrafo significativamente intitolato “*Police vs. Military Force*”) come “*The various European police forces have extremely different organisations and cultures. Some states - such as Italy or France - also have “military-statute” general police units, whose normal tasks totally overlap with those of the civilian police. This civilian statute may cause some coordination difficulties even at national level, and also makes it necessary to ensure that all different national police components are represented in a balanced way in the European staff organisations. By the way, the existence of military-statute police corps - as mentioned above - provides the Union with useful “bridges” that can enhance cooperation, synergy and unity of the EU intervention. This would be crucial especially in the early stages of an intervention*”.

ad una MSU che all'EUROGENDFOR, strutture indispensabili a risolvere il noto problema dello svolgimento delle funzioni generali di polizia in un contesto (inizialmente) bellico nel quale non si intenda comunque applicare la legge marziale. Contesto, del resto, nel quale le IPUS non possono operare, intervenendo solo nella fase successiva del *consolidamento* delle condizioni di sicurezza.

È questo il punto in cui - in ottica puramente europea - le tradizionali dottrine della sicurezza interna che respingono l'approccio "integrato" entrano in crisi: come nota un Autore (203) con esemplare chiarezza, *"i Paesi che non dispongono di Forze di polizia a status militare hanno difficoltà oggettive ad integrarsi in un sistema così delineato e che, peraltro, costituisce la vera novità dello strumento militare nelle PSO. Tali Paesi possono avvalersi soltanto della polizia militare per entrare nel sistema e, per converso, le stesse organizzazioni di polizia militare ne avvertono la necessità per evitare un ridimensionamento proporzionale alla diminuzione quantitativa generalizzata degli strumenti militari. Ebbene, la polizia militare per contiguità professionale, pur non disponendo di tutte le capacità necessarie per svolgere compiti di polizia ordinaria, può giocare un ruolo importante in MSU ma non nelle IPU in quanto assetti civili di polizia nei quali potranno trovare, invece, adeguata collocazione elementi di Forze civili di polizia. Da questo punto di vista appare centrale il ruolo delle Forze "Carabinieri-like" intorno alle quali possono aggregarsi, a seconda delle necessità e del tipo di assetto, Forze di polizia militare o Forze civili di polizia ordinaria, ciò in quanto le Forze di gendarmeria hanno intrinseche capacità organizzative e logistiche che le rendono di rapido schieramento, oltre che interoperabili con la Forza militare"*.

Le IPUS sono strutture di polizia "robuste" a spiegamento rapido, che si inquadrano nell'ambito di missioni civili di polizia (del tutto distinte da quelle militari, ove invece la MSU può anche operare), nelle quali la catena di comando e di controllo coincide con quella civile (l'*Head Police Mission* dipende infatti dal Rappresentante Speciale PESC).

Le *"Multinational Specialized Units"* della NATO e le *"Integrated Police Units"* dell'Unione Europea sono quindi due facce della stessa medaglia, in quanto strumenti pensati per dare risposta alle necessità concrete che si presentano in uno scenario di crisi; entrambe, inoltre, presuppongono la partecipazione di Forze di polizia a *status* militare (204).

Proprio quest'ultimo aspetto consente all'IPU di raccordarsi con gli altri

(203) LIBERTINI, *Le prospettive di impiego*, cit., pp. 168 ss..

(204) La comune derivazione dottrinale ed operativa delle IPUS e delle FPUS dal modello MSU è ricordata da DZIEDZIC, *The public security challenge and International Stability Police Units*, SAM - Ankara 2012, p. 4: *"To date, doctrinal development in NATO and the EU for use of police units with a military structure has progressed along the same path because the same individual from the Italian Carabinieri has been responsible in both cases. To preserve this doctrinal convergence and promote interoperability, both among the countries that provide stability police and among the international organizations that use them, a Center for Doctrine and Training of International Stability Police Units should be established"*.

operatori sul campo, pur presentando una diversa composizione rispetto a MSU ed EUROGENDFOR (EGF) proprio per quel che concerne il personale militare, poiché **nelle IPU - come già anticipato - non trovano collocazione componenti militari che non abbiano - nel proprio Paese - una generale capacità di polizia ordinaria.** Possono cioè farne parte le Forze di polizia civile a *status* militare ma non anche le semplici polizie militari, che invece hanno titolo a partecipare sia ad una MSU che ad EGF (205).

Tale principio trova ulteriore conferma nel *“Comprehensive concept for Police Substitution Missions”* - doc. 8655/1/02 REV 1 del Consiglio UE (2002, cit.) - tuttora in vigore, nel quale l'organo legislativo (il Consiglio) espressamente riconosce le competenze generali (206) esercitate dai Corpi di gendarmeria non solo nelle missioni di pace internazionali, ma direttamente nei singoli Stati membri: una caratteristica che viene testualmente definita *“valore aggiunto”*, confermandone il ruolo centrale nell'ordinamento sovranazionale.

I principi sinora esposti trovano ulteriore riscontro nelle *“Guidelines for rapid deployment of Integrated Police Units - IPUs - and other Police elements in the initial stage of an EU-led substitution mission and interoperability of IPUs and Police Headquarters”* (207) adottate dall'UE nel disciplinare l'utilizzo di tali Unità, oltre che nella dottrina sui rapporti sinergici tra Forze ar-

(205) Seppur con il ruolo di “Osservatori”. L'EGF potrebbe rappresentare, secondo una corrente di pensiero, lo strumento operativo per coinvolgere nelle attività di *peacekeeping* quelle componenti specialistiche (soprattutto del Nord e Centro-Europa) che svolgono sì funzioni di polizia, ma non direttamente a servizio della popolazione civile. La possibilità di attingere organici dalle tradizionali Forze di fanteria viene invece esclusa, in ragione della diversa professionalità richiesta e della formazione specifica che distingue il poliziotto dal soldato.

(206) *“A police substitution mission may have to cover the main following functions: **General policing**: patrols, security, preventive and community policing; traffic police, immigration and border police; maintenance of public order and SWAT; VIPs protection; antiterrorism; explosives devices disposal, intelligence and information, etc; **Criminal investigation**: analysis and criminal intelligence, crime investigation (including assistance to international tribunals), organised crime investigation, identification of people and forensic sciences ... **The Member States of the EU have the full range of necessary police capacities for such a mission. The police capabilities committed comprise both police forces with civil status and police forces with military status of gendarmerie type. These capacities should complement each other, taking into account the specific characteristics of each situation. This variety of police forces enriches the capacity of the European Union and provides added value to undertake a wide range of police missions”**. Tale precisazione segue la premessa per cui nelle specifiche missioni di *“Police Substitution”* è necessario il *“deployment, simultaneously or almost simultaneously when possible, of a police substitution mission with the military operation in order to reduce as much as possible the gap in which the military contingent might assume, on its own, public security tasks, particularly those related to public order”*.*

(207) Doc. del Consiglio n. 15956/04, Restreint UE (versione parzialmente declassificata sul sito non istituzionale <http://www.statewatch.org/news/2012/sep/eu-council-guidelines-integrated-police-units-15956-ext1-04.pdf>). In argomento si può citare innanzitutto il rapporto della Conferenza tenutasi a Washington il 4 maggio 2005 sul tema *“The Future Roles for Stability Police Units Workshop”* (su http://www.usip.org/files/resources/april_coespu.pdf). In termini critici, invece, cfr. NEUTZE, *Responsibility beyond Brussels? European Union Peacebuilding - Performance and capacity of European peace operations exemplified through EU crisis management in Macedonia*, sul sito <http://www.atlantic-community.org>.

mate, di polizia ed operatori civili nella gestione *multi-level* delle situazioni (internazionali ed interne) di crisi (208).

Nel paragrafo 1.2.1, non a caso, viene indicato come elemento essenziale delle IPUS l'essere una componente **di polizia** (209) che soddisfa le condizioni di "*robust, rapidly deployable, flexible and interoperable forces*": dunque, una Forza flessibile ed interoperativa ("*interoperable among themselves and with other Police Elements*" ai sensi del doc. del Consiglio UE 26 ottobre 2001, n. 13307/01 "*Standardisation and interoperability*", classificato), che deve soddisfare alcune caratteristiche tra cui il disporre di unità strutturate secondo una propria catena unitaria di comando, nonché l'utilizzo di tattiche, tecniche e procedure di formazione comune ed in grado di svolgere tutte le funzioni di polizia civile.

Ancora, al par. 1.4.1 "*The use of IPUs is expected to reduce as much as possible the gap in which the military component might assume, on its own, public security tasks. Therefore interaction with the military will be a priority* (210). *The simultaneous deployment of military and police components will require close coordination including an integration of planning processes*". Infine (par. 5.2.1), "*Composition and dimension of IPUs is and remains a national issue*".

È opportuno evidenziare che le regole di interoperatività delle Forze di polizia di cui si è detto costituiscono un preciso obbligo giuridico - almeno in prospettiva, stante l'assenza di meccanismi sanzionatori nel doc. 13307/01 - per gli Stati membri dell'UE, alla luce degli impegni formalmente assunti con la *Dichiarazione finale* della "*Conferenza ministeriale sul miglioramento delle capacità di polizia*" di Bruxelles (19 novembre 2001).

La centralità del modello di Forza "ibrida" nel diritto dell'Unione trova espressione anche nelle recenti "*Lessons and best practices for CSDP from the European Union Police Force Training (EUPFT) 2008-2010*" (211), una relazione riservata avente ad oggetto l'individuazione delle questioni di maggior rilevanza emerse nel contesto triennale del suddetto Corso di formazione, attualmente l'unico in comune per i Corpi di polizia dei vari Stati membri in ambito PESC/PSDC (CSDP in inglese).

(208) In argomento, HANSEN-GIENANTH-PARKES, *International and Local Policing in Peace Operations. Lessons Learned and the Way Forward to Integrated Approaches*, Zentrum für Internationale Friedenseinsätze, Berlin 2006.

(209) Nel par. 6 del doc. 15956/04 sono elencate le tipiche funzioni dei contingenti IPUS, che vanno dal mantenimento dell'ordine pubblico alle attività di polizia criminale e giudiziaria. Più in generale, "*IPUs are flexible and multi-functional. Therefore, they are able to perform tasks in all fields of policing. They act as a police force with general competence (within a broader Rule of Law approach) and in coordination with other actors to enforce and re-establish law and order*".

(210) L'interoperatività tra le Forze armate tradizionali e quelle di polizia è una priorità già enunciata in termini generali nelle "*Guidelines for Police Command and Control Aspects of EU Crisis Management*", doc. 7854/02 (*restreint*).

(211) Il doc. ARES (2011) 1466618, del 12 dicembre 2011, ad accesso limitato, è pubblicato sul portale non istituzionale <http://www.statewatch.org/news/2012/feb/eu-eeas-csdp-police-training-2008-2010-18536-11.pdf>.

Tale documento - che tenta altresì di colmare la persistente lacuna dottrina in materia di IPUS (212) - non solo invita gli Stati membri ad individuare con precisione quali tra le proprie Forze di polizia effettivamente rispondano ai requisiti oggettivi (fissati dal Consiglio UE) per poter contribuire alle politiche di sicurezza dell'Unione, ma da subito chiarisce che una capacità generale in tal senso hanno le componenti nazionali di EUROGENDFOR: in tal senso *“should consider the resources of the European Gendarmerie Force (EGF) to facilitate deployment of IPUS - resources that, according to EGF's official website, are “first and foremost at disposal of EU” - but that the EU has so far never availed itself of in civilian crisis management under CSDP. The study should contribute to a necessary work/reflection on an harmonised approach of rapid deployment and to improve conditions of interoperability”*.

Decisivo, al riguardo, è il principio di *“interoperatività”*, chiave di volta del *“sistema sicurezza”* comunitario, sia sotto il profilo operativo che del contenimento dei costi. Una compiuta definizione è data al par. 59 dello *“Initial Long-Term Vision for European Defence Capability and Capacity Needs”* - valido per il periodo 2006-2025 (213) - che mutua i caratteri dalla normativa previgente (214).

Anche alla luce dei principi sovra esposti, oltre che nel mondo anglosassone (soprattutto statunitense) pure nella dottrina tedesca sembra in atto una rivisitazione dei modelli a *“competenza ibrida”*, come emerge da un recente studio dello *“Stiftung Wissenschaft und Politik”* (215), significativamente intitolato *“Unità di Gendarmeria nelle missioni internazionali di stabilizzazione. Una possibilità per la Germania?”*.

(212) Invero per le FPUS esiste il documento DPKO/PD/2006/00015 dell'8 maggio 2006, avente ad oggetto *“Guidelines for Formed Police Units on assignment with peace operations”*, integrate dalla *Policy per le Formed Police Units in United Nations Peacekeeping Operations* (doc. 2009.32 - cfr. *retro*). Sui rapporti tra la dottrina FPU ed IPU si segnala il comprensivo *“INPROL Consolidated Response (08-006)”* a cura di BRUZZESE-POULIOT-SAL RODRIGUEZ, in <http://inprol.org/files/CR08006.pdf>. Sulla dottrina FPU si veda BENNER-MERGENTHALER-ROTMANN (a cura di), *Doctrine Development in the UN Peacebuilding Apparatus: The Case of UN Constabulary Police, 1999-2006*, San Francisco 2008 (testo nel quale tra l'altro implicitamente si accoglie - p. 14 - la dottrina internazionale che vede nei Carabinieri italiani una complessa e più evoluta forma di gendarmeria, *ut supra*).

(213) *“This needs to be at the heart of all European capability development work. Expeditionary, multi-national operations, with strong inter-action with civil instruments, require **interoperability within national Forces, between national Forces, and with civilian actors. Just as equipment is only one element of capability, so the interoperability requirement relates to all other aspects of capability, from language to procedure to training**”*. Il testo, non pubblicato sulla GUCE, è reperibile su http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/reports/91135.pdf.

(214) In particolare dal doc. 13307/01 (*“Standardisation and interoperability”*) del Consiglio, in data 26 ottobre 2001, che definisce l'interoperabilità nella pubblica sicurezza come *“The ability of systems, units or forces to provide services to and accept services from other systems, units or forces and to use the services so exchanged to enable them to operate effectively together”*. La medesima nozione viene richiamata dal recente *“Concept for rapid deployment of police elements in an EU-led substitution mission”* del 19 luglio 2012, laddove per *“police elements”* si indicano espressamente le *“Integrated Police Units, Police Headquarters, Formed Police Units, Specialised Teams and Individual Police Officers”*). Su http://www.parliament.gov.at/PAKT/EU/XXIV/EU/08/85/EU_88597/imfname_10037428.pdf

Come è noto, la scelta della Repubblica Federale Tedesca di dotarsi esclusivamente di Forze di polizia a statuto civile (con l'eccezione di una ridotta aliquota di *Feldjäger*, che però svolgono quasi esclusivamente funzioni di polizia militare ed in parte, fino al 1994, della *Bundesgrenzschutz*) nasce dai postumi del secondo conflitto mondiale, all'esito del quale lo Stato (o quel che ne restava, dopo le mutilazioni territoriali e di sovranità) era stato sostanzialmente disarmato.

A differenza dell'Italia, che cercò di superare i limiti del *diktat* inserendo tutte le Forze di polizia (non sottoposte a limiti di contingentamento) in seno alle Forze armate, l'ordinamento tedesco trovava un ostacolo nell'art. 87-a, commi secondo, terzo e quarto della *Grundgesetz* (Costituzione federale) del 1949, che non solo devolveva i principali compiti di polizia ai singoli *Länder* (le *Landespolizeien* sono infatti le Forze di polizia a carattere generale dell'ordinamento tedesco) anziché allo Stato centrale (216), ma ancor oggi limita l'impiego delle Forze armate in appoggio alla polizia all'ipotesi di “*un incombente pericolo per l'esistenza o per l'ordinamento costituzionale liberale e democratico della Federazione o di un Land ... se le Forze di polizia, così come la polizia confinaria federale non sono sufficienti ... per proteggere obiettivi civili e per combattere ribelli organizzati ed armati militarmente*” (217).

Sebbene la Costituzione non parli dello *status* organizzativo da imprimere alle Forze di polizia, né vi siano dei precedenti storici che giustifichino tali perplessità, l'orientamento in questione sembra essere stato messo in discussione (218) solo a seguito del confronto con l'approccio “integrato” di matrice comunitaria (219). In un primo momento, invero, il Governo tedesco non ma-

(215) “*Istituto Tedesco per gli Affari di Sicurezza Internazionale*” (SWP), organo tecnico ausiliario del Governo federale e del Parlamento tedeschi. Lo studio è di KEMPEN e KREUDER-SONNEN, *Gendarmerieeinheiten in internationalen Stabilisierungsmissionen. Eine Option für Deutschland?*, Berlin 2010 (su http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2010_S06_kmp_kreuder_ks.pdf). Sui limiti dell'ordinamento tedesco (fondato sul principio della rigida separazione delle competenze) rispetto ad altri modelli flessibili ed integrati europei si veda poi l'ampio studio di LIOE, *Armed Forces in Law Enforcement Operations? The German and European Perspective*, Heidelberg 2011.

(216) Situazione che permane anche a seguito della *Föderalismusreform* del 2006, in occasione della quale venne abbandonata l'idea di estendere le competenze federali in materia di antiterrorismo: http://www.bundesrat.de/cln_330/nn_276146/DE/foederalismus/foederalismus-node.html?_nnn=true.

(217) Così, testualmente, il quarto comma dell'art. 87-a GG: “*Zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes kann die Bundesregierung, wenn die Voraussetzungen des Artikels 91 Abs. 2 vorliegen und die Polizeikräfte sowie der Bundesgrenzschutz nicht ausreichen, Streitkräfte zur Unterstützung der Polizei und des Bundesgrenzschutzes beim Schutze von zivilen Objekten und bei der Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer einsetzen*”.

(218) Sull'argomento va indicato il lavoro di HANON, *Policiers et militaires en Allemagne: le nouvel agencement*, in *Cultures & Conflits* n. 67 (2009), pp. 85 ss., pubblicato anche in versione *online* su <http://conflits.revues.org/index3122.html>.

(219) Invero, come puntualmente documenta HANON, *Policiers et militaires*, cit., pp. 97 ss., il problema si pone a partire dagli anni '90, ed emerge con particolare evidenza in seguito alla pubblicazione, nel 2006, di un “Libro Bianco” sulle politiche di sicurezza e difesa tedesche (“*Weißbuch 2006 zur Sicherheitspolitik Deutschlands und de Zukunft der Bundeswehr*”, scaricabile dal sito <http://bundeswehr.de>).

nifestò un particolare interesse per il modello EUROGENDFOR (220), che sotto molti punti di vista rappresentava un'alternativa strutturale a quello interno, segnato da una rigida compartimentazione (e sotto certi aspetti da una vera e propria contrapposizione) delle competenze, con conseguente scarsa comunicabilità tra gli operatori del settore; una rigidità - anche dottrinarica - contrapposta alle prospettive di gestione "integrata" della sicurezza, infine rivelatasi di ostacolo alla corretta implementazione delle politiche della PESC: *"Es fehlt eine Kraft, die in einem instabilen Umfeld eigenständig operieren kann und imstande ist, Unruhen und organisierte Kriminalität einzudämmen. Wo Gendarmen oder robuste Polizeikräfte in Auslandseinsätze entsendet wurden, haben sie sich als wirkungsvolles Instrument erwiesen, insbesondere bei der Bekämpfung von Aufständen und organisiertem Verbrechen"* (221).

In materia è recentemente intervenuta la Corte Costituzionale tedesca, con la sentenza BVerfG, 2 PBvU 1/11 del 17 agosto 2012 (222), che ha ribadito la possibilità che il Governo federale (tenuto in tal caso a decidere come organo collegiale, ex art. 62 GG) possa far ricorso alle Forze armate tradizionali per il mantenimento dell'ordine pubblico interno sulla base dell'art. 35, parr. 2 e 3 GG (nel combinato disposto con gli artt. 87a par. 4 e 91 par. 1 GG (223),

(220) Allorché nel 2004 il Governo francese lanciò l'idea di una Forza di gendarmeria europea, il Ministro della Difesa tedesco, Peter Struck, dichiarò che la Germania non vi avrebbe partecipato in ragione della netta separazione, prevista a livello costituzionale - «*eine klare Trennung*» - tra Forze di polizia e militari. Tali affermazioni venivano ribadite da alcuni dirigenti dell'allora *Bundesgrenzschutz*, i quali sostenevano che i militari tedeschi non avessero alcun tipo di formazione teorica o pratica per poter gestire un intervento umanitario. Invero, entrambe le obiezioni non tenevano conto del fatto che le gendarmerie sono, per loro natura, Corpi di polizia e non di fanteria, e che comunque la Costituzione tedesca non solo non prevede alcuna antinomia genetica o funzionale tra Forze armate e di polizia, né che queste ultime debbano avere statuto esclusivamente civile, ma semplicemente che l'Esercito federale (non, quindi, un'eventuale gendarmeria territoriale) non potrebbe ordinariamente intervenire nella gestione dell'ordine pubblico e della sicurezza interni, in quanto di esclusiva competenza dei *Länder*.

(221) Lo studio (p. 12) individua la caratteristica (ed il plusvalore operativo) delle gendarmerie nella natura ibrida ed inclusiva "civile-militare", che ne consente l'interoperatività tanto con le Autorità civili quanto con quelle militari: *"Bestimmungsmerkmal einer jeden Gendarmerie ist ihr hybrider Status zwischen Polizei und Militär. Aus ihm leiten sich alle Möglichkeiten und Grenzen ihres Handelns ab. Gendarmerien besitzen sowohl militärische als auch polizeiliche Fähigkeiten und können diese kombinieren. Im Unterschied zu Polizeieinheiten sind Kräfte in Verbänden organisiert [nt. - Dieses Organisationsmuster ist jedoch kein Präjudiz für die Frage nach militärischen oder zivilem Kommando der Einheiten]"*. Di seguito (nel par. *"Trennung von Polizei und Militär"*, pp. 17 ss.) si affronta la questione giuridica della compatibilità di tale modello con l'ordinamento costituzionale tedesco, tenuto conto del riparto di competenze tra Federazione e *Länder*, ex artt. 30, 70 comma 1, 87 e 91 GG. Una soluzione transitoria viene individuata nel valorizzare il ruolo della polizia militare (i *Feldjäger*) quale punto di partenza verso un'evoluzione più coerente con la *ratio* del modello europeo.

(222) Peculiarità della decisione non è l'aver ribadito la possibilità di utilizzo, da parte del Governo federale e sotto la sua responsabilità, dell'Esercito e delle altre Forze armate per il mantenimento dell'ordine pubblico interno, in circostanze di particolare gravità (eventualità già prevista dalla Costituzione), bensì nell'aver chiarito che in tale frangente le stesse potranno comunque disporre del proprio armamento ordinario (anche da guerra). Il testo integrale della decisione è pubblicato *online* sul portale http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/up20120703_2pbvu000111.html.

in presenza di “*situazioni calamitose d'emergenza interna*” - genericamente intese - già in essere e che eccedano l'ambito territoriale dei singoli *Länder* (testualmente, “*überregionalen Katastrophennotstand*”), o che comunque questi non siano in grado di contrastare con efficacia. In tal caso, nell'esercizio delle funzioni “civili” di tutela della sicurezza dei cittadini e di prevenzione delle attività di saccheggio, le Forze impiegate faranno uso del proprio armamento ordinario. La sentenza fa poi breve cenno alla questione della delegabilità (ex art. 65 par. 2 GG) del potere collegiale governativo, in caso di estrema urgenza, ai singoli Ministri (in particolare, a quello della Difesa).

Sempre nella letteratura comparata, va poi ricordato il cd. *Rapporto Clingendael* (224), uno dei pochi studi scientifici di ampio respiro su EUROGENDFOR, che riprendendo le dichiarazioni istituzionali a margine del *meeting* di Warnsveld e del Consiglio UE di Bruxelles nel 2004 (cfr. *retro*) suggerisce di estendere tale modello professionale ed etico anche a Forze di polizia generaliste a statuto non propriamente militare, ma pur sempre affini per formazione o attitudini operative (225), in un'ottica di proiezione mondiale quale quella perseguita dal CoESPU (cfr. *infra*).

Più in generale, infine, un recente studio (226) comparato dei maggiori Istituti di Sicurezza internazionali ha ripreso i concetti sinora espressi, evidenziando la caratteristica interoperatività delle Forze “ibride”, che attribuisce loro il ruolo insostituibile di “attore di collegamento” tra le politiche di polizia proprie dell'UE e della NATO (227).

I criteri sovra esposti vengono ribaditi - in ottica di integrata complementarietà - anche negli atti adottati dall'UE in materia di sicurezza militare.

Anche in tale settore emerge la specificità delle Forze di gendarmeria -

(223) La Corte espressamente ricorda che l'articolo 87a, par. 4, nel combinato disposto con l'articolo 91 par. 2 della Legge fondamentale prevede l'impiego delle Forze armate per rispondere a minacce che attentino all'esistenza o al libero ordine democratico della Federazione (o di un singolo *Land* che non sia in grado di contrastarle). L'art. 87a par. 4 consente, in particolare, l'utilizzo di Forze armate a supporto operativo di quelle di polizia.

(224) Editto dal *Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen (Clingendael)*. Si tratta dello studio di DE WEGER, *The Potential of the European Gendarmerie Force*, Den Haag 2009. Il testo è anche su http://www.clingendael.nl/publications/2009/20090400_cscp_gendarmerie_weger.pdf.

(225) Espressamente, “*It would bring more resources for common goals, it would result in more capacities when using this unique organisation, thereby professionalising more gendarmerie forces and policing in Europe, and would further intensify European security integration*” (op. cit., p. 46).

(226) HAMILTON-BURWELL-FRANCES (a cura di), *Shoulder to Shoulder: Forging a Strategic U.S.-EU Partnership*, edito sotto il patrocinio di: Atlantic Council of the United States / Center for European Policy Studies / Center for Strategic and International Studies / Center for Transatlantic Relations / Fundacion Alternativas / Prague Security Studies Institute / Real Instituto Elcano / Swedish Institute of International Affairs, 2009.

(227) Degno di nota è il ruolo espressamente assunto, in tal ambito, dai Carabinieri italiani, riconosciuti quasi come un modello autonomo di Forza di polizia (p. 46): “*Unlike the U.S., which lacks a national police force and therefore relies on contractors, this EU Police Force draws its officers from a variety of European police Forces, including the European Gendarmerie Force (EGF) and the Italian Carabinieri*”.

stavolta rispetto alle tradizionali Forze armate - e la loro generale riconducibilità operativa a quelle di polizia “civile”, con particolare riferimento al sistema di coordinamento introdotto dai vigenti “*Headline Goal 2010*” e “*Civil Headline Goal 2010*” (228), laddove “*how civil-military coordination elements are applied to crisis management tools such as the EU BGs and the CRTs are still work in progress. Moreover, there are limited training exercises undertaken at the EU-level that incorporate contributions from military and civilian rapid response elements to practise such cooperation on the ground. In the case of the EU BGs, there are may be a need to refine certification and training processes to enhance the ability to operate alongside civilian personnel. Different requirements may be needed to operate with civilians ESPD packages such as the CRTs and IPUS and multinational packages such as the European Gendarmerie Force (EGF)*” (229).

G) LE POLITICHE DI SICUREZZA NELL'EX “TERZO PILASTRO” UE: LA COOPERAZIONE DI POLIZIA TRA COLLABORAZIONE E COORDINAMENTO.

Esaurita la trattazione delle principali questioni concernenti l'ordinamento della pubblica sicurezza a livello sovranazionale, con particolare accento al settore della PESC, non resta che accennare alla disciplina giuridica del settore FSJ (coincidente per lo più con il precedente “Terzo Pilastro” dell'UE) per evidenziarne le specificità. Ad esso, infatti, fanno capo le disposizioni del TFUE in materia di “*cooperazione (transfrontaliera) di polizia*”, in un contesto nel quale parimenti opera il modello “integrato” che caratterizza il sistema UE (230).

Coerentemente a tale presupposto, le principali Agenzie strumentali ivi operanti (EUROPOL, EUROJUST, FRONTEX E CEPOL) sono tenute a raccordare le proprie metodologie operative con quelle previste in ambito PESC/PSDC.

La FSJ è, al pari della PESC, solo una delle componenti della più ampia strategia europea di sicurezza, per la quale valgono le regole generali in pre-

(228) In materia si richiama, da ultimo, l'*Headline Goal 2010*, succeduto all'*Helsinki Headline Goal* del 1999 e relativo alla creazione - in ambito PESC/PSDC - di contingenti di pronto intervento per operazioni militari (approvato dal Consiglio UE “Affari Generali e Relazioni Esterne” il 17 maggio 2004, e dal Consiglio Europeo nella sessione del successivo 17-18 luglio). Sull'argomento, per alcuni rilievi critici, LINDLEY-FRENCH, *Headline Goal 2010 and the concept of the EU Battle Groups: an assessment of the build-up of a European Defence capability*, Paris 2005, e soprattutto LINDSTROM, *Enter the EU Battlegroups*, in *Chaillot Paper* n. 97 (2007). A completare il quadro sul versante degli operatori “civili” (che sono qui cosa diversa da quelli di polizia: cooperanti, magistrati, consiglieri civili, etc.), il Consiglio UE ha poi adottato il 19 novembre 2007 il “*Civilian Headline Goal 2010*” (doc. 14823/07), cit..

(229) Così LINDSTROM, *op. ult. cit.*, p. 68.

(230) In termini generali, seppur anteriore al Trattato di Lisbona e con riferimento alla questione del ruolo, in tale ambito, delle competenze “ibride”, si vedano AA.VV. (a cura di BIGO), *Quelle place pour la Gendarmerie au sein de l'espace judiciaire européen? Internalisation de la criminalité et coopération entre les différents acteurs de la police judiciaire, français et étranger*, Paris CEtC/DAS 2004. Per uno studio complessivo delle problematiche istituzionali della cooperazione di polizia in ambito UE, si veda MILAZZO, *Quadro costituzionale italiano e cooperazione europea di polizia*, Napoli 2012.

cedenza esaminate: la disciplina dettata nel TFUE, però, consente di introdurre quello che sarà il tema centrale del secondo Capitolo di questo lavoro, ovvero il principio generale del coordinamento di polizia, come inteso dal legislatore sovranazionale.

Invero, coerentemente al principio generale di cui all'art. 4 TUE, anche in tale settore gli organi dell'Unione non possono svolgere alcuna attività diretta, potendo al più giocare un ruolo teso a favorire una più efficace azione combinata (*id est*, una maggior cooperazione) delle Forze competenti ad operare nei singoli Stati membri.

Tale principio era stato espresso, in termini generali, dal par. 59 dello *“Initial Long-Term Vision for European Defence Capability and Capacity Needs”*, adottato in ambito PESC (230-bis).

Base legale della cooperazione (transfrontaliera) di polizia, che presuppone la commissione di particolari reati transnazionali con modalità tali da attingere direttamente gli interessi dell'Unione, sono gli artt. 87, 88, 89 e 352 TFUE.

Il quadro istituzionale risulta semplificato rispetto al regime *ante*-Lisbona, essendo stato esteso - per il settore FSJ, a differenza della PESC - l'ambito delle misure adottabili con procedura legislativa ordinaria (in codecisione con il Parlamento UE ed a maggioranza qualificata in Consiglio), per tali soggette al controllo della Corte di Giustizia. A ciò fanno eccezione le riserve valedoli per il Regno Unito, la Danimarca e l'Irlanda, dove invece prevalgono le decisioni dei rispettivi Parlamenti nazionali (cfr. i *Protocolli* 1, 2, 21 e 22 allegati al TFUE).

Va però precisato che, trattandosi di un settore che attinge competenze operative esclusive degli Stati membri (ex art. 4 TUE), non offre grandi spunti in materia di coordinamento (il legislatore UE fa infatti sempre riferimento al diverso concetto di spontanea *cooperazione* tra le istanze nazionali), se non per quanto concerne la struttura di vertice prevista all'art. 71 TFUE, il COSI (*“Standing Committee on Operational Cooperation on Internal Security”* - Comitato permanente per la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna), disciplinata con Decisione del Consiglio UE del 25 febbraio 2010 (doc. 2010/131/UE (231)).

Ai sensi dell'art. 71 TFUE *“È istituito in seno al Consiglio un Comitato permanente al fine di assicurare all'interno dell'Unione la promozione e il rafforzamento della cooperazione operativa in materia di sicurezza interna. Fatto salvo l'articolo 240, esso favorisce il coordinamento dell'azione delle Autorità competenti degli Stati membri. I rappresentanti degli organi e organismi inte-*

(230-bis) Su http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/reports/91135.pdf

(231) Pubblicata su GUCE L-52 del 3 marzo 2010. Testo scaricabile dal portale istituzionale <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:052:0050:0050:IT:PDF>. La volontà di dar vita al COSI venne manifestata con *Decisione* della Presidenza del Consiglio UE in data 22 ottobre 2009 (doc. 16515/09 su <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st16/st16515.en09.pdf>), cui fece seguito il *progetto di Decisione* doc. 5949/10 del 5 febbraio 2010 (*Nota punto I/A del Segretario Generale*, su <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/10/st05/st05949.it10.pdf>).

ressati dell'Unione possono essere associati ai lavori del Comitato. Il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali sono tenuti informati dei lavori”.

L'art. 2 della *Decisione* precisa a sua volta che “*Il Comitato permanente facilita, promuove e rafforza il coordinamento delle azioni operative delle Autorità degli Stati membri competenti in materia di sicurezza interna*”, e ciò (art. 3) anche “*in settori che rientrano nella cooperazione di polizia e doganale nonché tra le Autorità preposte al controllo e alla protezione delle frontiere esterne. Vi rientra anche, se del caso, la cooperazione giudiziaria in materia penale per quanto riguarda l'aspetto operativo nell'ambito della sicurezza interna*”.

Il Comitato permanente valuta inoltre l'orientamento generale e l'efficacia della cooperazione operativa, individua eventuali carenze o mancanze e adotta le opportune raccomandazioni concrete per farvi fronte.

Ad escludere però (stante la preclusione di carattere generale di cui all'art. 4 TUE) che si tratti di un organo in qualche modo operativo e, per tale, in grado di sostituirsi - in prospettiva - all'iniziativa degli Stati, il successivo art. 4 precisa che “*Il Comitato permanente non partecipa alla condotta delle operazioni che rimangono compito degli Stati membri*”.

In questi termini, l'art. 72 TFUE significativamente puntualizza che “*Il presente Titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna*”.

Sempre ai fini del coordinamento di cui si è detto, alle riunioni del COSI prendono parte anche i rappresentanti delle Agenzie UE operanti nel settore sicurezza (EUROJUST, EUROPOL E FRONTEX), per assicurare la coerenza della loro attività con le linee-guida precedentemente individuate in sede di Comitato: di questo fanno parte i competenti vertici istituzionali degli Stati membri (ordinariamente dei Sottosegretari di Stato (232)) ed generalmente (a seconda degli ordinamenti nazionali) anche quelli delle relative Forze di polizia generaliste (per l'Italia partecipano il Capo della Polizia di Stato ed il Comandante Generale dell'Arma dei Carabinieri, o dei loro delegati).

Il COSI è un tipico organo *ausiliario* (233) dell'Autorità di indirizzo politico, in quanto tale non destinatario di attribuzioni meramente esecutive, ma pur esso partecipe, nella misura in cui il relativo apporto risulti determinante,

(232) Normalmente assegnati ai Ministeri dell'Interno o della Giustizia, sebbene la *ratio* “funzionalistica” del “sistema sicurezza” europeo non ponga limiti quantitativi o di attribuzione, ben potendo ad es. parteciparvi dei delegati dei Ministri delle Finanze allorché si discuta di questioni che rientrano anche nella loro competenza (antiriciclaggio, etc.). Nel caso della Germania, ove le competenze generali di polizia sono attribuite ai *Länder*, partecipa d'ordinario anche un rappresentante politico comune di questi ultimi.

(233) Nell'ordinamento italiano (cfr. *infra*) un raffronto ideale può essere tentato con il *Comitato Nazionale per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica* (la cui funzione ausiliaria del Ministro dell'Interno è prevista *ex lege*) e con il *Dipartimento della Pubblica Sicurezza*, organo cui è attribuita in via esclusiva la funzione di implementare - con la supervisione del Ministro - le strategie nazionali in materia di sicurezza interna.

dell'indirizzo medesimo. Inoltre la sua composizione variabile, tanto dal alto "politico" che da quello operativo, è coerente con la caratteristica "inclusiva" ed olistica delle politiche di sicurezza dell'Unione.

In virtù della presenza dei vertici operativi delle Forze di polizia nazionali, il COSI dovrebbe progressivamente sostituire la "*Task Force dei Capi delle Polizie europee*" (TFPC), organismo informale istituito (senza una chiara base legale) dal Consiglio UE di Tampere del 1999.

Già si è detto di come siano allo studio (234) delle strategie operative tese a superare - venuto meno, anche formalmente, il precedente sistema "a Pilastri" - le rigide divisioni operative tra i settori FSJ e PESC/PSDC, da considerarsi parti di un più ampio e comune "settore sicurezza"; occorre però evidenziare, dal punto di vista operativo, un'importante differenza tra quanto accade nei secondi e quanto, invece, nel primo (ove peraltro agiscono i medesimi soggetti (235)): in effetti, nel caso dei contingenti schierati all'estero, la necessità di creare una struttura logistica di supporto autosufficiente comporta l'individuazione di una o più Autorità (spesso dotate di un potere di ordine) che effettivamente assicurino un reale coordinamento delle Forze (civili e militari) ivi operanti, presupposto che invece non si pone nel caso della cooperazione transfrontaliera di polizia.

In effetti, trattandosi di operazioni di polizia condotte sul territorio di uno o più Stati membri (per fatti che ivi si sono svolti), necessariamente ricadono nella competenza domestica di questi ultimi.

In base alla vigente normativa UE, infatti, la sussistenza di un interesse qualificato e differenziato dell'Unione non incide sul principio generale per cui la commissione degli eventuali reati andrà comunque riscontrata dai Giudici nazionali, in base alla legge del *locus commissi delicti* (236).

(234) Si veda il citato doc. 15562/11/ARES (2011) 118322, riferito a tutti i settori coinvolti nella gestione della pubblica sicurezza, con i seguenti indici: COSDP-965, PESC-1295, CIVCOM-470, CSDP/PSDC-607 e COSI-83.

(235) L'interoperatività di settore è assoluta per le Forze di gendarmeria, in parte limitata per le Forze civili di polizia.

(236) Ciò peraltro spiega le recenti iniziative volte a dar vita ad un autonomo diritto penale dell'Unione - seppur limitato a singole fattispecie di reato o a determinati principi di carattere generale che perlomeno assicurino alcuni parametri di comune applicazione nazionale. Si veda, al riguardo, la recente *Decisione* della Commissione del 21 febbraio 2012, che istituisce il gruppo di esperti sulla politica penale dell'Unione europea (doc. 2012/C 53/05 - su GUCE C-53 del 23.2.2012), cui l'art. 2 attribuisce "*il compito di consigliare la Commissione in materia di diritto penale sostanziale nell'ambito dello sviluppo di una politica penale dell'Unione europea. Ciò comprende, in particolare, la consulenza su ogni questione di diritto che possa sorgere in tale contesto e sulla raccolta di prove fattuali onde valutare se per attuare efficacemente una politica dell'Unione siano indispensabili misure di diritto penale dell'Unione europea, in consultazione con i gruppi di esperti esistenti nei settori interessati*". Di rilievo anche la precedente *Dichiarazione* del Consiglio UE 20 settembre 2011 [doc. COM(2011) 573 final] intitolata "*Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en oeuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*". Base legale di tali interventi dovrebbe essere l'art. 83 TFUE. In dottrina si vedano anche AA.VV. (a cura di GRASSO-SICURELLA), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano 2009.

Nel settore FSJ difficilmente (ed impropriamente) può parlarsi di coordinamento *operativo* (transnazionale) di polizia, poiché - con l'eccezione di singole operazioni congiunte, nelle quali sono però direttamente le parti in causa che preventivamente si accordano per definire i compiti di ognuna e le linee di intervento - le attività svolte sono principalmente delle attività *interne* degli Stati, afferenti ad un settore, quello della sicurezza "domestica", che espressamente ricade nell'esclusiva competenza degli stessi.

In tale contesto, significativamente, non vi sono delle reali istanze di coordinamento, od organismi sovranazionali dotati di capacità operative. Tali non sono sicuramente EUROPOL, CEPOL o FRONTEX, semplici Agenzie strumentali aventi lo scopo di dar vita ad una rete di interscambio di dati (relativi peraltro a casi ormai "chiusi" e non ad indagini in corso) e metodologie di intervento tra gli operatori di polizia degli Stati membri, previa individuazione di *standards* comuni di riferimento grazie ai quali rendere universalmente fruibili i dati inseriti nel sistema.

L'unico organismo dell'Unione al quale può riconoscersi una certa qual funzione di coordinamento in ambito FSJ - almeno per fatti concludenti - è dunque il COSI, relativamente alle decisioni collegialmente prese al suo interno sugli obiettivi strategici in materia di sicurezza, che di fatto vengono ad assumere - per il ruolo apicale dei soggetti che vi partecipano e la natura concordata delle determinazioni che ne conseguono - una funzione di indirizzo per gli stessi attori che hanno contribuito a formarle (ovverosia gli organismi di vertice dei Ministeri interessati, nonché delle maggiori Forze di polizia e di pubblica sicurezza degli Stati membri).

Nel "*Draft Report to the European Parliament and national Parliaments on the proceedings of the Standing Committee on operational cooperation on internal security for the period January 2010 - June 2011*" (doc. 12980/11 del 18 luglio 2011 (237)) si ribadiscono, quali obiettivi specifici del Comitato permanente, lo sviluppo ed il monitoraggio delle strategie di sicurezza interna dell'Unione Europea (238), avvalendosi se del caso dell'opera delle Agenzie e delle Forze di polizia nazionali operanti nei settori di volta in volta interessati: a tal fine è stato raggiunto, in seno al COSI, un accordo circa un metodo di lavoro in grado di favorire non solo una maggior cooperazione, ma pure un maggior coordinamento in materia di sicurezza interna, accordo di cui il Consiglio UE ha preso atto il 9 giugno 2011.

(237) Pubblicato sul sito non istituzionale <http://www.statewatch.org/news/2011/aug/eu-council-cosi-annual-report-jan-10-jun-11-12980-11.pdf>. Si tratta della prima informativa del Consiglio al Parlamento UE sull'attività del COSI, ai sensi degli artt. 71 TFUE e 6, comma secondo, della richiamata Decisione del Consiglio n. 2010/131/UE (in GUCE L-52 del 3.3.2010, p. 50).

(238) Testualmente, "...the Internal Security Strategy for the European Union and of the Stockholm Programme which mentions that developing, monitoring and implementing the internal security strategy should become one of the priority tasks of COSI ...".

Il ruolo di coordinamento del COSI potrà riguardare, in particolare, la cooperazione di polizia e doganale, la protezione delle frontiere esterne e la cooperazione giudiziaria in materia penale pertinente alla cooperazione operativa nel settore della sicurezza interna. Il Comitato permanente è tenuto a riferire periodicamente sulle sue attività al Consiglio che, a sua volta, terrà informati il Parlamento Europeo e quelli nazionali.

Il COSI potrà anche avere il compito di valutare l'orientamento generale e l'efficacia della cooperazione operativa, al fine di individuare eventuali lacune e adottare raccomandazioni per porvi rimedio.

Al fine di migliorare la pianificazione dei flussi informativi in materia di sicurezza dello "Spazio Comune Europeo" sono state programmate delle regolari riunioni informative a carattere inter-istituzionale e congiunto almeno una volta a trimestre; è stata inoltre approvata, relativamente al settore della cooperazione doganale, una revisione del meccanismo di coordinamento delle operazioni congiunte, con l'obiettivo di coordinare già in una fase iniziale le eventuali operazioni di polizia e doganali comuni, comprese le attività di FRONTEX ed i progetti COSPOL, onde evitare successive sovrapposizioni o incompatibilità.

In merito a questi ultimi il legislatore UE ha poi precisato (nota 8 del richiamato doc. 12980/11), a scanso di equivoci, che la scelta di mantenere l'originaria denominazione (che sta per "*Comprehensive Operational Strategic Planning for the pOLice*") anche dopo il Trattato di Lisbona è dovuta esclusivamente all'opportunità di non ingenerare confusione tra gli addetti ai lavori, abituati da lungo tempo a tale sigla (che testualmente sembrerebbe contraddire i principi generali sovra richiamati in materia di collaborazione/coordinamento di polizia), e non certo all'intenzione di operare deroghe al sistema: il che è estremamente significativo, ai fini di questo lavoro, se si considera che la vigente normativa europea non è più nel senso del "*planning*" - ossia la pianificazione gerarchica, di cui alla sigla - bensì di una condivisa "*conversion of the multiannual strategic plans into concrete operational action plans per year*".

Nella nuova ottica valutativa, infatti, i precedenti piani (generali) pluriennali strategici vengono sostituiti da piani d'azione concreti, dichiarati operativi di anno in anno e formati sulla base delle priorità individuate dal Consiglio.

Il COSI opera come una "camera di compensazione" nella quale individuare delle linee di indirizzo comuni, alla luce delle priorità rappresentate dai singoli Stati membri, seppur nei ristretti settori di pertinenza dell'Unione: non può infatti dimenticarsi che il primo, vero ostacolo ad una reale interoperatività delle Forze di polizia degli Stati membri (prescindendo dai più ambiziosi obiettivi della PESC/PSDC, che prefigura un "sistema sicurezza" integrato militare/civile, strutturato su più livelli sinergici che vanno dalla protezione civile alle missioni di pace all'estero, passando per l'antiterrorismo, l'ordine pubblico e le funzioni di polizia giudiziaria) risiede proprio nell'obiettiva difformità degli

ordinamenti nazionali, cui è riservato il monopolio del “settore sicurezza”.

Diffomità che non attengono solo l’aspetto procedurale (oltre alle regole del procedimento penale, la stessa attività d’indagine può trovare una regolamentazione del tutto differente, in ragione del ruolo assunto, nei singoli ordinamenti, dalle Forze di polizia e dagli organi inquirenti), ma anche quello sostanziale allorché, ad esempio, un medesimo fatto risulti vietato solo in alcuni di essi, oppure sanzionato con modalità assolutamente diverse.

Di per sé, forme di cooperazione di polizia (operazioni congiunte, scambi di notizie, etc.) esistevano ben prima della nascita delle Comunità Europee, ma si trattava di fenomeni isolati, dettati dalle contingenze del momento e regolati dalle complesse norme sulle rogatorie internazionali, tant’è che un primo passo avanti nel settore delle indagini di polizia criminale si ebbe solo con la creazione, nel 1922, dell’INTERPOL, struttura internazionale a carattere coordinativo (non disponendo di propri agenti operativi (239)).

Stante l’impossibilità di una *reductio ad unum* degli ordinamenti nazionali, la soluzione è stata individuata nell’adozione di *standards* operativi che consentano la circolarità delle informazioni, una volta inserite nel sistema secondo parametri uniformi, comprensibili da tutti coloro che li adottano; *standards* elaborati e diffusi dalle Agenzie europee e dagli Istituti nazionali convenzionati (in particolare nel sistema CEPOL - cfr. *infra*), impegnati altresì ad individuare una serie di criteri operativi comuni da utilizzare in occasione di attività collaborative transfrontaliere.

Nel periodo successivo al Consiglio Europeo di Feira (1999) e sino all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la cooperazione di polizia venne in gran parte a risolversi in periodiche riunioni biennali dei Capi della polizia e dei servizi di sicurezza nazionali (il cd. “*Club di Berna*”), nel corso delle quali si procedeva anche a scambi di informazioni in materie come il controspionaggio, il crimine organizzato ed il terrorismo.

Con il Trattato di Lisbona si supera l’informalità delle precedenti forme di cooperazione per attribuir loro una precisa base legale e soprattutto una sede istituzionale (il COSI, appunto (240)), della quale viene sancito il carattere “in-

(239) Per ulteriori indicazioni, cfr. <http://www.interpol.int/en/About-INTERPOL/Legal-materials>.

(240) Va però evidenziato che anche il COSI, come ogni altra creatura del diritto, è frutto delle contingenze del momento: in particolare nel periodo gennaio 2010 - giugno 2011 si registrarono delle forti divisioni in seno alla cd. Troika Europea del Consiglio, tra la posizione della Spagna che sostanzialmente concepiva il COSI come una pura e semplice rielaborazione della *Task Force* dei Capi di polizia europei, ossia una struttura destinata a riunirsi solo in determinate occasioni - dunque piuttosto precaria - e quella del Belgio, che invece intendeva dar vita ad un organismo strumentale (consultivo e strategico) stabile e costantemente in attività. Venne infine raggiunta una soluzione di compromesso, dando vita ad un organo formalmente stabile, ma i cui componenti (tecnici) di diritto si riunivano solo a cadenze periodiche, per la restante parte del tempo rimanendo affidata la gestione delle questioni aperte ad un nutrito gruppo di “*Sherpa*” nazionali, non necessariamente dotati delle competenze specifiche del Comitato.

tegrato” interforze e la doppia natura operativa e di indirizzo (in ragione della sua natura ausiliaria al Consiglio), seppur limitatamente alle questioni afferenti la “sicurezza interna” al territorio comune dell’UE (cd. “spazio Fsj”).

La previsione dell’art. 71 TFUE non rappresenta comunque una novità assoluta, poiché riprende, almeno in parte, il contenuto dell’art. III-261 della cd. “Costituzione Europea” del 2003 (241), mai entrata in vigore: anche qui, infatti, veniva prevista la creazione di una “*Commissione permanente*” per assicurare “*la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna*” (testualmente, “*ensure operational cooperation [by facilitating] coordination of the action of Member States’s competent authorities*”). Al riguardo, va rilevato che il generico riferimento dell’art. 71 TFUE alle “*Autorità [nazionali] competenti*” (242) non è casuale, ma coerente con la natura del COSI: quest’ultimo, infatti, è stato concepito (come già le strutture informali che l’avevano preceduto) quale luogo di mediazione delle scelte di indirizzo (anche strategico) in materia di sicurezza interna dell’Unione, per tali coinvolgenti relevantissimi profili di natura politica, in massima parte di pertinenza degli Stati membri ed in aliquota minore del Consiglio.

L’ampia portata dell’espressione usata tiene conto delle differenze esistenti tra gli ordinamenti di pubblica sicurezza dei vari Stati dell’UE (che in determinati casi fanno riferimento a soggetti diversi dalle Forze dell’ordine: ne fanno infatti parte - secondo l’ampia formula utilizzata dal Consiglio - “*high-level officials from EU States’ ministries of the interior and of Commission representatives. Eurojust, Europol, Frontex and other relevant bodies may be invited to attend meetings of COSI as observers*”).

Nel mese di febbraio 2005 la Presidenza lussemburghese produsse un “*Documento di discussione sul futuro del Comitato permanente per la sicurezza interna (COSI) - Trattato costituzionale, Art. III-261*” (doc. n. 6626 del 21 febbraio 2005 (243)).

(241) Testo integrale su <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:IT:HTML>.

(242) Il termine “*Autorità*” andrebbe peraltro riferito alle componenti governative che hanno la responsabilità delle politiche di pubblica sicurezza nei singoli Stati membri, piuttosto che - per ipotesi - ai vertici delle Forze dell’ordine, (pur presenti nel Comitato per offrire il necessario apporto tecnico/specialistico), per una serie di ragioni: *in primis*, in assenza di una *specificata* norma derogatoria *ad hoc* (che qui non si rinviene), le regole contenute nei Trattati istitutivi dell’UE hanno per destinatari gli Stati membri, o comunque le loro istanze di governo, e non i singoli organi che ne compongono la struttura amministrativa interna, tanto più che il COSI non ha alcuna capacità operativa diretta. Inoltre la clausola di sussidiarietà contenuta nello stesso art. 71 TFUE, proprio nel riferirsi al “*coordinamento dell’azione delle autorità competenti degli Stati membri*” fa “*salvo l’art. 240*” (norma che a sua volta prevede che “*Un comitato costituito dai rappresentanti permanenti dei Governi degli Stati membri è responsabile della preparazione dei lavori del Consiglio e dell’esecuzione dei compiti che quest’ultimo gli assegna*”). Tale espressa riserva non avrebbe senso, se l’attività del COSI fosse direttamente rivolta - anziché alle Autorità nazionali ivi rappresentate - direttamente agli apparati amministrativi statali (cui sicuramente non si rivolge l’attività del Comitato intergovernativo di cui all’art. 240, che dunque non necessiterebbe di alcuna riserva in deroga del tipo di quella dell’art. 71 TFUE).

(243) Pubblicato sul sito non istituzionale <http://www.statewatch.org/news/2005/may/6626.05.pdf>.

In precedenza, nel *Programma* de L'Aja su “*Giustizia ed Affari Interni*” adottato il 5 novembre 2004, si era deciso di istituire un Comitato provvisorio per predisporre l'assetto definitivo del COSI. La prima riunione si tenne il 13 maggio 2005 e la relazione dei lavori venne diffusa dalla Presidenza del Consiglio il successivo 8 giugno, con sensibili modifiche rispetto alle premesse: scompariva infatti ogni riferimento alla Costituzione Europea e si parlava semplicemente di “*Relazione di sintesi della prima riunione semestrale per il coordinamento della cooperazione operativa, come previsto dal Programma dell'Aia*”.

A fondamento delle riunioni del Comitato provvisorio non era più menzionata la base legale dell'art. III-261, ma (correttamente) solo il *Programma* de L'Aja del 5 novembre 2004: ciò perché tra la prima riunione di esso (13 maggio) e la pubblicazione della relazione (8 giugno) erano intervenuti i *referendum* francese (29 maggio) ed olandese (1 giugno) che avevano respinto il progetto costituzionale.

Dalla relazione emergono alcuni punti qualificanti: innanzitutto, veniva affrontata la questione di chi dovesse prendere parte alle riunioni del COSI, in ragione della natura e delle funzioni assegnate (almeno in prospettiva (244)) a quest'ultimo.

La soluzione, assai variegata, venne assunta in coerenza al modello generale - “inclusivo” e multidisciplinare - che caratterizza le politiche di sicurezza dell'UE (“interna” ed “esterna”), posto che il costituendo COSI avrebbe dovuto ricomprendere “*i Presidenti del Comitato dell'articolo 36 (cooperazione di polizia e giudiziaria) e del Comitato strategico sull'immigrazione, le frontiere e l'asilo (CSIFA), rappresentanti della Commissione, di Europol ed Eurojust, nonché la Task force dei Capi di polizia, il Joint Situation Centre (SITCEN) e l'(allora appena creata) Agenzia Europea per le frontiere (EBA)*”. Per completezza, si ricorda che né la *Task Force* dei Capi di polizia, né il SITCEN avevano (ed hanno) una base giuridica formale che ne giustificasse l'esistenza, il che spiega la proposta di assorbirli nel neo-istituito Comitato permanente.

Si precisava inoltre che il COSI avrebbe dovuto “*preparare le decisioni del Consiglio UE*” in materia di sicurezza interna, assumendo quindi un ruolo di supporto tecnico-programmatico dell'organo legislativo dell'UE, “terzo” rispetto ai singoli operatori impegnati sul campo (245).

Un supporto privo quindi di dirette capacità operative e legislative: “*The COSI should not have legislative tasks*” (UE doc. n. 5573/05 - “*Note*”).

(244) In effetti, attesa la genericità delle funzioni del COSI come inizialmente formulate nel *Progetto di Costituzione per l'Europa*, già nel corso della riunione informale del Consiglio “Giustizia ed Affari Interni” del 27-29 gennaio 2005 si era preso atto della natura *in fieri* dell'organismo, non riducibile alle scarse parole dell'allora art. III-261: “*The exact nature of the committee cannot be discerned by reading Article III-261*”.

(245) Testualmente, “*prepare decisions of the Council*” e “*not a day-to-day tool for operational cooperation*” (cfr. doc. n. 8989/05).

from Council General Secretariat to the Article 36 Committee”).

Tali principi, che precludono tra l’altro ogni possibilità di creare una sorta di FBI europea, verranno confermati dall’art. 4 della richiamata (e vigente) *Decisione del Consiglio n. 2010/131*.

Sin dall’origine il ruolo del COSI sarebbe dunque consistito nel **definire le basi giuridiche per le azioni in materia di sicurezza** (“*setting out a legislative framework for operational action*”, peraltro “*with ‘no link’ to budgetary issues*”); sul lato della cooperazione operativa, invece, si propose di integrare in seno al COSI la *Task Force dei Capi della Polizia* (246), onde evitare duplicazioni di sorta.

Nel corso dei lavori condotti nel 2005 (in particolare, nel già citato doc. 6626/05) fu elaborata un’ampia nozione giuridica di “sicurezza interna” (materia che costituirà il settore per eccellenza del COSI), ricomprendente “*the prevention and combating of crime; the prevention of the terrorist threat; intelligence exchange; public order management; the prevention and combating of criminal offences such as illegal immigration and trafficking in persons; the provision of an integrated management system for external borders as a major factor for preventing (certain) forms of crime within the EU; and crisis management with cross-border effects within the EU*”.

Tale nozione teneva conto delle (allora) diverse basi legali del COSI (in particolare, oltre alla disposizione generale sopra richiamata, gli artt. I-42, I-43, III-257 [3], III-263, III-265 [1][c], III-267 [2][c] e [d], III-329 dell’allora progetto di Costituzione UE) e tendeva a superare le apparenti limitazioni formali dell’art. III-261, posto che il venir meno della suddivisione in “Pilastrini” (247) necessariamente implicava lo sviluppo di un concetto integrato di “sicurezza interna” (desumibile appunto dalle suddette norme costituzionali).

Nel documento n. 6626/05 si accentua la funzione di *strumento di collaborazione* del Comitato permanente, precisando però (par. 6) che esso non ha diretta capacità operativa; in particolare, non può “***directly in charge of conducting operational activities but shall ensure that operational cooperation is promoted and strengthened***. *This could be described as providing the appropriate framework, tools, policy, implementation and evaluation to allow/oblige the competent authorities to cooperate in areas of common interest or threat*”.

Conformandosi ad un principio generale di diritto amministrativo e costituzionale comune agli Stati membri (248), il legislatore UE ha quindi **net-**

(246) Sul punto rilevano le riserve del Regno Unito, secondo cui il COSI avrebbe dovuto più che altro occuparsi della cooperazione operativa, assumendo conseguentemente le caratteristiche di una commissione di alto livello, composta da specialisti qualificati delle varie Forze dell’ordine nazionali, nonché da consulenti e rappresentanti dei Ministri competenti per settore.

(247) Già prevista nel *Progetto* di Costituzione per l’Europa (mai entrata in vigore) e successivamente ripresa dal Trattato di Lisbona.

(248) Espressione della regola generale di buona amministrazione e trasparenza (di cui agli artt. 15 TFUE e 97 Cost.), recepito in Italia, da ultimo, nel D.lgs 30 marzo 2001 n. 165 (artt. 4 ss.).

tamente distinto le funzioni di programmazione (e - seppur in modo più lato - di indirizzo, negli ambiti di competenza dell'Unione), attribuite al COSI ed al Consiglio UE (di cui il primo è un'articolazione), **da quelle concretamente operative**, che spettano solo agli Stati membri.

Nella formulazione originaria, come già anticipato, anche la funzione di *coordinamento* fa la sua comparsa, allorché il legislatore UE prospetta tre possibili "opzioni" sul futuro ruolo dell'istituendo Comitato permanente: la prima, nel limitare il ruolo del COSI alla funzione di pianificazione operativa (operazioni congiunte di polizia, delle Autorità doganali e giudiziarie, etc.), comprende anche il *coordinamento* tra le varie operazioni ed azioni (il che presuppone l'individuazione delle necessità operative del caso concreto, alla luce della valutazione delle minacce, nonché la determinazione delle priorità d'intervento, etc.). Tale opzione venne sviluppata in seno alla *Task Force* dei Capi delle Forze di polizia (a seguito della correlata decisione del Consiglio UE, in data 19 novembre 2004), con la precisazione che il ruolo del COSI non avrebbe dovuto essere limitato alla cooperazione di polizia, dovendosi preferire l'approccio multidisciplinare ed integrato.

Una seconda opzione, invece, voleva attribuire al COSI delle specifiche "funzioni strategiche", tra cui l'elaborazione di un "*Piano UE per la sicurezza interna*" e l'esercizio della cooperazione operativa, con l'unica preclusione delle funzioni legislative.

Ancora, il documento in esame propone che nel COSI vengano nominati dei membri "*residential*", ovverosia dei rappresentanti permanenti designati da ciascun Governo nazionale, ai quali si affiancherebbero - con funzioni di consulenza - degli "esperti di settore" a seconda delle questioni affrontate (tra i quali sembrerebbero doversi ricomprendere anche le Agenzie UE quali EUROPOL, EUROJUST, il *Comitato Strategico in materia di asilo, immigrazione e frontiere* e la *Task Force* dei Capi di polizia, ferma restando - per quest'ultima - la prospettiva dell'assorbimento nel COSI medesimo (249)).

Con il Trattato di Lisbona il COSI e la precedente elaborazione dottrinale trovano una (nuova) base legale nell'art. 71 TFUE.

La sua principale funzione, come già detto, consiste nel coadiuvare il Consiglio (del quale è un organismo ausiliario) per promuovere e rafforzare la *cooperazione operativa* tra le singole Autorità nazionali, onde assicurare un efficace livello di sicurezza interna allo spazio comune europeo. Per fare ciò, il legislatore comunitario ha puntato sul *coordinamento* dell'azione istituzionale delle diverse Autorità nazionali - assolutamente autonome nel proprio ambito interno - che dovrebbe essere favorito nel corso delle riunioni del Comitato permanente.

(249) Nel documento del Consiglio UE n. 5815 del 29 gennaio 2010, si legge tra l'altro "*COSI should take over, for the most part, the functions of the European Police Chiefs Task Force as the management body for COSPOL projects. Nonetheless, if required, each Presidency could organise meetings between Member States' Police Chiefs, on a voluntary and informal basis*".

Formula inoltre delle raccomandazioni “concrete” al Consiglio, ed altresì lo assiste ogni qual volta debba essere attuata la cd. “clausola di solidarietà” ex art. 222 TFUE (in base alla quale l’UE deve mobilitare tutti gli strumenti a sua disposizione, compreso quello militare, per aiutare uno Stato membro oggetto di un attacco terroristico o vittima di una calamità naturale provocata dall’uomo).

Nell’esercizio di queste concrete - e dunque non surrogabili - competenze, al pari di un tradizionale Dipartimento ministeriale, il COSI viene quindi di fatto a partecipare all’attività di indirizzo politico dell’Unione.

Il COSI è un organo tecnico di supporto privo di attribuzioni operative, come chiarisce l’art. 4 della citata Decisione istitutiva 2010/131 del Consiglio, per cui “*il Comitato permanente non partecipa alla condotta delle operazioni che rimangono compito degli Stati membri*”; coerentemente, quindi, il documento del Consiglio UE n. 5815/10 del 29 gennaio 2010 (Jai 85 - Cosi 1 (250)), avente ad oggetto “*Consequences of the entry into force of the Lisbon treaty: the COSI*”, nel tracciarne le possibili linee di sviluppo (ricalcanti le linee-guida interdisciplinari in materia di sicurezza interna di cui al vigente “*Programma di Stoccolma*” - cfr. *retro*) indica, tra l’altro “*la cooperazione di polizia [disciplinata al Capo V del TFUE - ndr] e doganale, il controllo e la protezione delle frontiere esterne, e, ove opportuno, la cooperazione giudiziaria in materia penale*” (251), ai fini della sicurezza pubblica nello spazio UE.

Il suddetto documento indicava ai singoli Stati membri un questionario circa i possibili, futuri sviluppi di impiego del Comitato, con riferimento a tre ordini di questioni: 1) quali fossero le principali priorità che il COSI doveva affrontare nella fase iniziale della sua attività; 2) se il COSI dovesse sostituirsi alla *Task Force dei Capi della polizia*, assumendone le funzioni; 3) se il COSI dovesse altresì svolgere un’opera tesa a favorire il coordinamento della cooperazione operativa in materia di sicurezza con Stati terzi rispetto all’Unione (252).

Le risposte al questionario, articolate su più profili, sono raccolte nel doc. n. 5830/10 del Consiglio UE, in data 12 febbraio 2010 (JAI 89-COSI 3), solo parzialmente accessibile (viene omissa, tra l’altro, il nome dello Stato cui si riferisce la risposta (253)).

(250) Reperibile sul sito non istituzionale <http://www.statewatch.org/news/2010/feb/eu-cosi-5815-10.pdf>.

(251) Testualmente: “*it is foreseen that the Standing Committee shall facilitate and ensure effective operational cooperation and coordination, including in areas covered by police and customs cooperation and by authorities responsible for the control and protection of external borders. It shall also cover, where appropriate, judicial cooperation in criminal matters relevant to operational cooperation in the field of internal security*”.

(252) Testualmente, “*With respect to the above, the Presidency invites Delegations to address the following questions: Which are the main priorities COSI should deal with in the first stages of its work? Should COSI take over the main tasks of the Police Chiefs Task Force? Should COSI facilitate the coordination of operational cooperation on security issues with third countries and key regions?*”.

(253) Il documento è reperibile, in base al numero di serie, tramite il motore di ricerca del portale del Consiglio UE (<http://register.consilium.europa.eu>).

Il COSI non si occupa di questioni militari (operando nel settore FSJ e non anche nella PSDC), ma in virtù della stretta interdipendenza tra i due ambiti d'azione che caratterizza il “modello europeo” di sicurezza (254), sarà tenuto a confrontarsi con il pressoché “omologo” CPS (*Comitato politico e di sicurezza* (255)): sul punto si rinvia a quanto anticipato riguardo ai più recenti indirizzi di cooperazione tra i settori PESC/PSDC e FSJ, descritti nella “Tabella di marcia” doc. 15562/11/ARES(2011) 118322 (256).

Tra i compiti della Commissione permanente vi è la valutazione della “*direzione generale*” del sistema sicurezza (con possibilità di raccomandare l'adozione di misure idonee a fronte di eventuali carenze (257)), nonché la funzione di garantire “*la rigorosa cooperazione*” tra le Autorità competenti dello Stato membro di volta in volta coinvolto con le pertinenti strutture UE in materia di sicurezza interna (ad es. EUROPOL, FRONTEX, EUROJUST, CEPOL E SITCEN), ove se ne ravvisi la necessità.

Il COSI, in quanto tale, non prende direttamente parte all'iniziativa legislativa dell'UE, analogamente ad un Dipartimento ministeriale di diritto interno; pur tuttavia - in quanto organo ausiliario - fornisce un apporto decisivo (di carattere tecnico) nel sensibilizzare sulle esigenze operative del “sistema sicurezza” gli organi che intervengono nel processo legislativo e, con ciò facendo, finisce in concreto col partecipare pienamente alla formazione dell'indirizzo politico dell'Unione (258); un apporto che, in ragione

(254) Nel vigente “*Programma di Stoccolma*” sulla sicurezza europea, il COSI ha il compito di curare “*lo sviluppo, il monitoraggio e l'attuazione della strategia di sicurezza interna*”.

(255) Il *Comitato politico e di sicurezza* (CPS) sovrintende alla situazione internazionale nel settore della *politica estera e di sicurezza comune* (PESC) e della *politica europea di sicurezza e di difesa* (PESD/PSDC). Istituito con Decisione del Consiglio n. 2001/78/PESC (in data del 22 gennaio 2001, scaricabile da <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0078:IT:NOT>), riveste un ruolo centrale nel definire e controllare le risposte dell'Unione Europea ad una crisi.

(256) Attinente, significativamente, a tutti i settori coinvolti nella gestione della pubblica sicurezza, con i seguenti riferimenti: COSDP 965, PESC 1295, CIVCOM 470, CSDP/PSDC 607 e COSI 83. Gli stretti legami operativi tra PSDC (ex PESD) e FSJ (e relativi attori) trovano riscontro già nella seconda linea d'azione individuata in tale documento, che si sofferma su “*the needs to enhance the framework for more comprehensive exchange of information, analyses and assessments between relevant CSDP and FSJ actors, including in the domain of crisis management*”.

(257) Espressamente: “*To evaluate the general direction and efficiency of operational cooperation and identify possible shortcomings or failures*”.

(258) In particolare, nel corso del tempo sono state ricondotte alla nozione comunitaria di sicurezza “interna” (complementare ed inscindibile, occorre ricordare, da quella “esterna”, in seno alla quale operano con maggiore intensità e frequenza le Forze armate tradizionali) - ove di rilevanza transnazionale - le seguenti tipologie di eventi: gestione integrata delle frontiere; cooperazione fra le Autorità nazionali di polizia; armonizzazione dei sistemi della giustizia penale; protezione civile / gestione delle crisi; terrorismo; forme gravi di criminalità organizzata; traffico di droga; criminalità informatica; traffico di esseri umani; sfruttamento sessuale dei minori e pornografia infantile; criminalità economica; corruzione; traffico di armi; calamità naturali e provocate dall'uomo; criminalità in generale; infrastrutture strategiche; frodi documentali; riciclaggio di denaro; violenza giovanile; violenza *hooligan*; grandi eventi internazionali (per quanto concerne i conseguenti problemi di ordine pubblico); partite di calcio ed eventi sportivi; incidenti stradali; protezione dei cd. “valori comuni”.

dell'intersectorialità della nozione di sicurezza "interna" valevole per l'UE, in conformità alla *strategia integrata di sicurezza* (ISS) attualmente in vigore, **spiega ed impone** - così come del resto accade nella stragrande maggioranza degli ordinamenti contemporanei (con la parziale eccezione proprio del sistema delineato in Italia dalla legge 121/81) - la sua composizione integrata interforze, su base paritaria.

Se in precedenza, infatti, prima dell'adozione dei Trattati di Maastricht ed Amsterdam ci si limitava ai settori della cooperazione giudiziaria e di polizia, oltre che alle procedure in materia di immigrazione ed asilo, adesso tale nozione va intesa quale "*concetto ampio ed articolato, che abbraccia molteplici settori*" e comprende "*una vasta gamma di misure*": una realtà che sempre più comporta il coinvolgimento di diverse professionalità oltre alle Forze dell'ordine, tra cui le Autorità di gestione delle frontiere e quelle giudiziarie, gli organismi di protezione civile e le Forze armate, nonché l'apporto del settore privato, sia in campo politico che economico e finanziario, oltreché di volontariato.

Una molteplicità di competenze che certo non può essere coordinata o gestita (e men che mai comandata) dall'uno piuttosto che dall'altro degli operatori in campo, ma necessita dell'intervento *terzo* dell'Autorità (cd. "civile") *di indirizzo politico*, in conformità al modello di sussidiarietà tipico dello Stato di diritto.

H) LE AGENZIE DELL'UE STRUMENTALI ALLA COLLABORAZIONE DI POLIZIA. ELEMENTI DI SINTESI SUL MODELLO DI SICUREZZA DELL'UNIONE EUROPEA.

Come già anticipato, nel settore FSJ operano alcune Agenzie, il cui compito risiede nel favorire la cooperazione transfrontaliera tra i diversi operatori del "settore sicurezza" degli Stati membri (non solo, quindi, le Forze di polizia tradizionali) ogniqualevolta si sia in presenza di situazioni di pericolo che attingono gli interessi propri dell'UE.

Va comunque chiarito, in via preliminare, che una cosa è la strategia (integrata) di sicurezza dell'Unione Europea, che nel settore FSJ trova nel COSI il principale organo di riferimento, un'altra il ruolo delle Agenzie di cui trattasi, che possono sì fornire - volta per volta - degli apporti tecnico/specialistici strumentali ad un migliore perseguimento della suddetta strategia, ma che pur sempre agiscono (alla pari di altri soggetti istituzionali come le Forze dell'ordine, i servizi di protezione civile, le Forze armate tradizionali, etc.) in settori determinati e con competenze specifiche.

La più conosciuta di esse, EUROPOL, a dispetto del nome suggestivo non è né una Forza di polizia (ad esempio, una sorta di FBI europea (259)), né un cen-

(259) Sul sito istituzionale di EUROPOL (<https://www.europol.europa.eu>), alla quarta voce delle FAQ ("Is Europol a European FBI?") la questione viene (ovviamente) risolta in senso negativo: "No. Europol has no executive powers. The European Police Office is a support service for the law enfor-

tro di monitoraggio e/o direzione, ma semplicemente un ufficio di collegamento tra le singole Forze di polizia nazionali, con fini di supporto tecnico. Tale situazione permane anche in seguito alle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, a seguito del quale EUROPOL assume un indiretto ruolo strategico nel predisporre i rapporti sulla cui base verranno elaborate le linee programmatiche sulla sicurezza in seno al COSI, e quindi al Consiglio UE (cfr. *infra*).

Seppur riconducibili all'ampia nozione (integrata) di pubblica sicurezza elaborata in sede europea, le attribuzioni strumentali di EUROPOL attengono - più che alle funzioni di P.S. tipicamente intese sul piano del diritto interno (TULPS e legge 121/81) - principalmente alle attribuzioni di polizia giudiziaria, tant'è vero che di essa si occupa il Consiglio UE nella composizione dei Ministri della Giustizia e non in quella degli Affari interni.

L'Ufficio Europeo di Polizia nasce con la *Convenzione* del 1995 (260), attuativa dell'art. K.3 (par. 2 lett. c) del Trattato di Maastricht ed entrata in vigore il 1° luglio 1999; sino alle riforme operate dal Trattato di Lisbona (o, per meglio dire, sino al 31 dicembre 2009) tale ufficio ha avuto il compito di agevolare la spontanea cooperazione tra le Forze di polizia degli Stati membri in presenza di forme particolarmente gravi di criminalità transfrontaliera in grado di mettere a rischio gli stessi interessi comuni dell'Unione, quali terrorismo, traffico illecito di stupefacenti (261), criminalità organizzata internazionale (262), etc.

Come già accennato, EUROPOL nasce per favorire i rapporti di collaborazione tra gli Stati membri dell'UE, al fine di prevenire e combattere gravi forme di criminalità organizzata grazie all'interscambio di informazioni sensibili tra gli organi deputati alla tutela della pubblica sicurezza nazionale e ad un'attività di analisi e studio volta all'approfondimento delle conoscenze specialistiche dei servizi interessati. In breve, EUROPOL procura la messa in co-

cement agencies of the EU Member States. This means that Europol officials are not entitled to arrest suspects or act without the approval of national authorities. However, the support provided by Europol consists of tools that can contribute to the executive measures carried out by the relevant national authorities. The tools are: fast information exchange, sophisticated intelligence analysis, co-ordination, expertise and training". EUROPOL difetta di tutti i requisiti del citato Ufficio dell'*intelligence* statunitense: l'FBI opera infatti in regime autonomo e per una serie di reati contemplati nel *Codice penale federale USA*, per di più con *propri* Sostituti procuratori e Giudici di riferimento. A ciò aggiungasi che si tratta di una struttura incardinata nel sistema sociale, dotata di propri poteri e legata alle Forze di polizia degli Stati federati da rapporti di cooperazione, laddove EUROPOL, a tacer d'altro, non ha alcun autonomo supporto di tipo giurisdizionale. Per un'analitica esposizione delle competenze e delle attività svolte dall'Agenzia, si richiama la pubblicazione annuale del suo bilancio operativo, disponibile su https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/it_europolreviewitalian.pdf.

(260) Atto del Consiglio del 26 luglio 1995 (95/C), su GUCE C-316 del 27.11.1995. Pubblicato su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995F1127%2801%29:IT:NOT>.

(261) Questo era inizialmente l'unico settore di competenza dell'Agenzia, allora EDU-EUROPOL.

(262) Sino al 2009: 1) prevenzione e lotta contro il terrorismo; 2) traffico illecito di stupefacenti; 3) tratta di esseri umani; 4) reti d'immigrazione clandestina; 5) traffico illecito di materie radioattive e nucleari; 6) traffico di autoveicoli rubati; 7) lotta contro la contraffazione dell'euro e la falsificazione dei mezzi di pagamento; 7) riciclaggio di denaro (salvo le infrazioni primarie).

mune del patrimonio informativo e del *know-how* operativo (tecniche di procedura, etc.) delle varie strutture di P.S. statali, onde favorire, sul versante conoscitivo e di metodo, una maggior cooperazione tra le Forze di polizia impegnate in operazioni transfrontaliere.

A tal fine l'Agenzia è tenuta a costituire - attraverso delle centrali di riferimento nazionali - una rete informatica comune tramite cui implementare un'estesa banca dati del "settore sicurezza" con la quale tutti i soggetti nazionali abilitati possano continuamente interagire, senza essere limitati dalle differenze di formazione (ed ordinamento) che necessariamente li contraddistinguono: il tutto grazie all'utilizzo di particolari *standards* uniformi di archiviazione e ricerca sviluppati dal personale EUROPOL ed oggetto di appositi corsi di formazione. La presenza di una funzione di *analisi* dei dati e non di mera archiviazione, del resto, è alla base dell'idea per cui l'Agenzia UE dovrebbe progressivamente sviluppare una capacità *dinamica* di formazione operativa e di consulenza a vantaggio degli operatori dei singoli Stati membri, sempre nella prospettiva della loro eventuale, reciproca collaborazione (263).

EUROPOL non è un organo di polizia, né ha competenze operative: ha formalmente un'autonoma personalità giuridica, ma nelle materie nelle quali svolge la propria attività non dispone comunque di poteri esecutivi sul tipo dei servizi di polizia nazionali (tant'è che al suo personale è vietato procedere ad interrogatori, perquisizioni, etc.).

In ciò risiede la principale differenza rispetto all'INTERPOL (264), del quale l'Agenzia europea avrebbe dovuto essere - secondo l'originaria linea di pensiero tedesca - una versione continentale.

(263) Nel sito istituzionale di EUROPOL sono indicati gli strumenti di supporto forniti all'azione delle Forze dell'ordine degli Stati membri: "*Europol supports member states by: Facilitating the exchange of information, in accordance with national law, between Europol liaison officers (ELOS). ELOS are seconded to Europol by the member states as representatives of their national law enforcement agencies; Providing operational analysis in support of operations; Generating strategic reports (e.g. threat assessments) and crime analysis on the basis of information and intelligence supplied by member states and third parties; Providing expertise and technical support for investigations and operations carried out within the EU, under the supervision and the legal responsibility of the member states concerned. Europol is also active in promoting crime analysis and harmonisation of investigative techniques within the member states*".

(264) Sul cui ordinamento si vedano lo *Statuto* e le *Regole generali*, riportati sul portale istituzionale <http://www.interpol.int/>. In merito invece alla trasparenza del trattamento di dati sensibili (questione tuttora aperta per EUROPOL), si vedano i recenti "*Rules on the Processing of Data*" del 14 marzo 2013 (su <http://www.interpol.int/content/download/13042/90082/version/17/file/RTD%20ENGLISH.pdf>). Mentre l'OIPC-INTERPOL è basata su accordi fra le autorità di polizia, EUROPOL si fonda giuridicamente su Trattati ratificati dai Parlamenti nazionali degli Stati membri UE; la prima può essere considerata una rete delle polizie nel mondo, laddove EUROPOL fornisce più che altro supporto agli Stati membri dell'Unione nell'analisi dei dati con diretta influenza sul piano delle investigazioni. Il rapporto tra le due organizzazioni è disciplinato nella Convenzione istitutiva di EUROPOL del 1995, nella quale si fa espresso divieto, per le forme di cooperazione contemplate nella Convenzione, di pregiudicare altre forme di cooperazione bilaterale o multilaterale già esistenti. Tra le due organizzazioni, inoltre, il 5 novembre 2001 è stato sottoscritto uno specifico accordo di collaborazione.

Elemento centrale del sistema è la creazione di un' *Unità Nazionale Europol* (UNE) all'interno dei singoli Stati membri, istituita in Italia con Decreto Interministeriale del 21 febbraio 1996 ed inserita, sul piano ordinativo, nella *Direzione Centrale della Polizia Criminale* presso il Dipartimento di P.S., a necessaria composizione interforze (è diretta - con il principio della rotazione ad alternanza triennale - da un Primo dirigente della Polizia di Stato, un Colonnello dei Carabinieri o della Guardia di Finanza).

Tale *Unità*, talvolta impropriamente chiamata "*referente unico nazionale di polizia*" (265), è il solo organo competente ad assicurare il collegamento tra EUROPOL ed i servizi di polizia dei singoli Stati membri per la gestione dei flussi informativi: a tal fine, è responsabile della validazione dei dati forniti e, come tale, è assoggettata a vari controlli: dal Garante per la tutela dei dati personali all'Autorità per la tutela del segreto di Stato, al Comitato parlamentare di controllo Schengen-EUROPOL, oltre a quelli gerarchici e funzionali.

Dall'*Unità Nazionale Europol* dipendono gli ufficiali di collegamento - di provenienza interforze - distaccati presso la direzione di EUROPOL a L'Aja che costituiscono il *desk* italiano e si rapportano, nell'assicurare la difesa degli interessi della propria *Unità Nazionale*, con i *desk* degli altri Stati membri e con la direzione stessa di EUROPOL.

Il D.M. 25 ottobre 2000, di riordino della "*Direzione Centrale della Polizia Criminale*", ha istituito nell'ambito di quest'ultima un "*Servizio di Cooperazione Internazionale*" interforze (cui debbono fare riferimento, per gli aspetti della cooperazione tecnico-operativa, tutte le strutture del Dipartimento della Pubblica Sicurezza e delle Forze di polizia), articolato in cinque Divisioni, che comprende INTERPOL (II e III), l'*Unità nazionale EUROPOL* (IV) e SI.RE.NE (V), ferme restando le autonomie funzionali di tali settori.

L'*Unità nazionale* è incaricata, tra l'altro, di fornire ad EUROPOL le informazioni e le segnalazioni necessarie per adempiere al suo mandato, in particolare per alimentare il sistema di informazione (vero motore - e potenziale punto critico - del sistema), per rispondere a richieste di dati inoltrate dall'Agenzia (ovvero rivolgere a quest'ultima analoghe richieste), per diffondere presso i servizi competenti le informazioni fornite dalla stessa.

Una parziale modifica è stata però disposta con il *Protocollo* del 27 novembre 2003 (266), che consente adesso dei contatti diretti tra EUROPOL ed i

(265) Accezione che non ha mancato di attrarre - lo citiamo *ad colorandum* - l'inesausta fantasia di chi vorrebbe leggersi nientemeno che l'indizio di una "spinta" europea verso l'unificazione delle Forze di polizia.

(266) Pubblicato su GUCE C-2 del 6.1.2004, è entrato in vigore il 18.4.2007 (consultabile su [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42004A0106\(01\):IT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42004A0106(01):IT:HTML)): per l'effetto, l'art. 4 par. 2 della Convenzione EUROPOL prevede adesso che "*L'unità nazionale è l'unico organo di collegamento tra l'Europol e i servizi nazionali competenti. Gli Stati membri possono tuttavia permettere contatti diretti tra i servizi nazionali competenti designati e l'Europol purché siano rispettate le condizioni stabilite dallo Stato membro in questione, compreso il coinvolgimento preliminare dell'unità*

singoli servizi nazionali di settore, a condizione che vi sia un'espressa autorizzazione dello Stato membro in tal senso e che di ciò venga comunque dato contestuale avviso all'UNE medesima.

A partire dal 1° gennaio 2010, la Convenzione del 1995 è stata sostituita dalla Decisione n. 2009/371/GAI del Consiglio UE (267), che da un lato semplifica l'amministrazione dell'Agenzia e dall'altro dovrebbe consentire di apportare modifiche alla sua disciplina ordinamentale con minori ostacoli rispetto al passato.

Parimenti muta il regime finanziario di EUROPOL, adesso direttamente sovvenzionato dal bilancio generale dell'UE e quindi sottoposto al controllo del Parlamento Europeo, mentre in precedenza si provvedeva a mezzo di contributi diretti degli Stati membri.

Come evidenziato dalla dottrina (268), EUROPOL è semplicemente una complessa rete informatica in grado di consentire la circolarità di informazioni sensibili tra i servizi di pubblica sicurezza nazionali (Forze di polizia ed altro) dell'UE, avvalendosi di specifici *standard* procedurali. A tal fine è stata prevista la creazione di un "*Sistema informatizzato*" (*Computer System*) di condivisione cui contribuisce un apposito gruppo di lavoro (*Project Board*), costituito da rappresentanti di tutti i Paesi dell'Unione.

In questi termini, dal 1° gennaio 2010 EUROPOL è "competente" (269) per

nazionale. Allo stesso tempo l'unità nazionale riceve dall'Europol tutte le informazioni scambiate nei contatti diretti tra l'Europol e i servizi nazionali competenti designati. Le relazioni tra l'unità nazionale e i servizi competenti sono disciplinate dalla legislazione nazionale, segnatamente dalle norme costituzionali". Importante è anche il precedente Protocollo del 28 novembre 2002 (adottato con Decisione-Quadro 2002/465/GAI, pubblicata in GUCE C-312 del 16.12.2002), relativo alle cd. *Squadre Investigative Comuni*: due o più Stati membri possono infatti costituire una squadra investigativa comune, la cui composizione è definita da un comune accordo fra gli Stati interessati. La squadra comune è costituita solo per un fine specifico e per un periodo limitato. È in ogni caso diretta da un funzionario dello Stato membro nel cui territorio interviene, che ne coordina e dirige le attività; è inoltre prevista la possibilità di operazioni di infiltrazione effettuate da agenti sotto falsa identità, nel rispetto del diritto e delle procedure nazionali dello Stato membro nel cui territorio viene effettuata l'operazione. L'Italia non ha ancora recepito nel proprio ordinamento interno tale istituto. Sul punto il Consiglio UE ha recentemente adottato (nella composizione dei Ministri della Giustizia, in data 25-26 febbraio 2010 - cfr. doc. 6855/2/10 REV 2 [Presse 42]) una risoluzione su un nuovo modello di accordo. Il *Manuale* ad uso delle SIC è invece scaricabile da <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/st15790-re01.it11.pdf>.

(267) Pubblicata su GUCE L-121 del 15.5.2009, pp. 37-66.

(268) GAGLIARDO, *Europol (la Polizia Europea) ed il suo approccio al problema della sicurezza nell'era della globalizzazione economica*, in *Rass. Arma Carabinieri* 1/2002.

(269) Attualmente EUROPOL ha i seguenti compiti: raccogliere, conservare, trattare, analizzare e scambiare informazioni; comunicare alle Autorità competenti degli Stati membri le informazioni che le riguardano ed ogni collegamento constatato tra i reati; fornire *intelligence* e supporto analitico agli Stati membri in relazione ad eventi internazionali di primo piano; chiedere alle Autorità competenti degli Stati membri interessati di avviare, svolgere o coordinare indagini, nonché di proporre l'istituzione di squadre investigative comuni in casi specifici; preparare valutazioni delle minacce ed altri rapporti. A seguito della Decisione 2005/511/GAI, EUROPOL è diventato pure ufficio centrale competente per la lotta contro la falsificazione dell'Euro.

criminalità organizzata, terrorismo ed altre forme gravi di delinquenza che interessino due o più Stati membri in modo tale da richiedere un'azione comune degli stessi, nonché per i reati connessi.

Il personale EUROPOL può anche partecipare - con funzioni di supporto tecnico/strumentale - alle *squadre investigative comuni*, ma limitatamente alle materie che rientrano nelle competenze di elaborazione ed archiviazione dati dell'Agazia; tale personale, tuttavia, se può direttamente fornire ai membri della squadra le informazioni trattate a livello europeo, non può per contro mai prender parte all'attuazione di qualsiasi misura coercitiva (art. 87 ult. comma TFUE).

Il sistema di interconnessione si basa sulle "*Unità nazionali Europol*", organi di collegamento tra l'Agazia e le Autorità di P.S. dei singoli Stati, tramite i quali è necessario passare per ottenere l'accesso ai dati: con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, peraltro, viene prevista la possibilità - rimessa alla discrezionalità del singolo legislatore nazionale - che i singoli organismi di P.S. possano contattare direttamente l'Agazia.

Ciò al fine di assicurare, in modo quanto più possibile capillare e diffuso, la formazione di un nucleo essenziale di terminologie, metodiche comunicative e regole operative che col tempo possano diventare comuni ai vari sistemi di sicurezza degli Stati membri, così da consentire una più efficace collaborazione transfrontaliera tra le Forze dell'ordine.

Fine ultimo dell'UE, infatti, non è avere un unico modello di polizia valido per tutti gli Stati (ipotesi smentita dalla riserva di competenza domestica ex art. 4 TUE), bensì assicurare che tutte le loro Forze dell'ordine (quante e quali esse siano non importa) in determinati campi e circostanze "*parlino lo stesso linguaggio*", onde potersi realmente coordinare tra loro, all'occorrenza.

Intorno a questo essenziale principio ruota l'architettura europea di sicurezza, cui è strumentale - *in parte qua* - l'azione di EUROPOL quale *strumento* di sintesi all'interno di un sistema fondato sulla pluralità di operatori ed ordinamenti, la cui funzionalità deve essere assicurata mediante un approccio collaborativo ed olistico, in aderenza, del resto, al principio costituzionale di sussidiarietà comunitaria che già informa il settore PESC.

Come si avrà modo di evidenziare, nell'esaminare le caratteristiche giuridiche della funzione di *coordinamento*, un sistema inclusivo fondato sull'interoperatività degli attori che vi accedono presuppone la loro assoluta equiordinazione, e dunque un ordinamento delle eventuali azioni comuni strutturato in termini di coordinamento, anziché di subordinazione, direzione o comando.

Si può sin d'ora anticipare, comunque, che le funzioni di *coordinamento* (270) e *cooperazione* (271) di organismi [si] esecutivi [ma] totalmente equior-

(270) Che compete all'Autorità di indirizzo politico, nell'UE il Consiglio Europeo.

(271) Degli operatori della sicurezza, tramite accordi, intese o diverse relazioni paritarie intercorse tra gli stessi.

dinati tra loro, trovano nelle linee-guida del 2010 sulla sicurezza interna dell'Unione Europea (cfr. *retro*) il suggello più evidente e diretto: pur con i limiti operativi che l'impianto prefigurato dal Consiglio tuttora presenta, non v'è dubbio che la prospettiva di riferimento (ribadita nel corso degli ultimi tredici anni dalle massime istanze politiche dell'Unione) è nel senso di creare uno strumento operativo complesso nel quale ogni componente apporti autonomamente le proprie capacità specialistiche, pur con l'ovvia preferenza per quelle a carattere interdisciplinare, in quanto già strutturate secondo un profilo "integrato" e quindi maggiormente efficaci, oltre ad avere una minor incidenza di costi.

In questo quadro d'insieme, EUROPOL (272) è solo una componente *strumentale* del sistema sicurezza, avente il compito di mettere in comunicazione vari attori istituzionali - ove impegnati nella prevenzione di determinate fattispecie di reato a carattere transfrontaliero - e di assicurarne la miglior interoperatività possibile grazie all'uso di *standards* e strumenti operativi comuni, riconoscibili da entrambe le parti.

Come già anticipato, il Trattato di Lisbona introduce alcune modifiche al quadro giuridico ed alle procedure legislative applicabili a diversi settori del precedente "Terzo Pilastro" (*Giustizia e affari interni* - GAI): in breve, se la cooperazione *operativa* di polizia rimane sottoposta, come in precedenza, alla regola dell'unanimità dei consensi in seno al Consiglio (ex art. 87 par. 3 TFUE), la cooperazione *non operativa* (art. 87 par. 2 TFUE (273)) ed EUROPOL (art. 88 TFUE) passano invece al regime legislativo ordinario, con il necessario coinvolgimento del Parlamento Europeo.

Il Trattato di Lisbona prevede, in particolare, la possibilità di definire - e dunque eventualmente anche di estendere (274) rispetto al passato - le materie di competenza EUROPOL a mezzo di *Regolamenti* (direttamente applicabili in tutti gli Stati membri senza necessità di atti di recepimento), nei limiti indicati dal primo comma dell'art. 88: "*Europol ha il compito di sostenere e potenziare*

(272) Per un'efficace analisi del sistema EUROPOL e dei suoi rapporti con le diverse politiche comunitarie (benché anteriore all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed alle "novelle" da questo apportate), si veda ROMANI, *Servizi di polizia internazionale, cooperazione giudiziaria e Terzo Pilastro dell'Unione Europea*, Padova 2009. In senso critico, DE MOOR-VERMEULEN, *The Europol council decision: transforming Europol into an agency of the European union*, in *Common Market Law Review* 2010, pp. 1089 ss., nonché BUSUIOC-CURTIN-GROENLEER, *Living Europol: Between Autonomy and Accountability*, Colchester-ECPR 2010.

(273) Circostritta ai seguenti, tassativi settori: a) raccolta, archiviazione, trattamento, analisi e scambio delle pertinenti informazioni; b) sostegno alla formazione del personale e la cooperazione relativa allo scambio di personale, alle attrezzature e alla ricerca in campo criminologico; c) tecniche investigative comuni ai fini dell'individuazione di forme gravi di criminalità organizzata.

(274) Opzione inizialmente caldeggiata dalla Germania, alla cui iniziativa (nel 1991) risale la stessa creazione dell'Agenzia, che negli intenti dell'allora Cancelliere Kohl avrebbe dovuto essere strutturata sul modello dell'FBI statunitense e della *Bundeskriminalamt* (BKA - Polizia Criminale Federale) tedesca. In argomento, cfr. OCCHIPINTI, *The politics of EU police cooperation: toward a European FBI?*, London/Boulder 2003, pp. 51 ss..

l'azione delle autorità di polizia e degli altri servizi incaricati dell'applicazione della legge degli Stati membri e la reciproca collaborazione nella prevenzione e lotta contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri, il terrorismo e le forme di criminalità che ledono un interesse comune oggetto di una politica dell'Unione”.

Inoltre, il già ricordato vincolo dell'unanimità (ex art. 87 par. 3 TFUE) di fatto esclude la possibilità per EUROPOL - che, ribadiamo, non ha competenze operative - di ambire al ruolo di autonoma polizia federale europea, pur circoscritta ad ipotesi delittuose di rilevanza sovranazionale (275).

Maggiori incertezze desta invece il secondo comma dell'art. 87 TFUE (276), non essendo del tutto chiaro se le materie elencate alle lettere a) e b) abbiano o meno carattere tassativo.

La questione va affrontata sulla base della gerarchia delle fonti, laddove il TFUE (al pari del TUE e della *Carta dei Diritti Fondamentali UE*) riveste un valore primario, che in un ideale confronto con l'ordinamento italiano potremmo definire “costituzionale”.

Orbene, l'art. 88 comma secondo TFUE demanda ad una fonte di secondo grado (qual è un *Regolamento*, ai sensi dell'art. 288 comma secondo TFUE) l'individuazione di “*struttura, funzionamento, sfera d'azione e compiti*” dell'Agencia (277): in quanto fonte subordinata al TFUE, il suddetto regolamento attuativo non potrebbe mai eccedere la portata di quanto ivi espressamente previsto, pena il suo annullamento da parte della Corte Europea di Giustizia, adesso competente in tale specifico settore (278).

(275) Sul punto la dottrina evidenzia la scarsa lungimiranza dei legislatori nazionali, che spesso finiscono per identificare la sovranità nazionale con il “momento poliziesco” (per usare le parole di ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Torino 2007, p. 385), trascurando per contro i settori non meno importanti dell'Amministrazione della Giustizia penale e civile (che concernono addirittura un Potere dello Stato), dando così vita ad interventi disorganici ed inutilmente dirimenti (se non destabilizzanti, come dimostra la travagliata esperienza del cd. “*Mandato d'arresto europeo*” [di cui alla *Decisione-quadro* 2002/584/GAI del 13 giugno 2002] avanti alla Corte Costituzionale tedesca e l'incertezza applicativa dell'istituto nella giurisprudenza delle magistrature europee di ultima istanza, dovuta alla necessità di colmare gli evidenti *deficit* garantistici. Per un'introduzione, LATTANZI, *Il mandato di arresto europeo nell'ordinamento italiano*, pubblicato in versione *online* su http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Lattanzi_Lisbona20121116.pdf.

(276) La norma così dispone: “2. Il Parlamento Europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, determinano la struttura, il funzionamento, la sfera d'azione e i compiti di Europol. Tali compiti possono comprendere: a) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio delle informazioni trasmesse, in particolare dalle autorità degli Stati membri o di paesi o organismi terzi; b) il coordinamento, l'organizzazione e lo svolgimento di indagini e di azioni operative, condotte congiuntamente con le autorità competenti degli Stati membri o nel quadro di squadre investigative comuni, eventualmente in collegamento con Eurojust. Tali regolamenti fissano inoltre le modalità di controllo delle attività di Europol da parte del Parlamento Europeo, controllo cui sono associati i Parlamenti nazionali (...)”.

(277) Con doc. 2012/C 5/03 pubblicato in GUCE del 7 gennaio 2012, è stato formalizzato il Regolamento interno del Consiglio di amministrazione. Testo scaricabile dal portale istituzionale, su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:005:0005:0007:IT:PDF>.

Va infatti ricordato che per consolidata giurisprudenza della stessa, la natura di “diritto derivato” del Regolamento impone che lo stesso si basi *tassativamente* sulle disposizioni dei Trattati: peraltro, il TFUE non fornisce alcuna indicazione sulla *struttura* e sul *funzionamento* di EUROPOL, né sulle *materie* (“sfera d’azione”) nelle quali questa può esplicare la propria attività, materie che potranno quindi essere liberamente individuate nei citati regolamenti (con l’ovvio rispetto di eventuali competenze esclusive statali o di altri organi UE, esplicite o implicite).

L’art. 88 detta invece dei principi di riferimento in merito ai *compiti* dell’Agenzia che - se considerati in modo obiettivo ed alla luce della prassi amministrativa comunitaria di avvalersi principalmente delle strutture nazionali per perseguire i propri scopi - rappresentano lo spettro di massimo intervento per l’organismo sovranazionale.

L’elencazione contenuta nelle lettere a) e b) andrà quindi considerata in modo tassativo, quale limite estremo all’estensione dei compiti di EUROPOL, tanto più in considerazione del fatto che - significativamente ed *a contrario* - sulle altre tre voci il TFUE nulla dice.

In effetti, se tale precisazione deve avere un senso rispetto al silenzio serbato sugli altri settori, questo non può che risiedere nell’intenzione di limitare tassativamente l’ambito di intervento del diritto derivato, laddove negli altri casi il legislatore UE avrebbe un margine di manovra più ampio.

Del resto, la limitazione dei compiti dell’Agenzia non è casuale, ma trova riscontro nell’ultimo comma della norma, che fissa l’ulteriore limite (coerente con la giurisdizione domestica in materia di sicurezza interna statale, ex art. 4 TUE) per cui **“Qualsiasi azione operativa di Europol deve essere condotta in collegamento e d’intesa con le autorità dello Stato membro o degli Stati membri di cui interessa il territorio. L’applicazione di misure coercitive è di competenza esclusiva delle pertinenti autorità nazionali”**.

Ciò conferma che i compiti diretti di EUROPOL (relativamente ai quali, cioè, l’Agenzia opera in autonomia) possono essere, al più, solo quelli previsti dalla richiamata lett. a): in effetti, se *qualsiasi tipo* di azione “operativa” (dunque, anche quelle di cui alla lettera “b” del comma precedente) non può mai essere posta in essere per iniziativa unilaterale dell’Agenzia (ma solo a seguito di una preventiva intesa con le competenti Autorità nazionali), non si comprende quali ipotetiche, *ulteriori* attività EUROPOL potrebbe autonomamente svolgere oltre a quelle già indicate al comma secondo.

Il limite strutturale di EUROPOL - un’Agenzia strumentale ad una miglior cooperazione tra le Forze di polizia nazionali, e non certo una “Polizia mag-

(278) Più correttamente, le nuove attribuzioni della Corte di Giustizia e della Commissione Europea diverranno applicabili all’*acquis* legislativo dell’ex “Terzo Pilastro” decorso un quinquennio dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ossia il 1° dicembre 2014, ai sensi dell’articolo 10 del Protocollo n. 36 sulle *Disposizioni Transitorie* del medesimo Trattato.

giore” - non è estemporaneo, ma coerente con il vigente modello integrato di sicurezza che presuppone una visione d’insieme delle problematiche emergenti nei settori FSJ e PESC/PSDC, tra loro interdipendenti: un diverso ruolo dell’Agenzia, autonomamente operativo e non semplicemente strumentale e terzo rispetto alle Forze nazionali che con altri contribuiscono alla salvaguardia del “sistema sicurezza” dell’Unione contraddirebbe infatti il suddetto modello “integrato”, che esclude ogni forma di separatezza e/o segregazione dei molteplici apporti (militari, civili, giudiziari, etc.) nel complessivo settore della sicurezza UE.

EUROPOL, infatti, ha un bacino di riferimento circoscritto alle Forze di polizia (sia pure a statuto composito, militare o civile), ragion per cui una sua ipotetica evoluzione in soggetto direttamente operativo (in concorrenza o sostituzione alle Forze nazionali) cui esclusivamente riferire l’azione del settore FSJ finirebbe per contraddire i fondamenti delle politiche di sicurezza europee.

Più in generale, è lo stesso principio costituzionale della divisione dei Poteri (e del conseguente ruolo, più o meno esteso, rivestito dalla magistratura nei singoli ordinamenti) ad opporsi ai tentativi di un rafforzamento operativo dell’Agenzia: invero, le marcate differenze dei sistemi giudiziari dell’Europa dei 27 si riflettono non solo sulla cd. “*cooperazione giudiziaria in materia penale*” (ex “Terzo Pilastro” UE, settore nel quale opera EUROJUST), ma pure - e direttamente - sull’attività investigativa delle Forze di polizia: come nota la dottrina (279), il controllo esercitato dalla magistratura - il cui ruolo è generalmente garantito da fonti costituzionali - sulle Forze dell’ordine diverge nettamente da Paese a Paese e spesso è molto stringente, tant’è che in molti Stati membri le Forze di polizia devono essere autorizzate dall’Autorità giudiziaria prima di compiere determinati atti investigativi potenzialmente lesivi dei diritti fondamentali del cittadino.

A sua volta, l’organo giudiziario in questione - che non dipende certo da EUROPOL (e men che mai da EUROJUST, per restare in tema), né ad esso fa riferimento anche solo ideale - “*ha gerarchie e controlli diversi da Stato a Stato, con poteri e carriere non paragonabili e, spesso, totalmente autonome. Per questo motivo, non di poco conto, è già di per sé notevole che, allo stato attuale, si siano potute svolgere operazioni coordinate tra le diverse autorità giudiziarie degli Stati membri*”.

In questi termini, atteso il monopolio giudiziario dell’azione penale, in tanto EUROPOL potrà avere una qualche utilità, in quanto diventi realmente un soggetto in grado di aggregare volta per volta le varie Forze di polizia europee, a seconda dell’occorrenza ma rispettandone totalmente le peculiarità nazionali (organizzative, culturali, operative, etc.): in breve, un ruolo di catalizzatore in grado di rispondere alle esigenze di diversi soggetti, se ed in quanto questi

(279) ROMANI, *Servizi di polizia internazionale, cooperazione intergiudiziaria e terzo pilastro dell’Unione Europea*, Padova 2009.

debbano superare il proprio campo di elezione per fronteggiare delle situazioni di criminalità sovranazionale che richiedano l'utilizzo di squadre comuni o comunque forme di collaborazione (e competenze) avanzate.

Ausilio che potrà operare su due fronti: nello scambio di informazioni e nella pianificazione e/o assistenza ad interventi operativi degli organi di polizia degli Stati membri.

L'elenco delle materie nelle quali EUROPOL potrà essere chiamata a svolgere questa delicata opera di intermediazione e di supporto tecnico-specialistico (280) dipenderà ovviamente dalla volontà degli Stati rappresentati in Consiglio, e dunque dal livello più o meno sensibile con cui determinate emergenze verranno avvertite a livello nazionale.

Alla luce di quanto sopra, può affermarsi che nell'odierno settore FSJ (ex-GAI) la funzione di coordinamento di pubblica sicurezza è del tutto residuale e molto più circoscritta che nel settore PESC, nonostante la formale maggior "integrazione" comunitaria rispetto a quest'ultimo: anche nell'ex "Terzo Pilastro", infatti, trova applicazione il modello integrato tipico dell'Unione Europea, che coinvolge attori dalle più svariate competenze (civili, militari, protezione civile, etc.), ma per una serie di ragioni - attinenti in particolar modo la tutela dei fondamenti della sovranità nazionale - si è preferito insistere sul principio volontaristico della "collaborazione" operativa.

Un tale assetto istituzionale riposa su inequivoche norme dei Trattati istitutivi dell'UE, ragion per cui non appare suscettibile di sostanziali mutamenti, ad esempio per effetto di semplici prassi evolutive.

Di funzioni di *coordinamento* si parla soltanto in relazione al COSI (dove il modello seguito è paritetico e basato sull'accordo dei soggetti della cui azione si tratta) e ad EUROPOL (negli esigui limiti di cui all'art. 88 lett. "b" TFUE, che nuovamente presuppone un preventivo accordo dei soggetti interessati, stante la regola di chiusura del successivo terzo comma); si tratta co-

(280) ROMANI, *op. ult. cit.*, pp. 12-13 individua in particolare quattro settori nei quali dovrebbe concentrarsi l'opera di coordinamento e sistematizzazione di EUROPOL, e precisamente: 1) un fattivo scambio di informazioni riguardanti fenomeni criminali sopranazionali, che spesso si possono manifestare in maniera eterogenea nei diversi Stati membri, favorito da una conoscenza personale degli operatori che materialmente trasmettono e ricevono; 2) uno scambio di tecniche investigative in senso generale (ogni Forza di polizia presente in EUROPOL porta in dote le proprie tecniche acquisite e sviluppate in risposta a fenomeni criminali locali che, in breve, subiranno una verifica operativa e diventeranno patrimonio di EUROPOL. Sarà naturale, poi, per il personale che avrà prestato la propria opera, acquisire tecniche nuove ed importarle nelle proprie Amministrazioni nazionali, individuando nel contempo le opportune modificazioni per applicarle in un ambiente diverso e in un quadro giuridico differente); 3) lo studio analitico dei fenomeni criminali, inteso, soprattutto, come messa in campo di esperienze, ragionamenti e capacità professionali (tanto di natura repressiva quanto preventiva); 4) infine, EUROPOL dovrebbe svolgere anche una funzione di centro di riferimento per Paesi extracomunitari, per chiedere e fornire informazioni su fenomeni criminali che operano ai margini dell'Unione europea. Un riferimento, questo, anche per dare ulteriori strumenti alle organizzazioni di polizia di tutto il mondo, utili nella lotta al crimine intercontinentale.

munque di un approccio relativamente recente, in coerenza con il progressivo consolidarsi delle competenze dell'Unione in materia.

In una prima fase, durata almeno sino a tutti gli anni '90, si faceva infatti esclusivo riferimento al principio di "cooperazione", rimessa alla buona volontà dei soggetti coinvolti; solo successivamente, con l'espandersi delle competenze dell'Unione a settori (commercio e politica estera, politica finanziaria e valutaria, etc.) che necessariamente attingono profili rilevanti della sicurezza degli Stati, si iniziò a riflettere sull'opportunità o meno di assegnare ad organi dell'UE delle competenze strumentali in materia.

Bisogna però premettere che l'Unione Europea non dispone di propri contingenti di polizia, esattamente come non dispone di un proprio Esercito. Ogniqualvolta necessiti l'apporto di personale operativo specializzato, deve fare affidamento sugli Starti membri, che tuttora detengono il monopolio delle Forze di sicurezza.

Per l'effetto, nessun atto normativo dell'UE prevede (anche solo in prospettiva) di assegnare ad organismi sovranazionali poteri di ordine o direzione delle Forze di polizia nazionali o degli altri soggetti operanti a qualsiasi titolo nel settore GAI/ FSJ, essendo soltanto prevista la possibilità di un qualche coordinamento operativo nel momento in cui si trovino ad operare in situazioni che direttamente coinvolgano, prima ancora dell'interesse nazionale, gli interessi di pertinenza dell'Unione.

Il primo accordo globale in materia (allora in ambito CEE) risale al *Forum* sulla sicurezza interna del 1975 (il cd. "*Gruppo Trevi*"); all'epoca il Consiglio Europeo non era ancora un'Istituzione della CEE, ma solo un'occasione informale di confronto e dibattito tra i rappresentanti dei Governi nazionali, nel corso dei quali la rappresentanza inglese propose l'istituzione di un *forum* permanente dei Ministri degli Interni e della Giustizia degli Stati membri, senza tuttavia fargli assumere la fisionomia di un organismo comunitario.

L'anno successivo ebbe inizio una prima forma di cooperazione (anch'essa a carattere informale) tra le Forze di polizia, che portò alla creazione di alcuni gruppi di lavoro denominati *Trevi 1* (lotta al terrorismo), *Trevi 2* (cooperazione di polizia per le questioni di ordine pubblico) e *Trevi 3* (repressione della criminalità organizzata e del traffico di stupefacenti), quest'ultimo destinato a porre le basi di EUROPOL con la creazione di una prima Agenzia per lo scambio di informazioni sul traffico di stupefacenti (EIDU).

Ad EUROPOL è stata affiancata, nel 2001, una *task force* per lo scambio di contatti ed informazioni tra i Capi delle Forze di polizia europee (ECPTF) e, nel 2002, l'Agenzia giudiziaria anticrimine (EUROJUST); contestualmente sono stati creati alcuni enti-satellite per la cooperazione tra le polizie fluviali e marittime (AQUAPOL, nel 2002) e di frontiera (FRONTEX, nel 2004), nonché tra le Accademie nazionali di polizia (CEPOL, nel 2005).

Sempre in quest'ambito va inquadrata, ad avviso della dottrina (281), anche la specifica cooperazione - nel settore GAI/ FSJ - tra le Forze di gendarmeria, in-

staurata già nel 1992 con l'iniziativa del Direttore della *Gendarmerie Nationale* francese di promuovere un contesto giuridico formale per gli scambi formativi con i Carabinieri italiani e la *Guardia Civil* spagnola: ne seguì la *Dichiarazione tripartita* di Madrid del 12 maggio 1994 sulla cooperazione nella sicurezza interna e la creazione di una commissione (indicata come FIEP dalle iniziali dei primi firmatari [282]) alla quale si sono poi aggiunti Portogallo (1996), Turchia (1998), Marocco ed Olanda (1999), Giordania (2010), Romania (2002), Argentina e Cile (2005), con richieste da Ucraina (2002) ed Azerbaïjan.

Cosa ancora diversa è la cooperazione europea nelle missioni internazionali di polizia (inizialmente nel quadro PESC o poi PESC/PSDC), di cui si è diffusamente parlato in precedenza.

Un ulteriore impulso alla funzione di cooperazione tra le Forze di polizia europee venne dall'*Atto Unico Europeo* del 1986, che individuava uno schema di misure necessarie alla creazione di uno spazio comune senza frontiere interne, tenuto conto delle conseguenti sfide della criminalità transnazionale: due anni dopo venne istituito un nuovo gruppo di lavoro (il *Trevi 1992*) con il compito di pianificare le forme di cooperazione indispensabili per poter reggere alle conseguenze dell'eliminazione dei controlli di frontiera.

Il *Trevi 1992* segna il superamento del metodo informale, con l'attribuzione al gruppo di lavoro di poteri semi-ufficiali, sebbene non ancora operativi (sino al Trattato di Maastricht, infatti, la materia sarà disciplinata da semplici atti di collaborazione politica tra gli Stati); nel 1985, inoltre, era stato siglato tra alcuni Stati membri l'Accordo di Schengen, poi seguito dalla relativa *Convenzione di applicazione*, sottoscritta il 19 giugno 1990. L'Accordo si riferiva all'abbattimento delle frontiere interne e vi erano disciplinate, in modo completo, le condizioni diplomatiche, tecniche e giuridiche dello spazio comune entro il quale i cittadini degli Stati firmatari avrebbero potuto transitare senza alcun controllo.

La *Convenzione di applicazione Schengen* reca specifiche norme in materia di *cooperazione* di polizia, in *primis* l'art. 2 e quindi gli artt. da 39 a 47, concernenti tra l'altro l'osservazione, l'inseguimento transfrontaliero e la potestà riconosciuta alle polizie degli Stati membri di applicare, in caso di urgenza, alcune misure coercitive sull'indagato, compendiate nel "*Vademecum sulla cooperazione di polizia transfrontaliera*" (283).

(281) ROMANI, *op. ult. cit.*

(282) Maggiori notizie sul sito <http://www.fiep.org>.

(283) Doc. n. SCH/I (98) 90(1), classificato come "*restreint*". Integra il precedente "*Manuale Schengen sulla cooperazione di polizia nel settore del mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica*" [doc. SCH/I (97) 36, 5a rev.] ed abroga la decisione del Comitato esecutivo del 24 giugno 1997 [doc. SCH/Com-ex (97) 6, 2a rev.]. Gli Stati membri parti degli *Accordi* di Schengen si sono impegnati ad inserire il *Vademecum* nelle loro istruzioni nazionali ed a trasmetterlo ai propri servizi di polizia ai fini della sua attuazione. Cfr. anche la Decisione del Comitato esecutivo del 16 dicembre 1998 [doc. SCH/Com-ex (98) 52], in GUCE L-239 del 22 settembre 2000, p. 408.

L'articolo 2 prevede la cd. "clausola di salvaguardia", in base alla quale possono essere eccezionalmente ripristinati i controlli di frontiera: "*per esigenze di ordine pubblico o di sicurezza nazionale, un Paese contraente può, previa consultazione con i partners, decidere che, per un periodo limitato, alle frontiere interne siano effettuati controlli adeguati alla situazione*"; parimenti rilevante è l'art. 39, per cui gli Stati dell'area Schengen possono prestarsi mutua assistenza in presenza di determinati requisiti.

A sua volta l'art. 40 (in materia di "*osservazione transfrontaliera*") prevede una forma di collaborazione passiva tra gli Stati, relativamente al compimento di alcuni atti di indagine su delitti specifici: l'attività di osservazione dev'essere autorizzata dallo Stato cui è rivolta la richiesta, che può delegare le operazioni ai propri organi di polizia.

In ogni caso di attraversamento della frontiera dev'essere informata l'Autorità centrale del Paese interessato, cui vanno rappresentate le eventuali ragioni d'urgenza; nei casi in cui nessuna autorizzazione sia richiesta, gli agenti dello Stato richiedente saranno comunque tenuti a rispettare le norme procedurali del luogo in cui andranno ad operare, e salvo espressa decisione contraria dello Stato "ospitante" potranno portare al seguito l'arma d'ordinanza, senza tuttavia poterla utilizzare se non in caso di legittima difesa.

Gli agenti non sono inoltre legittimati a fermare o interrogare la persona indagata, ed è loro vietato l'ingresso nei domicili e nei luoghi non accessibili al pubblico; ogni operazione dovrà inoltre essere relazionata alle competenti Autorità dello Stato nel cui territorio è stata effettuata.

Analogamente è stato disciplinato l'inseguimento del sospetto che, colto in flagranza di reato nel territorio di uno Stato membro, cerchi la fuga attraversando le frontiere di un altro Paese contraente: in questo caso, ove vi sia urgenza e non sia stato possibile preavvisare le Autorità competenti, né vi siano i tempi per un intervento della polizia locale, il personale operante può procedere addirittura al fermo della persona inseguita, fermo in ogni caso l'obbligo di informarne le Autorità nazionali.

L'inseguimento, formalmente previsto solo per via di terra, deve però cessare ove l'Autorità statale lo richieda.

L'art. 70 della Convenzione ha poi previsto la costituzione di un gruppo di lavoro permanente deputato ad esaminare i problemi comuni in materia di stupefacenti, con l'incarico di elaborare strategie di cooperazione e scambio di informazioni. A tal fine è stata prevista anche la possibilità di distaccare unità di personale (e/o ufficiali di collegamento) presso altri Stati dell'area Schengen con compiti collaborativi e di assistenza alle Forze di polizia locali, nei casi in cui sia necessario realizzare attività congiunte nel medio-lungo periodo. In materia, trova anche applicazione il principio delle cd. "consegne sorvegliate".

A fronte di un'articolata disciplina in materia di *collaborazione* di polizia, nell'*Aquis* di Schengen non è per contro dato individuare procedure o tipologie di *coordinamento*: l'elemento più rilevante è sicuramente la creazione della banca-dati SIS, disciplinata dal Titolo V della Convenzione, che prevede un'unità centrale (SIS-C) con sede in Strasburgo per la gestione ed elaborazione dei dati di interesse operativo inviati dalle banche-dati nazionali (N-SIS), a loro volta alimentate dalle unità periferiche delle varie Forze di polizia nazionali.

I parallelismi teorici con EUROPOL sono evidenti: il SIS è un enorme archivio informatico in grado di immagazzinare milioni di dati relativi non solo a persone ma anche a cose, resi accessibili alle Forze di polizia degli Stati (non necessariamente membri dell'UE: ad es. Svizzera e Norvegia) aderenti all'area Schengen, grazie all'adozione di procedure omogenee: le sue finalità sono espresse all'art. 93 della Convenzione, e concernono soprattutto l'ordine e la sicurezza pubblici, a fini preventivi.

Per agevolare le attività di polizia conseguenti agli accertamenti presso il SIS, in ciascun Paese aderente è stato costituito un ufficio, denominato S.I.R.E.N.E. (*"Supplementary Information Request at the National Entries"*), avente l'incarico di gestire i flussi informativi ed i rapporti con i corrispondenti uffici degli altri Paesi (284).

A tal punto resta da definire un ultimo, fondamentale principio generale di diritto comunitario in materia di pubblica sicurezza, ossia la "funzione di *cooperazione*".

A seguito della rapida adesione di nuovi Stati all'UE tra la fine degli anni '80 ed il decennio successivo venne meno l'omogeneità politica che aveva caratterizzato la Comunità Europea delle origini, con la conseguenza, tra l'altro, di far entrare progressivamente in stallo il tradizionale metodo decisionale dell'unanimità e la gestione intergovernativa del settore sicurezza; si fu quindi costretti, alla fine, ad intervenire su tali consolidati meccanismi, introducendo alcuni correttivi con i Trattati di Maastricht e soprattutto (nel 1997) di Amsterdam.

Parallelamente - sotto il profilo operativo di polizia - la presenza di un numero sì crescente di operatori dalle più svariate competenze, ma tra loro sempre meno omogenei quanto a metodologie operative e sistemi giuridici di riferimento, rendeva ormai velleitario un approccio basato sulla cooperazione transfrontaliera rimessa alla semplice iniziativa di parte, apparendo piuttosto opportuno istituire una struttura "*terza*", tecnica e *super partes*, in grado di individuare delle linee-guida comuni di azione, pur senza interferire con le rispettive linee di comando e le specifiche attribuzioni nazionali.

(284) Per l'Italia, l'accesso al SIS avviene tramite l'archivio interforze SDI, gestito dalla *Direzione Centrale di Polizia Criminale* del Dipartimento di P.S.

Il Trattato di Maastricht (285) consentì quindi la nascita di EUROPOL ed istituì i settori (cd. "Pilastrì") PESC e GAI - ancora caratterizzati dalla *cooperazione* intergovernativa (286) - nel cui ambito venivano però attribuite al Consiglio, per la prima volta, anche delle funzioni di *coordinamento* (art. K.4).

La cooperazione di polizia era prevista dall'art. K.1 ed inquadrata nel "Terzo Pilastro" della nuova Unione Europea; il successivo Trattato di Amsterdam operò poi una rivisitazione della materia in chiave di sicurezza interna - cui venne dedicato l'intero Titolo VI del TUE - individuando, quale obiettivo dell'Unione, il "*raggiungimento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*" in cui fosse garantita la prevenzione e la lotta contro la criminalità. Il Trattato pose particolare attenzione alla cooperazione transfrontaliera in materia penale (sia giudiziaria che di polizia: artt. 30 e 31), parallelamente riconoscendo la struttura di EUROPOL quale strumento della collaborazione operativa. A livello formativo, invece, venne successivamente promossa l'istituzione della CEPOL.

La cooperazione di polizia continuava ad avere carattere intergovernativo (287): gli Stati membri si consultavano in seno al Consiglio, che poteva adottare, in materia, delle *decisioni-quadro* (288) o delle *convenzioni*, nonché *decisioni e posizioni comuni*; in ogni caso, le previsioni in questione (tutte contenute nel Titolo IV del Trattato) non interferivano (come oggi ribadisce

(285) Negli anni immediatamente successivi al Trattato di Maastricht, la Conferenza dei Ministri degli Interni (TREVÌ) di Copenaghen del 2 giugno 1993 fissò le linee guida dell'*European Drugs Unit* (EDU), poi ampliate e consolidate nell'Azione Comune 95/73/GAI del 10 marzo 1995, su iniziativa della Germania. In tal modo venne realizzata una prima unità di *cooperazione* di polizia, nella quale si potevano cogliere i lineamenti essenziali dell'istituenda EUROPOL, le cui competenze investigative vennero estese al traffico illecito di materie radioattive e sostanze nucleari, alle organizzazioni di immigrazione clandestina ed al traffico illecito di autoveicoli, che si aggiungevano alle iniziali competenze sul traffico di droga e sul terrorismo internazionale, previste dall'articolo K.1/9. Il 26 luglio 1995 venne sottoscritta a Bruxelles la Convenzione istitutiva di EUROPOL, che entrò definitivamente in vigore il 1° luglio 1999. Gli anni seguenti furono caratterizzati dall'adozione di alcuni Atti del Consiglio che contribuirono ad ampliare l'ambito della cooperazione tra le Forze di polizia: il 27 settembre 1996, in base all'articolo K.3, fu adottato l'Atto del Consiglio con il quale si definiva una Convenzione relativa all'estradizione tra gli Stati membri dell'UE; il 26 maggio 1997 con Atto del Consiglio 97/C195/01 vide poi la luce la Convenzione per la lotta contro la corruzione di funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione. Il 28 aprile 1997, infine, il Consiglio UE adottò un piano di azione globale per la lotta alla criminalità organizzata, suggerendo, con la Raccomandazione n. 19, l'istituzione di punti di contatto nazionale, mediante la realizzazione di una Rete giudiziaria europea (la futura EUROJUST), con il compito di velocizzare lo scambio di informazioni e le procedure relative alle domande di cooperazione concernenti l'attuazione di norme penali.

(286) Mediante l'adozione di *azioni comuni, posizioni comuni e convenzioni*: cfr. l'allora art. K.3 TUE.

(287) Ai fini della parallela cooperazione giudiziaria in materia penale, invece, il Trattato di Amsterdam punta sulla semplificazione delle procedure di collaborazione tra Pubblici ministeri ed Autorità giudiziarie, sull'adozione di disposizioni *ad hoc* in materia di estradizione e su procedure volte ad uniformare i vari sistemi normativi. Al fine di realizzare una "rete giudiziaria europea", il 29 giugno 1998 verrà poi adottata dal Consiglio l'Azione Comune 98/428/GAI (in GUCE L-191 del 7.7.1998), divenuta operativa a decorrere dal 25 settembre dello stesso anno, nella quale si prevede che i membri della "rete" si riuniscano regolarmente, svolgendo azione di mediazione e raccordo tra le Autorità giudiziarie e quelle di polizia degli Stati membri.

l'art. 4 TUE, *post-Lisbona*) con le responsabilità esclusive degli Stati per il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna (289).

Con il Trattato di Amsterdam, i principi già stabiliti con la *Convenzione* di Schengen (e per tali vincolanti i soli Paesi ad essa aderenti) in materia di operazioni di polizia nel territorio di altri Stati membri vennero potenzialmente estesi *erga omnes* dall'art. K.4 (290) - ovviamente solo previa collaborazione ed intesa con le Autorità dello Stato interessato - attribuendo al Consiglio la definizione di condizioni e limiti di tale intervento; al Trattato di Amsterdam venne poi allegato un *Protocollo* sull'integrazione dell'*Acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione Europea, con il compito di far confluire in quest'ultima la relativa normativa, il Segretariato ed il personale amministrativo.

Il Trattato di Amsterdam introdusse infine la possibilità di speciali forme di cooperazione rafforzata di polizia (291) tra alcuni Stati membri.

Nella prospettiva di favorire la cooperazione transfrontaliera, l'Atto del Consiglio UE 98/C 24/01 del 18 dicembre 1997 stabilì inoltre una *Convenzione* di mutua assistenza, col fine di realizzare un sistema di cooperazione tra gli Stati membri tramite le rispettive Amministrazioni doganali e così realizzare una maggiore efficacia nella lotta alla repressione del traffico di droghe ed armi.

Nuovi interventi nell'ambito della cooperazione di polizia (oltre che in quella giudiziaria in materia penale) vennero anche individuati nel Consiglio

(288) La tesi dell'indifferenza, per il diritto interno, delle decisioni-quadro assunte in ambito GAI (Terzo Pilastro UE) nel regime antecedente il Trattato di Lisbona, venne smentita dalla nota sentenza *Pupino* della Corte di Giustizia UE (16 giugno 2005, procedimento C-105/03), che statui - muovendo dalla competenza attribuitale dal primo comma dell'art. K.7 dell'allora TUE ("*La Corte di giustizia delle Comunità europee, alle condizioni previste dal presente articolo, è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni quadro e delle decisioni, sull'interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del presente titolo e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse*") - l'obbligo per il Giudice nazionale di operare in ogni caso un'interpretazione del diritto interno conforme al contenuto precettivo (ed alla *ratio*) di queste ultime.

(289) Ai sensi dell'art. K.5 TUE, come riscritto dall'art. 1 par. 11 del Trattato di Amsterdam, "*Il presente titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna*". A sua volta l'art. K.7, comma quinto, ulteriormente precisava che: "*La Corte di giustizia non è competente a riesaminare la validità o la proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna*".

(290) Testualmente, "*Il Consiglio stabilisce le condizioni e i limiti entro i quali le Autorità competenti di cui agli articoli K.2 e K.3 possono operare nel territorio di un altro Stato membro in collegamento e d'intesa con le autorità di quest'ultimo*". Nel solco di quella che di lì a poco sarebbe divenuto il modello "integrato" di sicurezza (anche interna) europeo, non circoscritto alle sole Forze di polizia *strictu sensu* intese, l'art. K.2 chiariva che "*L'azione comune nel settore della cooperazione di polizia comprende: a) la cooperazione operativa tra le Autorità competenti degli Stati membri, compresi la polizia, le dogane e altri servizi specializzati incaricati dell'applicazione della legge, in relazione alla prevenzione e all'individuazione dei reati e alle relative indagini (...)*".

(291) Nel cui ambito taluni riconducono anche la costituzione di EUROGENDFOR.

Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, con la creazione di EUROJUST (un'Agenzia composta da Pubblici ministeri, magistrati o funzionari di polizia di pari competenza, aventi il compito di favorire l'ottimale coordinamento tra le Autorità nazionali che esercitano l'azione penale).

Venne inoltre istituita, come in precedenza detto, la “*Task Force dei Capi delle Polizie europee*”, anch'essa allo scopo di incrementare, in collaborazione con EUROPOL, lo scambio delle esperienze, delle migliori prassi e delle informazioni sulle tendenze attuali della criminalità organizzata transnazionale, nonché di studiare congiuntamente ogni adeguata misura di contrasto.

Ai medesimi fini si decise poi di dar vita (*Conclusioni* n. 47) ad una rete di collegamento tra gli Istituti di alta formazione delle Forze di polizia dell'UE (292), con il compito (art. 7 della *Decisione* n. 681/05) di diffondere le migliori prassi ed i risultati della ricerca, oltre ad elaborare ed assicurare una formazione che preparasse le singole Forze di polizia a partecipare alla gestione “non militare” delle crisi (cfr. *retro*): in questi termini, il ruolo formativo del nuovo organismo abbracciava l'intero ambito delle strategie di sicurezza dell'Unione, stante l'interdipendenza e la complementarità - nell'ottica integrata del modello europeo - dei settori GAI/SFJ e PESC/PSDC (293).

A tal riguardo, al Consiglio di Tampere fece seguito quello di Feira del 1999, nel quale vennero poste le basi della strategia integrata “civile/militare/amministrativa” delle attuali politiche di sicurezza interna (ed esterna) dell'Unione; il nuovo organismo di collegamento ed interscambio formativo - istituito con *Decisione* 2000/820/GAI del 22 dicembre 2000, poi abro-

(292) Gli obiettivi della CEPOL sono indicati all'art. 6 della Decisione istitutiva n. 2005/681/GAI: 1) approfondire la conoscenza dei sistemi e delle strutture nazionali di polizia degli altri Stati membri e della cooperazione transfrontaliera tra le Forze di polizia dell'Unione Europea; 2) migliorare la conoscenza degli strumenti internazionali e dell'Unione, in particolare nei seguenti ambiti: a) istituzioni dell'Unione europea e relativo funzionamento e ruolo, meccanismi decisionali e strumenti giuridici dell'Unione europea, in particolare per quanto riguarda la cooperazione in materia di applicazione della legge; b) obiettivi, struttura e funzionamento dell'Europol, possibilità di massimizzare la cooperazione fra Europol e i competenti servizi degli Stati membri incaricati della lotta contro la criminalità organizzata; c) obiettivi, struttura e funzionamento di Eurojust; 3) assicurare una formazione adeguata in materia di rispetto delle garanzie democratiche, in particolar modo dei diritti della difesa. Le strategie formative della CEPOL sono invece indicate nell'art. 7.

(293) Per l'adozione anche in sede CEPOL del modello “integrato” caratterizzante le strategie europee in materia di sicurezza interna, si richiamano, da ultimo, le conclusioni del *meeting* di Bruxelles (8 marzo 2012) avente ad oggetto “*A multidisciplinary and administrative approach to combating organised crime 2012*”. In termini più generali, si veda il *Programma di lavoro CEPOL* per il 2012 (adottato con provvedimento del Consiglio UE doc. 5532/12 ENFOPOL 15 - scaricabile dal portale istituzionale <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st05/st05532.en12.pdf>), in particolare p. 19: “*Priorities for the year 2012 include further cooperation with the European institutions and EU agencies including enhancing cooperation with the European External Action Service*” e le *Conclusioni* del Consiglio UE in tema di “*EU's priorities for the fight against organised crime between 2011 and 2013*” (Brussels 2010, doc. n. 15358/10, COSI 69 ENFOPOL 298 CRIMORG 185 ENFOCUSTOM 94, su <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/10/st15/st15358.it10.pdf>).

gata dalla *Decisione* del Consiglio 2005/681/GAI del 20 settembre 2005 - prese il nome di “*Accademia Europea di Polizia*” (CEPOL/AEP).

Infine, con *Regolamento* (CE) n. 2007/2004 del Consiglio, in data 26 ottobre 2004 (294), venne istituita FRONTEX, un’Agenzia avente il compito di coordinare la cooperazione operativa tra gli Stati membri in materia di gestione delle frontiere esterne, anche attraverso l’elaborazione di regole comuni in materia di formazione. La stessa Agenzia svolge inoltre analisi dei rischi di settore, segue l’evoluzione delle ricerche in materia di controllo e sorveglianza delle frontiere esterne, aiuta gli Stati membri che devono affrontare circostanze tali da richiedere un’assistenza tecnica e operativa rafforzata alle frontiere esterne, fornisce il sostegno necessario per organizzare operazioni di rimpatrio congiunte. Più di recente, peraltro, a seguito degli emendamenti di cui al *Regolamento* 1168/2011 (295) è stata prevista la possibilità di attribuire all’Agenzia (in ragione dell’intervenuta “comunitarizzazione” delle politiche migratorie - a differenza del settore “pubblica sicurezza interna”) un maggior potere operativo (salva comunque “*la competenza degli Stati membri in materia di controllo e sorveglianza delle frontiere esterne*”, ex art. 1 comma 2 Reg. 2007/04), tramite la costituzione di “*Squadre europee di Guardie di frontiera*” (*European Border Guard Teams*), ossia contingenti di Guardie di frontiera messi annualmente a disposizione dell’Agenzia dai singoli Stati membri, sulla base di specifici accordi bilaterali, per le finalità di cui all’art. 1-*bis* Reg. 2007/04.

Al riguardo, i “*Considerando*” 13 e 14 del *Regolamento* 1168/11 preliminarmente evidenziano (pur in forma condizionale) come “*Per assicurare l’efficacia delle operazioni, l’Agenzia dovrebbe creare delle squadre di Guardie di frontiera. Gli Stati membri dovrebbero contribuire a tali squadre con un numero adeguato di guardie di frontiera qualificate e metterle a disposizione per il loro impiego, salvo che si trovino a far fronte a una situazione eccezionale che incide in misura sostanziale sull’adempimento dei compiti nazionali. L’Agenzia dovrebbe poter contribuire a tali squadre con le Guardie di frontiera che sono distaccate presso l’Agenzia dagli Stati membri su base semi-permanente, che dovrebbero essere soggette, nello svolgimento dei loro compiti e nell’esercizio delle loro competenze, allo stesso quadro giuridico applicabile agli agenti distaccati messi a disposizione direttamente dagli Stati membri presso tali squadre*”. Va però chiarito, al di là di facili suggestioni, che tali Squadre, pur essendo riconducibili all’organizzazione interna del FRONTEX, difettano comunque dei requisiti minimi di autonomia e specificità per potersi ipoteticamente qualificare come Forza di polizia sovranazionale: in effetti, a differenza di quanto accade per i funzionari dell’Unione, non si è in presenza di arruola-

(294) Pubblicato su GUCE L-349 del 25 novembre 2004. Testo scaricabile all’indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R2007:EN:HTML>.

(295) Su http://frontex.europa.eu/assets/About_Frontex/frontex_amended_regulation_2011.pdf.

menti diretti ad opera di un'Istituzione comunitaria, ma di semplici forme di "distacco" di singoli operatori nazionali, per di più a tempo limitato (non oltre sei mesi, ex art. 3-ter comma terzo Reg. 2007/04); inoltre, ai sensi del successivo art. 3-*quater* comma quarto, le Squadre comuni neppure dispongono di un proprio ordinamento disciplinare interno (296), com'è vero che *"Nello svolgimento dei loro compiti e nell'esercizio delle loro competenze, i membri delle squadre europee di Guardie di frontiera restano soggetti alle misure disciplinari dei rispettivi Stati membri d'origine"*.

FRONTEX opera in stretto collegamento con altri organismi dell'UE responsabili, a vario titolo, in materia di sicurezza alle frontiere esterne, come EUROPOL, CEPOL e l'OLAF, al fine di garantire la coerenza complessiva del sistema (297).

La centralità delle cd. "Forze ibride" civili/militari nel "modello sicurezza" europeo trova coerente riscontro anche in questo particolare settore, come dimostrano i recenti provvedimenti adottati nel quadro della missione *EUBAM Libya* (operativa nel periodo 22 maggio 2012 - giugno 2015), la cui base legale è tuttora il doc. 8182/4/13 del Consiglio, in data 18 aprile 2013 (298): non solo,

(296) Non potendosi ricondurre a tale ambito il Codice di condotta, da redigersi annualmente, ex art. 2-bis Reg. 2007/04 (*"L'Agenzia elabora e sviluppa ulteriormente un codice di condotta applicabile a tutte le operazioni di cui assicura il coordinamento. Il codice di condotta stabilisce procedure intese a garantire i principi dello Stato di diritto e il rispetto dei diritti fondamentali, con particolare attenzione nel caso dei minori non accompagnati e delle persone vulnerabili, come anche delle persone che chiedono protezione internazionale, e applicabili a tutti coloro che prendono parte alle attività dell'Agenzia. L'Agenzia mette a punto il codice di condotta in cooperazione con il forum consultivo di cui all'articolo 26 bis"*). Per una verifica più puntuale delle caratteristiche di tali Squadre, si vedano le *"Tender Specifications"* di cui all'invito ad offrire HOME/2012/EBFX/PR/1001, su http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/financing/tenders/documents/2013/01/tender_specifications_en.pdf.

(297) In questo settore, la Commissione UE (nel 2006) ha proposto di istituire un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere, l'EUROSUR, che servirà ad aumentare il coordinamento all'interno degli Stati membri e tra un Paese e l'altro, per prevenire ed affrontare le più gravi forme di criminalità quali il traffico di droga e la tratta degli esseri umani, oltre a prevenire i decessi dei migranti in mare. Grazie al meccanismo di EUROSUR, le autorità di sorveglianza delle frontiere dovrebbero potersi scambiare informazioni operative, facilitando così la cooperazione transfrontaliera e con l'Agenzia europea FRONTEX. Il sistema è ancor oggi particolarmente frammentato: si pensi, ad esempio, al fatto che in alcuni Stati si contano sino a sei diverse Autorità coinvolte nella sorveglianza delle frontiere marittime, che talvolta gestiscono sistemi di controllo paralleli, senza regole e programmi di lavoro chiari. In base ai criteri EUROSUR ogni Stato situato lungo le frontiere esterne terrestri e marittime dovrebbe creare dei **Centri nazionali di coordinamento** per la sorveglianza di confine, che costituiranno gli unici punti di contatto per lo scambio - quasi in tempo reale - di dati, informazioni ed *intelligence* tra guardie di frontiera, guardie costiere, polizia ed altre competenti Autorità nazionali, ma anche con FRONTEX ed altri centri nazionali, a mezzo di una rete protetta. Il testo della comunicazione del Consiglio n. 68/2008 è riportato su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0068:FIN:IT:HTML>.

(298) Su <http://ffm-online.org/wp-content/uploads/2013/11/EUBAMRapport-2013-04.pdf>. Il documento, recante il *"Revised Draft Concept of Operations 'Plus' (CONOPS PLUS) for the CSPD mission EUBAM Libya"*, dovrebbe essere sostituito, già nel corso del 2014, da un OPLAN (*Operational Plan*), a seguito di una revisione strategica sul mandato della missione, previa approvazione degli Stati membri.

infatti, le principali attività addestrative delle Forze dell'ordine libiche vengono devolute a Corpi di polizia (civile) a *status* militare (in particolare, Carabinieri e Guardie di finanza italiane), ma nella valutazione delle Forze locali da riorganizzare l'Unione Europea ha significativamente puntato su “*to re-build a Gendarmerie force, focused on strategic sites protection*” (così nell'Annesso n. 10 del richiamato doc. 8182/4/13).

La stessa fonte normativa, inoltre, confuta la pretestuosa interpretazione “smilitarizzatrice” che taluni vorrebbero dare dell'art. 13 della (pur non vincolante) *Raccomandazione* 10/2001 del COE (cfr. *retro*), allorché individua (a p. 26) gli obiettivi di più ampio respiro della missione nel “*To reinforce operational working methodologies for justice and security actors in line with EU and international standards and promote public accountability and civil oversight mechanisms over the security sector*”.

Tale precisazione, infatti, chiarisce ancora una volta come lo *standard* europeo ed internazionale (soprattutto OSCE) non preveda assolutamente la riduzione delle Forze dell'ordine allo *status* civile - tant'è che l'Unione promuove, anche nei Paesi terzi, l'istituzione di gendarmerie - bensì tutt'altra cosa, ossia l'attivazione di meccanismi di controllo “civile” - *id est*, in capo agli organi di indirizzo politico - sul settore della sicurezza, nonché una più ampia responsabilizzazione, nei confronti dei cittadini, degli apparati coinvolti in detto operato.

Va infine ricordato che le Istituzioni europee sembrano aver recentemente optato per una progressiva de-burocratizzazione del settore che - alla luce delle linee di indirizzo tracciate nel “*Joint Statement of the European Parliament, the Council of the EU and the European Commission on decentralised Agencies*” del 19 luglio 2012 (299) e nell'annesso “*Common Approach*” raggiunto tra Commissione, Parlamento e Consiglio (sulla cui base è stata adottata la “tabella di marcia” del 18 dicembre 2012 (300)) - potrebbe tra l'altro portare all'accorpamento di EUROPOL e CEPOL, stante l'ampia sovrapposizione tra le sfere di competenza formativa delle due Agenzie.

Conclusivamente, dal complessivo assetto normativo dell'Unione Europea in materia di gestione operativa della sicurezza emergono alcuni punti qualificanti, *in primis* il carattere “integrato” che presuppone la costante collaborazione (ovviamente, ognuno per quanto di propria competenza) dei sog-

(299) Su http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/sefcovic/documents/120719_agencies_joint_statement_en.pdf.

(300) Su http://europa.eu/agencies/documents/2012-1218_roadmap_on_the_follow_up_to_the_common_approach_on_eu_decentralised_agencies_en.pdf. A giustificare lo scioglimento della CEPOL vi sarebbero la decisione del Governo britannico di non rinnovare la concessione della sede alla scadenza del 2014, gli elevati costi amministrativi e soprattutto il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi delle Forze di polizia (soprattutto per quel che riguarda la cooperazione internazionale) previsti nel *Programma* di Stoccolma (appena 1/3 del totale).

getti istituzionali che a vario titolo intervengono nel “comparto sicurezza”, a prescindere dalla loro natura militare o civile, volontaria o comandata, etc.

Il modello europeo, che mira esclusivamente all’efficienza, ha infatti carattere “funzionale” e si interessa soprattutto di raccordare i diversi attori del sistema sulla base delle funzioni da essi concretamente svolte (tiene cioè conto degli effettivi contenuti dell’azione di ciascuno di essi), ignorando quasi del tutto gli aspetti formali ed organizzativi.

In questi termini, attesa la stretta interconnessione delle problematiche della sicurezza “interna” con quelle relative alla sfera “esterna”, l’Unione ritiene non si possa fare a meno di una costante sinergia tra le professionalità operative della componente militare con quelle delle Forze dell’ordine tradizionalmente intese: in questi termini, i più recenti sforzi normativi ed organizzatori sono tutti nel senso di assicurare quanto più possibile non solo una collaborazione tra tali soggetti, ma decisamente una “contaminazione” formativa ed operativa tra gli stessi.

Ciò spiega il ruolo centrale - nel “sistema sicurezza” europeo (così come era già avvenuto a livello internazionale nelle missioni ONU e NATO) - delle cd. “Forze ibride” civili/militari che, coniugando le capacità operative di entrambi i settori, più di altri sono in grado di soddisfare gli *standard* qualitativi europei in materia di gestione della sicurezza, potendo far fronte, a *budget* formativo invariato e mantenendo intatta la linea di comando, ad ogni possibile scenario operativo sul campo, tanto sul territorio nazionale quanto all’estero, senza minimamente derogare ai principi dello Stato di diritto individuati dall’OSCE.

La tradizionale formazione quale polizia “di prossimità”, inoltre, attribuisce loro un ulteriore plusvalore di sistema.

In una prospettiva più ampia, a fronte delle inevitabili differenze di carattere formativo/ professionale tra i diversi operatori del “settore sicurezza”, che possono ostacolare la collaborazione transfrontaliera in modo più o meno marcato, il legislatore UE ha anche previsto alcune forme di coordinamento, che presentano comunque due tratti comuni: la natura consensuale (presuppongono cioè un preventivo accordo dei soggetti interessati) ed il carattere paritario dei loro rapporti, nel senso che non può essere attribuito ad alcuno di essi un potere di ordine o direzione nei confronti degli altri, capacità che viene invece conferita, se del caso (ad es. in ambito PESC/PSDC), a soggetti terzi.

A ciò si aggiunga che le particolari attribuzioni (e soprattutto la composizione integrata politico/ operativa) del “Comitato permanente per la sicurezza interna” (COSI) - per il quale ancor più valgono i principi sovra esposti - rendono possibile una sua futura evoluzione, in materia di sicurezza interna, quale *alter ego* del “Comitato politico e di sicurezza” (CPS) già esistente in ambito PESC/PSDC, con conseguente accentramento di notevoli poteri di indi-

rizzo e controllo politico (attesa la sua natura *ausiliaria* del Consiglio): anche per tale ragione, in virtù dell'unicità del "modello sicurezza" europeo, le due strutture saranno tenute a raccordarsi per assicurare la coerenza di un sistema considerato in ultima analisi unitario - pur nella sua complessità - anche per quanto concerne le modalità operative di azione.

Il modello integrato civile/militare (etc.) ha avuto particolare sviluppo in sede PESC/PSDC (301), ma non è certo estraneo all'ex "Terzo Pilastro" UE, odierno settore FSJ, nel cui ambito il TFUE detta una specifica disciplina sulla *cooperazione operativa transfrontaliera* tra le diverse Forze di polizia nazionali: alla luce delle vigenti disposizioni dei Trattati, vi è infatti una serie di aree nelle quali una potenziale sinergia - se non anche una compenetrazione - civile/militare sin d'ora emerge.

La prima è la lotta contro il terrorismo, disciplinata parallelamente nelle disposizioni sulla PESC e da quelle sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (FSJ): tale sinergia è il *trait d'union* che già caratterizzava il *Piano d'azione* adottato in seno al Consiglio straordinario GAI ("*Giustizia e Affari interni*") del 21 settembre 2001 (302) - da cui scaturisce l'elaborazione di una comune nozione di "terrorismo" ed il riavvicinamento del diritto sostanziale, in materia, degli Stati membri - e l'*Allegato V* delle *Conclusioni* della Presidenza al Consiglio Europeo di Siviglia del 21 e 22 giugno 2002 (dedicato al contributo della PESC/PESD alla lotta contro il terrorismo (303)).

In tale contesto emerge come il Consiglio abbia da tempo optato per un approccio multifunzionale ed olistico, volto ad assicurare l'integrazione della lotta al terrorismo in tutti gli aspetti delle politiche (interne ed esterne) dell'Unione.

La seconda, implicitamente contenuta nella clausola di solidarietà di cui all'art. 222 TFUE, contempla il ricorso allo strumento militare (tipico della sicurezza cd. "esterna") sul territorio di Stati membri in risposta a minacce di chiara natura interna quali attacchi terroristici, calamità naturali o disastri provocati dall'attività umana.

La terza è rappresentata dalla crescente connotazione "di sicurezza" (un tempo specifica delle Forze di polizia) che caratterizza i compiti delle Forze armate europee in ambito PESD/PSDC, come dimostrato dall'estensione delle "Missioni di Petersberg" introdotta dal testo attualmente in vigore (cfr. *retro*).

(301) Si veda, al riguardo, KHOL, *Civil-Military Coordination in EU Crisis Management*, in AA.VV. (a cura di NOWAK), *Civilian Crisis Management: The EU Way*, in *Chaillot Paper* n. 90, Paris 2006, p. 124, consultabile al link <http://www.iss.europa.eu/uploads/media/cp090.pdf>.

(302) Da cui scaturisce la Decisione-quadro del Consiglio n. 2002/475/GAI, del 13 giugno 2002 (su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:164:0003:0007:IT:PDF>). In argomento si veda il lavoro comparatistico di ALCARO, *La lotta al terrorismo dopo l'11 settembre*, IAI Roma 2005.

(303) Pubblicato su http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/it/ec/72651.pdf.

A ciò aggiungasi l'intero settore della protezione civile (centrale in ambito Fsj), nel quale la partecipazione diretta delle Forze armate con funzioni operative (anche) di sicurezza è ormai da decenni una prassi acquisita nei singoli Stati dell'Unione, nonché, da ultimo, il presidio territoriale di ordine pubblico, anch'esso una costante (304) in circostanze di particolare necessità.

(304) Previsto addirittura nelle Costituzioni di alcuni Stati membri, quali la Germania (cfr. *retro*).

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Effettività della tutela e giusto processo amministrativo nell'ordinamento multilivello

*Clizia Ardanese**

SOMMARIO: 1. Introduzione ai principi di effettività e giusto processo nella tutela giurisdizionale. - 2. Effettività della tutela e giusto processo nel diritto internazionale e comunitario: a) gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950; b) l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 e la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. - 3. I principi di effettività e giusto processo nella Costituzione italiana e nel codice del processo amministrativo: a) la Costituzione del 1948; b) la legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2; c) gli articoli 1 e 2 del codice del processo amministrativo. - 4. Profili di inadeguatezza di alcuni istituti del processo amministrativo italiano con detti principi: a) criticità nell'organizzazione della giustizia amministrativa; b) criticità processuali. - 5. Conclusioni e prospettive: i tentativi di adeguamento del processo amministrativo ai principi di effettività e giusto processo sono ancora problematici.

1. Introduzione ai principi di effettività e giusto processo nella tutela giurisdizionale.

Mentre l'esistenza di un processo di «globalizzazione del diritto» è una realtà ancora allo stato embrionale e limitata alla convergenza intorno ad alcune regole, quella degli ordinamenti giuridici «multilivello» è consolidata, specialmente ove si guardi all'esperienza dell'integrazione europea comunitaria (1). In quest'ultimo ambito, la teoria del «costituzionalismo multilivello» propone una concezione della costituzione emancipata dal presupposto della sua neces-

(*) Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

(1) E. PICOZZA, *Ordinamento giuridico multilivello, ruolo del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 67 ss.; V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, 46 ss..

saria statualità, in ciò differenziandosi dalla tradizione democratica e liberale che vede nello Stato nazionale l'unico punto di riferimento in materia (2). Questa ricostruzione ipotizza per l'Europa un concetto «funzionale» di costituzione che non postula necessariamente un modello di Stato europeo, neanche federale, ma che, piuttosto, fa riferimento a quella fondamentale funzione di giustificazione e limitazione del potere pubblico che storicamente ha dato alla nozione di costituzione valore giuridico, oltre che contenuto politico e filosofico (3). Quella europea, quindi, è una «costituzione senza Stato», plurale e composita, uno «spazio costituzionale» derivante dall'unione tra il piano comunitario e quello nazionale, stratificato su più livelli complementari che si integrano e che sono ricondotti ad unità da principi fondamentali comuni (4).

Al vertice di questo ordinamento multilivello si collocano quei principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed affermati non solo dai trattati istitutivi e dalle costituzioni nazionali ma anche dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) firmata a Roma il 4 novembre 1950, tra i quali quelli del «giusto processo» e di «effettività della tutela», cui è dedicato il presente lavoro.

Com'è noto, l'espressione «giusto processo» (*due process of law*) è nata nella tradizione giuridica anglosassone con il § 39 della *Magna Charta Libertatum* di Giovanni Senza Terra del 12 giugno 1215 (5). In seguito, il principio

(2) P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2012, 1, che rinvia sul punto ai lavori di I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution making revisited*, in *Common Market Law Review*, vol. 36, 4, 1999, 703 ss.; ID., *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, vol. 27, 5, 2002, 511 ss.; I. PERNICE, F. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di) *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, 43 ss..

(3) Così P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello*, cit., che cita M. MORLOK, *Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, 2002, 505 ss..

(4) L. TORCHIA, *Una costituzione senza Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 2, 405 ss.. Sostiene L. MOCCIA, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 3, 767 ss. che «il sistema multi-livello di governo (*multilevel governance*) o la tutela multi-livello dei diritti (*multilevel constitutionalism*) [...], pur senza cancellare la territorialità degli ordinamenti, la proietta con un effetto di dissolvenza in una dimensione di spazialità, dai contorni meno definiti e definibili, dove locale, nazionale, internazionale, trans- e sovra-nazionale formano come un caleidoscopio di immagini tra loro variamente composte e componibili, ma tutte tra loro intrecciate e compatibili nella prospettiva cosmopolita».

(5) Il § 39 della *Magna Charta Libertatum* stabilisce che: “*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”; sul punto cfr. C.H. McILWAIN, *Due Process of Law in Magna Charta*, in *Columbia Law Rev.*, 1914, 27. Il § III del VI Statuto di Edoardo III prevede che: “*At the Request of the Commons by their Petitions put forth in this Parliament, to eschew the Mischiefs and Damages done to divers of his Commons by false Accusers, which often-times have made their Accusations more for Revenge and singular Benefit, than for the Profit of the King, or of his People, which accused Persons, some have been taken, and sometime caused to come before the King's Council by Writ, and otherwise upon grievous Pain against the Law: It is assented and accorded, for the good Governance of the Commons, that no Man be put to answer without*

è stato riaffermato anche dal V emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America del 15 dicembre 1791 ed è progressivamente divenuto patrimonio comune delle tradizioni giuridiche occidentali (6). Nell'esperienza europea continentale, il giusto processo si riconnette al progressivo emergere dello «Stato di diritto», il cui nucleo portante, oltre alla divisione dei poteri, è il riconoscimento costituzionale dei diritti fondamentali e della loro tutela giurisdizionale anche e soprattutto nei confronti dello Stato, inteso sia come pubblica amministrazione sia come legislatore (7). Infatti, il passaggio allo Stato di diritto può dirsi compiutamente perfezionato quando i diritti fondamentali sono divenuti «soggettivi», iniziando a essere tutelati in quanto tali e non soltanto in via riflessa, cioè «oggettivamente», tramite un'azione amministrativa di protezione dell'ordine e di promozione del benessere collettivo (8).

A partire dal secondo dopoguerra, le principali convenzioni internazionali e le costituzioni degli Stati europei hanno enunciato una serie di garanzie attinenti all'esercizio della funzione giurisdizionale e al processo, perlopiù conformate a noti principi di diritto naturale (es. *nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita et alligata partium, nemo iudex in causa sua, audiatur et altera pars, nemo inauditus damnari potest*), dichiarandole come fondamentali e inviolabili (9). In particolare, a livello pattizio, questi valori sono stati sot-

Presentment before Justices, or Matter of Record, or by due Process and Writ original, according to the old Law of the Land: And if any Thing from henceforth be done to the contrary, it shall be void in the Law, and holden for Error"; in argomento, W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, I, Londra 1956, 485 ss.; H. POTTER, *Historical Introduction to English Law*, Bearb. Kiralfy, 1958, 141 e 142.

(6) Il V emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America recita: "*Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*"; al riguardo, v. J.V. ORTH, *Due Process of Law. A Brief History*, Lawrence KS, 2003. Per la dottrina nazionale, cfr. V. VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due process of law e art. 24 Cost.*, Milano, 1970; L. MOCCIA, *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Rimini, 1984.

(7) Sullo Stato di diritto nelle differenti esperienze costituzionali europee cfr. E. GIANFRANESCO, *Il principio dello Stato di diritto e l'ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo, I, I principi dell'Unione*, Milano, 2006, 235 ss., 248 ss..

(8) Sul punto, C.F. VON GERBER, *Sui diritti pubblici* (1852), in ID., *Diritto pubblico*, trad. it., Milano, 1971, 7 ss., 65 ss., teorizzò i "*diritti riflessi*", da cui prese poi vita la categoria dell'interesse legittimo; G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. it., Milano, 1912; V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Torino, 1890; S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1897, 109 ss..

(9) Per «garanzia» si intende ogni strumento o presidio tecnico-giuridico, il quale sia in grado di far convertire in diritto puramente riconosciuto o attribuito in astratto in uno effettivamente protetto in concreto, cioè suscettibile di piena attuazione o reintegrazione ogni qual volta risulti violato. In questa ottica, sono garanzie «in senso formale o statico» quei profili strutturali che rafforzano dall'esterno (es. costituzione rigida, riserva di legge) la stabilità e l'opponibilità dei principi o dei diritti garantiti nei confronti di qualsiasi potere ordinario dello Stato, nonché la loro tendenziale immodificabilità nel tempo; sono, invece, garanzie «in senso attuativo e dinamico» quegli strumenti giurisdizionali che siano specificamente previsti - avanti ad organi di giustizia costituzionale od internazionale - per assicurare condi-

tolineati al punto tale da far ritenere che la loro forza vincolante non si fondi solo sul noto principio *pacta sunt servanda* ma sulla solennità morale e civile degli impegni così assunti (10). Questo modello internazionale di «giusto processo» si esprime in formule sintetiche postulanti: l'eguaglianza delle parti; l'indipendenza e l'imparzialità del giudice precostituito per legge; la pubblicità delle udienze e della pronuncia delle decisioni; il diritto di accesso e di ricorso effettivo agli organi giudiziari; il contraddittorio e la possibilità di difesa tecnica in giudizio; il diritto alla prova; la ragionevole durata del giudizio (11). Limitatamente ai processi penali, poi, sono affermati anche il divieto di autoincrimazione, il diritto di impugnare le pronunce di condanna dinanzi a un giudice superiore e l'invalidità e inutilizzabilità probatoria di una confessione ottenuta con mezzi coercitivi (12).

L'attenzione per le sopra ricordate garanzie, com'è ben noto, deriva dalla consapevolezza, maturata all'esito dell'ultimo conflitto mondiale, dell'abominio nazifascista e dalla susseguente volontà di preconstituire, nei Paesi liberati dalle armate anglo-americane, idonei presidi istituzionali di tutela delle libertà individuali e inalienabili dell'essere umano (13). In linea con ciò, nella codificazione di queste garanzie processuali traspare l'influsso dei sistemi di *common law* delle potenze di lingua inglese vincitrici, ispirati al c.d. *adversary system* fondato sul *due process of law*. È quest'ultimo un modello assai diverso da quello romano e canonico - che ha natura inquisitoria e carattere prevalentemente scritto e segreto - e che garantisce a ogni individuo un *judgment by his peers* dinanzi ad una giuria composta da persone comuni sorteggiate dalle medesime categorie sociali di appartenenza dei litiganti (14). Il processo dinanzi ad una giuria (*trial by jury*) s'impronta a oralità, pubblicità e immediatezza, allo scopo di favorire l'operato del giurato-giudice popolare, perlopiù sprovvisto di preparazione giuridica, dinanzi a cui si debbono provare fatti in-

zioni effettive di godimento a qualsiasi diritto attribuito o riconosciuto da quelle norme fondamentali. Nei termini sopra riportati si esprime L.P. COMOGLIO, *Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 3, 887 ss.; ID., *Le garanzie costituzionali*, in L. P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, 53 ss.; ID., *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1064 ss..

(10) L.P. COMOGLIO, *Valori etici e ideologie*, cit.

(11) L.P. COMOGLIO, *op. cit.*

(12) L.P. COMOGLIO, *op. cit.*

(13) Oltre agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, su cui si tornerà in seguito, si ricordano: l'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo proclamata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 prevede che «ogni persona ha diritto, in condizioni di piena uguaglianza, ad essere ascoltata pubblicamente e con giustizia da un tribunale indipendente ed imparziale»; l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 dispone, invece, che «tutti sono uguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni persona ha diritto di farsi ascoltare, in corretto e pubblico giudizio, da un giudice competente, indipendente ed imparziale, costituito per legge».

(14) L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*

certi e discutere i temi controversi con metodo dialettico ed in forma orale (15). Quest'assetto, nelle esperienze di provenienza, è considerato *due* e *lawful* perché in linea coi «valori culturali, etico-religiosi e sociali, sui quali si basano le radicate tradizioni di indipendenza, di libertà democratica e di *fair play*, proprie delle società anglosassoni» (16).

Se tale è la storia e la natura del *due process of law*, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, invece, descrive la capacità del processo di soddisfare l'interesse concreto dedotto in giudizio e richiede, quindi, una struttura funzionale alle caratteristiche sostanziali del contenzioso. Il principio di «effettività, completezza e adeguatezza» è caratteristico dell'esperienza comunitaria e comporta che, quando è portato davanti al giudice un rapporto tutelato dal diritto comunitario, l'ordinamento interno deve predisporre gli strumenti idonei a garantirgli una tutela efficace e rapida (ad esempio, nel contenzioso amministrativo, azioni di tipo costitutivo (annullamento), di accertamento (nullità, dichiarazione di un rapporto controverso), di condanna, cautelari, esecutive (17). Il principio di effettività tende a coincidere con i corollari applicativi funzionali del *fair trial*, che però ha un perimetro più ampio, coinvolgendo anche gli aspetti strutturali del fenomeno processuale (18). Detta sovrapposizione è evidente per quanto attiene l'ineffettività dell'accesso al giudice, la pienezza del contraddittorio e la ragionevole durata del processo, l'adeguata e compiuta articolazione dei mezzi processuali e la completezza della tutela delle situazioni giuridiche soggettive (19).

Il principio di effettività, oltre che essere radicato nell'*acquis communautaire*, è ben noto all'esperienza giuridica italiana, sol che si consideri la risalente e nota riflessione di G. CHIOVENDA per cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha il diritto di conseguire» (20). L'effettività indica, quindi, l'idoneità di un dato modello processuale positivo a garantire la tempestiva, piena e puntuale soddisfazione dell'interesse protetto dalla norma sostanziale, qualunque ne sia la tecnica di tutela, diritto soggettivo o interesse legittimo, assicurando al suo titolare il conseguimento del bene della vita voluto.

Nel vigente ordinamento costituzionale, le specifiche guarentigie poste a presidio dell'effettività della tutela sono le medesime del giusto processo, trovando entrambe la propria radice ultima nell'invulnerabilità della tutela giuri-

(15) J.I.H. JACOB, *The Fabric of English Civil Justice*, London, 1987, 19 ss..

(16) L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*; J.I.H. JACOB, *op. cit.*, 15 ss..

(17) E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 2000, II, 1071 ss.; Id., *Il processo amministrativo*, Milano, 2009, 3 ss..

(18) Nel senso della piena sovrapposibilità tra le garanzie del giusto processo e quelle dell'effettività della tutela giurisdizionale di matrice comunitaria è S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, 67.

(19) S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 69.

(20) G. CHIOVANDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 39 ss..

sdizionale sancita dall'art. 24 Cost. Questa indissolubile connessione è la ragione per la quale, sebbene teoricamente distinti e distinguibili, i due principi sono normalmente trattati in modo congiunto; del resto, in nessun modo potrebbe considerarsi «giusto» un processo che, alla prova dei fatti, si rivelasse «inutile», cioè non in grado di assicurare la completa soddisfazione della pretesa attorea risultata vincitrice.

2. Giusto processo ed effettività nel diritto internazionale e comunitario:

a) gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950.

A livello internazionale, il diritto a un «equo processo» e ad un «ricorso effettivo» sono codificati dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dalla Repubblica Italiana con l. 4 agosto 1955 n. 848 (21). In particolare, avuto riguardo a tutti i tipi di processo, l'art. 6 cit. afferma che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti (22). La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia». Il successivo art. 13, poi, completando idealmente il disegno dell'art. 6 cit., dispone che «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da

(21) Con specifico riferimento alle accuse penali, l'art. 6, commi 2 e 3, CEDU prevede che «2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

(22) Sull'art. 6 CEDU e sulla sua influenza nell'ambito del diritto amministrativo: M. ALLENA, *ART. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

La principale questione sollevata dagli artt. 6 e 13 cit. è quella del loro valore giuridico nell'ordinamento statale italiano, un problema su cui la Corte costituzionale si è espressa in tempi recenti nel senso che le disposizioni della CEDU, essendo pattizie, non rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 10, comma 1, Cost. che riferisce il meccanismo di adattamento automatico alle sole norme internazionali consuetudinarie (23). Anche l'art. 117, comma 1, Cost., nel testo introdotto dalla l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, che pone i limiti per l'esercizio delle funzioni legislative statali e regionali, distingue i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali», tra i quali ultimi quelli assunti con la ratifica alla CEDU. Infatti, con l'adesione alle Comunità europee, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento più ampio, sopranazionale, cui ha ceduto, *ratione materiae*, parte della propria sovranità, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione (24). Diversamente dall'Unione europea, la

(23) Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 3475. La sentenza in discorso ha affermato importanti principi in tema di rilevanza della CEDU nell'ordinamento interno, che possono essere riassunti nei termini che seguono. La Corte ha chiarito che la diretta applicabilità che assiste le norme comunitarie e che si fonda sull'art. 11 Cost. non trova applicazione per le norme della CEDU, che hanno «natura di norme internazionali pattizie che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto». Né a un differente esito può giungersi valorizzando l'art. 117, comma 1, Cost., il quale distingue i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali», tra cui quelli posti dalla CEDU, che non ha creato un ordinamento sopranazionale quale è quello dell'Unione europea. Inoltre, la Corte ha precisato che le norme CEDU, in quanto pattizie, neppure rientrano nel perimetro applicativo dell'art. 10, comma 1, Cost., che, ai fini dell'adattamento automatico, si rivolge alle sole «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», cioè a quelle consuetudinarie. Dal che consegue che le norme pattizie, incluse quelle poste dalla CEDU, «non possono essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole, ovvero come norme interposte *ex art. 10* della Costituzione». In un tale contesto, tuttavia, l'art. 117, comma 1, Cost., che condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali quelli derivanti dalla CEDU, conferisce a quest'ultima una maggior forza di resistenza rispetto a leggi ordinarie successive, attraendone le relative norme nella sfera di competenza della Corte costituzionale, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.. Peraltro, la disposizione costituzionale da ultimo citata può ritenersi operativa solo se vengano concretamente determinati gli «obblighi internazionali» che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, che assumono quindi la funzione di fonte interposta di grado intermedio tra la Costituzione, cui sono subordinati, e la legge ordinaria. In merito a tali obblighi, la CEDU, rispetto agli altri trattati internazionali, ha la caratteristica di prevedere la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Il che comporta che, fra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della Convenzione, vi sia anche quello di accoglierne le norme nel significato attribuitogli da detta Corte; norme che, in ogni modo, non sono immuni dal controllo di legittimità costituzionale della Corte costituzionale, perché restano pure ad un livello inferiore alla Costituzione.

(24) Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348, *cit.*

CEDU non ha creato un ordinamento sopranazionale e non ha prodotto norme direttamente applicabili negli Stati contraenti (25). Peraltro, la Convenzione ha comunque istituito un organo giurisdizionale, la Corte di Strasburgo, cui è affidata la funzione di interpretare le proprie norme, con la conseguenza che, tra gli obblighi assunti dall'Italia, rientra quello di adeguare la propria legislazione alle norme CEDU nel significato attribuitole dall'anzidetta Corte (26).

Da quanto sopra deriva che il giudice debba interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione convenzionale nel significato chiarito dalla Corte di Strasburgo, nei limiti in cui ciò sia possibile. In difetto, ovvero in ipotesi di dubbio sulla compatibilità della norma interna con essa, egli non può disapplicarla ma deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità rispetto al parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., avendo la CEDU natura di fonte interposta tra la costituzione e le leggi che il legislatore ordinario ha l'obbligo di rispettare (27).

Fatta questa premessa generale sul valore giuridico della Convenzione di Roma, e quindi anche degli artt. 6 e 13, è stato osservato che la CEDU, pur enunciando il principio del giusto processo, non annovera tra le garanzie riguardanti la funzione giurisdizionale l'«azione», intesa come diritto di agire in giudizio, cioè di adire il giudice per la tutela delle proprie posizioni di vantaggio riconosciute sul piano sostanziale (28). Ciò a differenza della Costituzione italiana e di quella tedesca che, invece, tra i diritti fondamentali e inviolabili dell'individuo, cioè non ritrattabili da parte del legislatore ordinario, contemplano proprio il diritto di agire in giudizio in connessione all'affermata titolarità di una posizione giuridica sostanziale (29).

La ragione di quest'apparente dimenticanza è che l'art. 6 CEDU, come già detto, pur senza imporre un particolare modello di processo, riproduce i principi del *fair trial* anglosassone, in cui esistono soltanto i «rimedi» (*remedies*), cioè le singole possibilità di attivare la giurisdizione in presenza di dati presupposti specifici, ma non si annette rilevanza alla posizione soggettiva preesistente riconosciuta dal diritto sostanziale e, quindi, al diritto di azione (30). Tuttavia, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il «diritto al tribunale» è il

(25) Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348, *cit.*

(26) Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348, *cit.*

(27) Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348, *cit.*

(28) N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1, 35 ss.; AA.VV., *La tutela dei diritti del cittadino davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, Milano, 1989; P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in www.giuripol.unimi.it, pubblicato il 23 ottobre 2004.

(29) Sull'accoglimento del principio *de quo* nei principali testi costituzionali del dopoguerra: L. P. COMOGGIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 97 ss., 116 ss.; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 161 ss.. Più in generale vedi G. CLEMENTE DI SANLUCA (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, Napoli, I, 2011.

primo aspetto di quello ad accedervi e, in questo senso, non si limita all'ottenimento di una decisione giudiziaria su una data situazione giuridica ma implica lo svolgimento di quanto necessario affinché la tutela giurisdizionale si attui (31). In tal senso, il diritto di accedere al giudice è stato riconosciuto come parte integrante del principio del dovuto processo legale: escluderne la sussistenza comporterebbe di vanificare le garanzie enunciate dalla disposizione stessa (32). Questo diritto, tuttavia, non è assoluto, ma è compatibile con limiti o condizioni, quali il preventivo esperimento o esaurimento di ricorsi amministrativi o la fissazione di termini prescrizionali per la proposizione della domanda, purché essi perseguano uno scopo legittimo e siano proporzionati (33). Inoltre, il diritto di adire un giudice deve essere effettivo, dovendosi garantire concretamente anche ai singoli in posizione più svantaggiata la possibilità di tutelare avanti ad un organo giudiziario i propri diritti. In quest'ottica, atteso che la Convenzione di Roma si prefigge di tutelare diritti «non teorici e illusori ma concreti ed effettivi», gli impedimenti «di fatto», cioè di carattere economico-sociale, possono comportare una violazione della CEDU al pari di quelli «di diritto» (34).

La giurisprudenza di Strasburgo è ripetutamente intervenuta per circoscrivere e chiarire il perimetro applicativo ed il significato del diritto a un giusto processo sancito dall'art. 6 cit.

In primo luogo, ha stabilito che il termine «controversia» non può essere inteso in un'accezione troppo tecnica, dovendosene privilegiare una definizione sostanziale piuttosto che formale (35). Ha, poi, chiarito che se gli Stati contraenti godono di una maggiore libertà per la conformazione del contenzioso civile rispetto a quello penale, il requisito della «parità delle armi», inteso come giusto equilibrio tra le parti, vale, in via di principio, anche in sede civile

(30) La cultura giuridica anglosassone disconosce l'impostazione europea continentale del diritto soggettivo come situazione preesistente al rimedio giudiziario, ritenendosi che la vera garanzia dell'individuo risieda non nel potere di agire in giudizio ma nelle concrete modalità di tutela ottenibili dal giudice, non esistendo alcun diritto diverso dal rimedio stesso (*remedies precede rights*). In tale contesto, sono ben radicati i valori della giustizia procedurale e dell'equità processuale, espressivi del diritto al dovuto processo legale (*due process of law*) già enunciato dalla *Magna Charta* del 1215. In argomento, v. anche: V. DENTI, *Azione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 2; V. VARANO, *Remedies*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1997, XVI, 572.

(31) N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi*, cit.; CEDU 21 febbraio 1975 (*Golder c. Regno Unito*).

(32) Corte CEDU 23 marzo 1995 (*Loizidou c. Turchia*), in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1995, 483 ss., ha affermato che la Convenzione è un «atto costituzionale dell'ordine pubblico europeo».

(33) N. TROCKER, *op. ult. cit.*; CEDU 28 maggio 1985 (*Ashingdane c. Regno Unito*), 30 gennaio 2003 (*Cordova c. Italia*), in *Dir. e giust.*, 2003, 8, 69 ss. con il commento di G. BUONOMO, *L'immunità parlamentare può violare la convenzione dei diritti dell'uomo*.

(34) V. CEDU 9 ottobre 1979 (*Airey c. Irlanda*), in *Foro it.*, 1980, IV, c. 1 ss., per la quale, fra gli obblighi che gravano sugli Stati, vi è quello di rimuovere o, quantomeno, di neutralizzare gli ostacoli di ordine economico o sociale che, di fatto, compromettono la possibilità di chiedere e di ottenere la tutela giurisdizionale.

(35) CEDU 12 febbraio 2004 (*Perez c. Francia*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2007, 3, 718.

(36). Ciò comporta che ogni parte debba avere una «ragionevole possibilità» di presentare la sua causa, prove incluse, in condizioni che non la pongano in una situazione di svantaggio rispetto alla controparte (37). La Corte ha pure sottolineato l'imprescindibilità del contraddittorio, sia come possibilità di far conoscere gli elementi necessari per il successo delle sue pretese, sia come presa di conoscenza e discussione di ogni documento e osservazione presentata al giudice per influenzare la sua decisione (38). Al riguardo, posto che il diritto a un processo equo include la facoltà di presentare le osservazioni ritenute pertinenti, il giudice adito ha l'obbligo di procedere ad un esame dei motivi, delle argomentazioni e delle prove offerte dai litiganti (39).

La giurisprudenza ha pure affermato che la precostituzione del giudice per legge ha lo scopo di evitare che l'organizzazione del sistema giudiziario sia lasciata alla discrezionalità del Governo e che, in una società democratica, il diritto di essere sentito da un tribunale imparziale, sempre costituito per legge, occupa un posto così eminente che una sua interpretazione restrittiva non corrisponderebbe allo scopo e all'oggetto di tale disposizione (40).

La Corte si è anche soffermata sul principio di pubblicità della procedura giudiziaria, previsto a tutela delle parti rispetto a una «giustizia segreta che sfugga al controllo del pubblico»; una garanzia funzionale anche a preservare la fiducia nel sistema giudiziario che è «tra i principi fondanti di ogni società democratica» (41). Al riguardo, ha avuto modo di affermare che, per i giudici del solo diritto (*i.e.* le corti supreme), la mancanza di pronuncia in pubblica udienza della sentenza non contrasta con il principio di pubblicità, quando lo scopo perseguito dal principio stesso, cioè assicurare il controllo del potere giudiziario da parte della collettività, sia stato comunque raggiunto nel corso del procedimento considerato nel suo complesso (42).

Anche gli abusi del potere legislativo sono stati oggetto di attenzione, concludendosene che se in materia civile non è vietato al legislatore disciplinare, con disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi vigenti, i principi della

(36) CEDU 27 ottobre 1993 (*Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2006, 2, 233.

(37) CEDU 12 maggio 2005 (*Öcalan c. Turchia*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2007, 3, 976; CEDU 7 giugno 2001 (*Kress c. Francia*), *ibidem*, 430; CEDU 24 febbraio 1997 (*De Haes e Gijssels c. Belgio*), *ibidem*, 2006, 2, 567.

(38) CEDU 20 luglio 2001 (*Pellegrini c. Italia*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2007, 3, 449; CEDU 18 marzo 1997 (*Mantovanelli c. Francia*), *ibidem*, 2006, 2, 590.

(39) CEDU 12 febbraio 2004 (*Perez c. Francia*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2007, 3, 718.

(40) CEDU 13 dicembre 2005 (*Marcello Viola c. Italia*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2007, 3, 1142; 22 giugno 2000 (*Coëme e altro c. Belgio*) in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2007, 3, 219.

(41) CEDU 12 aprile 2006 (*Martinie c. Francia*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2007, 3, 1253; 20 maggio 1998 (*Gautrin e altro c. Spagna*), *ibidem*, 2006, 2, 679.

(42) CEDU 8 dicembre 1983 (*Axen c. Rep. Fed. Germania*), in *Riv. dir. internaz.*, 1985, 383; 22 febbraio 1984 (*Sutter c. Svizzera*), *ibidem*, 1985, 647; 28 giugno 1984 (*Campbell e altro c. Regno Unito*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2006, 1, 595.

preminenza del diritto e del giusto processo, fatte salve prevalenti necessità di interesse generale, «si oppongono all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia con lo scopo di influire sull'esito di una lite» (43).

La Corte CEDU ha pure analizzato i modi di esercizio della giurisdizione per individuarne potenziali profili di attrito con la tutela dei diritti affermati dalla Convenzione, sancendo l'insindacabilità di eventuali errori giudiziari di fatto o di diritto, salvo che abbiano pregiudicato i diritti e le libertà salvaguardati dalla Convenzione (44). La Corte, infatti, si limita ad accertare se la procedura giudiziaria interna, considerata nel suo insieme, incluse le modalità di presentazione dei mezzi di prova, abbia carattere equo e se i diritti della difesa siano rispettati (45). Il mutamento d'indirizzo giurisprudenziale non è ritenuto di per sé ostativo a un equo processo, non potendosi vantare una sorta di diritto all'aderenza del giudice alle soluzioni già affermatesi (46). Tuttavia, la presenza di una giurisprudenza ormai consolidata obbliga l'organo che voglia discostarsene a fornire una motivazione estesa e particolareggiata delle ragioni che supportano il cambio di orientamento, in ottemperanza al principio della certezza del diritto affermato dalla Convenzione (47).

Da ultimo, posto che il principio del giusto processo deve essere interpretato alla luce del preambolo della CEDU, che enuncia la «preminenza del diritto» come patrimonio comune degli Stati contraenti, essendo la certezza dei rapporti giuridici parte integrante di detta preminenza, è necessario che la soluzione data in maniera inappellabile a una controversia dall'autorità giudiziaria non sia più rimessa in discussione (48).

Quanto al principio di effettività della tutela, la Corte di Strasburgo ha stabilito che l'art. 13 CEDU richiede che il ricorso interno abiliti il competente organo giudiziario nazionale a conoscere nel merito il contenuto delle doglianze e ad offrire un rimedio adeguato (49). Inoltre, un mezzo di ricorso può ritenersi effettivo e disponibile, sia in teoria sia in pratica, se è accessibile e suscettibile di offrire al ricorrente la riparazione delle sue doglianze con ragionevoli prospettive di successo (50). Gli Stati contraenti godono di un certo potere discre-

(43) CEDU 29 marzo 2006 (*Scordino c. Italia*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2007, 3, 1204; CEDU 8 aprile 2004 (*Assanidzé c. Georgia*), *ibidem*, 747; CEDU 22 ottobre 1997 (*Papageorgiou c. Grecia*), *ibidem*, 2006, 2, 644.

(44) CEDU 13 dicembre 2005 (*Marcello Viola c. Italia*), cit.

(45) CEDU 13 dicembre 2005, cit.

(46) CEDU 14 gennaio 2010 (*Atanasovski c. ex Rep. Jugoslava di Macedonia*), in *Cass. pen.*, 2010, 6, 2450.

(47) CEDU 14 gennaio 2010 (*Atanasovski c. ex Rep. Jugoslava di Macedonia*), cit.

(48) CEDU 28 ottobre 1999 (*Brumarescu c. Romania*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2007, 3, 91.

(49) CEDU 16 ottobre 2007 (*Capone c. Italia*), in *Foro it.*, 2008, 2, IV, 65; 2 febbraio 2006 (*Chizzotti c. Italia*), in *Guida dir.*, 2006, 16, suppl. II, 73.

(50) CEDU 14 dicembre 2006 (*Markovic c. Italia*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2007, 3, 1325; 20 aprile 2006 (*P. c. Italia*), *ibidem*, 2007, 3, 1269.

zionale quanto al modo di conformarsi agli obblighi loro imposti dall'art. 13 cit., dato che la disposizione non esige una particolare forma di ricorso; pertanto, potendo la portata dell'obbligo variare funzionalmente in base alla natura della singola doglianza, l'esercizio del ricorso non deve essere comunque ostacolato in maniera ingiustificata da azioni od omissioni delle autorità dello Stato convenuto (51). L'istanza di cui parla l'art. 13 CEDU, poi, può non essere necessariamente una istituzione giudiziaria in senso stretto (52).

Da ultimo, è stato pure precisato che il diritto ad un ricorso effettivo comporta che il richiedente possa ottenere non solo un risarcimento ma anche la cessazione della violazione denunciata dei propri diritti (53).

(segue) *b) l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 e la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.*

Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 (c.d. Carta di Nizza) enuncia un complesso di garanzie giurisdizionali a tutela dei cittadini degli Stati membri, «i cui diritti e le cui libertà garantite dal diritto dell'Unione siano stati violati», indirizzate sia alle istituzioni ed agli organi comunitari, sia agli Stati stessi. La Carta di Nizza, accanto ai tradizionali diritti civili e politici di «prima generazione», cui si riferisce la CEDU, contempla anche quelli, economici e sociali, di «seconda generazione», nonché quelli di «terza generazione», frutto «dell'evoluzione della società e [...] degli sviluppi scientifici e tecnologici», come la tutela ambientale o la protezione dei consumatori (54).

Originariamente non dotata di un'esplicita forza precettiva, la Carta era stata approvata dal Consiglio europeo come dichiarazione solenne di principi avente funzione di «atto di ricognizione storica», cioè di documento «che attribuisce forma scritta e solenne a ciò che è ritenuto già patrimonio della Comunità e che è vigente nell'ordinamento dell'Unione e dei suoi Stati membri» (55). Pertanto, le garanzie in essa consacrate riproducono diritto già operante all'interno

(51) CEDU 20 aprile 2006 (*P. c. Italia*) cit.

(52) CEDU 4 maggio 2000 (*Rotaru c. Romania*), in *Dir. uomo e lib. fondam.*, 2007, 3, 190.

(53) CEDU 10 gennaio 2012 (*Di Sarno e altro c. Italia*), in *Riv. giur. amb.*, 2012, 3-4, 407.

(54) G. RAIMONDI, *La Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 nel quadro della protezione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Cass. pen.*, 2002, 5, 1885 ss.; F. POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Id.*, *Commentario breve al Trattato CE*, Padova, 2001, 1178 ss.; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti (Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, Bologna, il Mulino, 2001.

(55) N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 4, 1171 ss.; L. FERRARI BRAVO, *La tutela dei diritti in Europa*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 37 ss.; G. CONETTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Studium iuris*, 2001, 1163 ss.; A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001, 193 ss.; M. FIORAVANTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella prospettiva del costituzionalismo moderno*, relazione all'incontro di studio "Principi, diritti e regole nella Carta Europea", Firenze, 26-27 aprile 2001.

dell'Unione, ancorché formatosi in via pretoria o mediante rinvio a fonti esterne come le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri o la CEDU (56).

All'atto della sua proclamazione, gli Stati membri non avevano trovato l'accordo necessario per includerla nel Trattato, sia pur come allegato, essendosi impegnati a risolvere in un secondo tempo il problema dello *status* giuridico (57). La Carta, quindi, nasce come atto internazionale dichiarativo, privo di valore vincolante e avente natura di raccomandazione (c.d. *soft law*) munita di grande autorevolezza e valore persuasivo (58). In ciò, il suo antecedente storico è la Dichiarazione comune del 5 aprile 1977, con la quale il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione riconobbero l'importanza primaria attribuita alle costituzioni degli Stati membri e alla CEDU, affermando che, nell'esercizio dei loro poteri e nel perseguire gli scopi della Comunità, essi «rispettano e continueranno a rispettare questi diritti». Se confrontata con la Dichiarazione del 1977, la Carta del 2000 è più avanzata perché non si rivolge più soltanto alle istituzioni comunitarie ma anche agli Stati membri, nel momento in cui fanno applicazione del diritto comunitario, conformemente, del resto, ai risultati già acquisiti sul piano giurisprudenziale (59).

L'efficacia giuridica della Carta dei diritti è stata a lungo controversa, in quanto, a fronte di una formale mancanza di vincolatività, era stata sottolineata la sostanza costituzionale e non solo pattizia dell'atto, in grado di annettergli comunque rilevanza giuridica (60). Del resto, l'elaborazione di un catalogo di tali diritti in seno all'ordinamento comunitario è stata l'alternativa rispetto all'adesione dell'Unione alla CEDU, possibilità, quest'ultima, esclusa dalla Corte

(56) N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali*, cit.

(57) G. RAIMONDI, *La Carta di Nizza*, cit.

(58) G. RAIMONDI, *op. ult. cit.*

(59) G. RAIMONDI, *op. ult. cit.*; F. POCAR, *Commento*, loc. cit.

(60) Secondo A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea. Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile (Firenze, 25 giugno 2001)*, Padova, 2002, 121, la Carta era già allora dotata di «pregnante 'forza giuridica' non riconducibile alle tradizionali categorie delle fonti»; per A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, cit., 195, la Carta era «una sorta di testo unico, a mezza strada tra il compilativo e l'innovativo»; in termini analoghi M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 32 ss.; G.G. FLORIDIA, *Nell'intenzion dell'artista, e agli occhi degli abitanti (Osservazioni sulla "Dichiarazione dei diritti" di Nizza)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2001, 166, riteneva che la Carta creasse una propria disciplina dei diritti, quantomeno novativa della preesistente. Sul punto, v. anche: R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *Introduzione*, in Eid. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna 2001, 12; A. MANZELLA, *Dopo Nizza: la Carta dei diritti "proclamata"*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano 2002, 242; G.U. RESCIGNO, *La Carta dei diritti come documento*, in M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino 2003, 18; P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Dir. un. eur.* 2005, 371 ss.; A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Giur. it.* 2005, 427 ss.; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.* 2006, 18 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova 2010, 140 ss..

di giustizia delle Comunità europee, con parere n. 2/94 del 28 marzo 1996 (61).

La Carta è stata oggetto di un vero e proprio «sdoganamento giurisprudenziale» ed è stata successivamente inserita nel Trattato per una Costituzione europea, mai entrato in vigore per via dell'esito negativo dei *referendum* francese ed olandese che ne impedirono la ratifica (62). Con l'approvazione del Trattato di Lisbona, il nuovo art. 6 del Trattato UE contiene un rinvio alla Carta dei diritti fondamentali, con la precisazione che essa «ha lo stesso valore giuridico dei trattati», superando definitivamente ogni questione in merito alla sua efficacia vincolante. La Carta dei diritti «viene ad assumere direttamente all'interno dell'ordinamento dell'Unione la veste di fonte di diritto primario» ed ogni sua violazione è da equiparare a quella dei Trattati (63).

La Corte costituzionale italiana, tuttavia, ha escluso che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, dato che suo presupposto di applicabilità è che «la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto» (64). Nell'affermare la diversa incidenza sull'ordinamento interno della CEDU e delle fonti comunitarie, la Corte costituzionale si è inserita nella tendenza, condivisa da altre istituzioni omologhe, a rivendicare a se stessa un ruolo privilegiato in ordine al controllo della tutela dei diritti fondamentali (65). La

(61) G. RAIMONDI, *op. ult. cit.*; il parere Corte CE 28 marzo 1996 n. 2/94 è pubblicato in, *Racc.*, 1996, I, 1759.

(62) L'espressione «sdoganamento giurisprudenziale» è di O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2008, 101; v. anche G. PISTORIO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'UE: effettività versus efficacia*, in G. BRONZINI, F. GUARIELLO, V. PICCONE (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Roma 2009, 163 ss.. In senso dubitativo circa la natura costituzionale del trattato, cfr. P. CARNEVALE, *La Costituzione europea come Costituzione*, in *Giur. it.* 2005, 1101 ss.; A. PACE, *Costituzione europea e autonomia contrattuale. Indicazioni e appunti*, in *Riv. dir. civ.* 2006, I, II, 1 ss.. Per un approfondimento sul fallimento del Trattato costituzionale v. P. PASSAGLIA, *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Due anni dopo*, in *Foro it.* 2007, V, 19 ss..

(63) D. CHINNI, *Una sentenza retrò. Ancora dubbi sulla forza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, nota a Trib. CE, sez. VI, 13 settembre 2010 n. 166, in *Giur. cost.*, 2011, I, 895 ss.; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.* 2008, 661; in senso dubitativo C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino 2010, 619; A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in *www.giustamm.it*; R. SESTINI, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla nota del Prof. Alfonso Celotto sulla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, *ibidem*. In giurisprudenza, v. anche Cons. Stato, ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11, in *Urb. app.*, 2009, 41 ss., con nota di L. TARANTINO, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale nel processo amministrativo*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 18 maggio 2010 n. 11984, in *www.giustamm.it*; Corte conti, sez. giur. Puglia, 20 giugno 2011 n. 672, in *www.astrid-online.it*.

(64) Corte cost. 25 gennaio 2011 n. 80, in *www.cortecostituzionale.it*.

(65) M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 569.

giurisprudenza della Corte di Cassazione si è, quindi, adeguata all'insegnamento della Consulta, ribadendo recentemente, in tema di indennizzi per espropriazione per pubblica utilità, che la diretta applicabilità della Carta è affermabile soltanto «nell'ambito di fattispecie disciplinate dal diritto europeo ed attinenti a materie di interesse comunitario» (66). Nel medesimo ordine d'idee, sempre la giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente precisato che «la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla luce della clausola di equivalenza sancita dall'art. 52, § 3, non ha determinato una trattattizzazione indiretta e piena della CEDU, la quale è predicabile solo per le ipotesi nelle quali la fattispecie sia disciplinata dal diritto europeo e non già da norme nazionali prive di alcun legame con esso» (67).

Fatte queste premesse sul valore della Carta di Nizza, ai sensi del suo art. 47, «ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo» ed ha, altresì, diritto «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge», oltre che «di farsi consigliare, difendere e rappresentare». Inoltre, «a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

Le garanzie in parola sono ampiamente corrispondenti a quelle consacrate nella CEDU e nelle costituzioni dei singoli Stati membri in tema di diritto a un giusto processo (68). Anzi, l'art. 47, comma 2, della Carta di Nizza riprende l'art. 6, par. 1, CEDU che è già direttamente applicabile negli ordinamenti interni degli Stati, visto che la pretesa al giusto processo ivi contenuta vale sia nei confronti delle autorità comunitarie sia riguardo a quelle nazionali (69). Questa esegesi è supportata dall'art. 52, comma 3, della Carta, a mente del quale, in caso di corrispondenza tra i diritti da essa riconosciuti e quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata dei primi «sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione» e dall'art. 53, che prevede il divieto di interpretare le disposizioni della Carta dei diritti dell'Unione europea come limitative o lesive dei diritti dell'uomo quali riconosciuti dalla CEDU (70).

Con la disposizione citata si attua, quindi, una vera e propria comunita-

(66) Cass. civ., sez. un., 20 giugno 2012 n. 10130, in *Ced cass civ.*, rv. 622864.

(67) Cass. civ., sez. un., 13 giugno 2012 n. 9595, in *Ced. cass. civ.*, rv. 623162.

(68) N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali*, cit.

(69) M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU*, cit.

(70) L'art. 53 della Carta di Nizza prevede che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri».

rizzazione della giustizia tramite la riconduzione all'ordinamento europeo di principi destinati a influire sul modo di essere della tutela giurisdizionale approntata da ciascun ordinamento nazionale per le posizioni giuridiche soggettive attribuite dal diritto dell'Unione (71).

Particolarmente importante è il riferimento al principio di effettività della tutela giurisdizionale, trattandosi, in sede comunitaria, dell'epilogo di un cammino iniziato con le sentenze *von Colson e Bozzetti*, ove la Corte di giustizia stabilì che, pur spettando «all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere controversie vertenti sui diritti scaturenti dall'ordinamento giuridico comunitario [...] gli Stati membri sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva di tali diritti» (72). Con la pronuncia *Johnston*, poi, la Corte statuí che la «tutela giurisdizionale effettiva» non è una formula di stile o un espediente di carattere retorico, bensì «espressione di un principio giuridico generale che trova ingresso e assume rilievo nell'ordinamento comunitario», in quanto «principio su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» e perché «diritto sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950» (73). A quest'ultimo riguardo, il fatto che la giurisprudenza della Corte, nell'affermare i predetti principi, si sia ispirata all'elaborazione della CEDU, ha indotto a ritenere che quest'ultima fosse stata «comunitarizzata» in via pretoria, anticipando la soluzione poi accolta con l'art. 47 della Carta di Nizza (74).

Mentre la CEDU costruisce il diritto alla tutela giurisdizionale prevalentemente come diritto a far valere in giudizio le proprie ragioni tramite un equo processo, che sia anche in grado di garantire un'adeguata forma di protezione della situazione azionata, la giurisprudenza comunitaria si è concentrata su quest'ultimo profilo (75). Oltre agli arresti della Corte di Giustizia, anche le altre istituzioni comunitarie sono intervenute con disposizioni in materia processuale, imponendo agli Stati non solo di garantire l'accesso a un giudice per le relative controversie, ma anche il tipo di tutela di cui devono munirle e i rimedi che devono offrire ai singoli a loro protezione. Il caso più significativo è quello delle c.d. «direttive ricorsi» in materia di appalti pubblici, le quali, sulla base

(71) N. TROCKER, *op. cit.*

(72) Cfr. Corte CE 10 aprile 1984, C-14/83, in *Racc.*, 1984, 1891 ss., 9 luglio 1985, C-179/84, in *Racc.*, 1985, 2301.

(73) V. Corte CE 15 maggio 1986, C-222/84, in *Racc.*, 1986, 1663 ss..

(74) M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 508, e soprattutto P. PIVA, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012.

(75) M. CHIAVARIO, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 153 ss.; R. SAPIENZA, *Il diritto ad un ricorso effettivo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2001, 277 ss..

dell'inesistenza, nell'ordinamento comunitario o in quelli domestici, di strumenti adeguati per garantire l'effettiva osservanza della normativa europea in materia, approntano un organico sistema di tutela (76). Un sistema informato all'esigenza di garantire ricorsi rapidi ed efficaci, tali da assicurare una tutela sia preventiva, mediante «provvedimenti provvisori presi con la massima sollecitudine e con procedure d'urgenza», sia successiva e in grado di assicurare, «eventualmente accanto o a seguito dell'annullamento dell'atto illegittimo, l'obbligo di risarcire i danni subiti da qualsiasi soggetto leso da una violazione del diritto comunitario o dalle norme nazionali che l'hanno recepito» (77).

Le soluzioni percorse in tema di appalti pubblici sollevano il problema della distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, che è sconosciuta all'ordinamento dell'Unione europea, in cui l'espressione «diritti» va intesa come comprensiva di tutte le posizioni giuridiche soggettive tutelate dal diritto comunitario (78). La Corte di Giustizia, infatti, non è mai entrata nel merito delle tecniche di tutela utilizzate nei singoli Stati, affermando che le norme comunitarie direttamente applicabili «obbligano le autorità e in particolare i giudici competenti degli Stati membri a proteggere gli interessi dei singoli contro eventuali violazioni di dette disposizioni, garantendo loro la tutela diretta ed immediata dei loro interessi, e ciò indipendentemente dal rapporto intercorrente, secondo il diritto nazionale, fra detti interessi e l'interesse pubblico a cui si riferisce la questione. Spetta all'ordinamento giuridico nazionale stabilire quale sia il giudice competente a garantire detta tutela e, a tal effetto, decidere come debba qualificarsi la posizione individuale in tal modo tutelata» (79). In definitiva, ciò che realmente rileva dal punto di vista del diritto comunitario è che sia in ogni caso garantita una tutela giurisdizionale adeguata ed effettiva a tutte le posizioni soggettive da esso tutelate, a prescindere dalla loro qualificazione secondo l'ordinamento domestico (80).

(76) Si tratta della direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989 e della direttiva 92/13/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1992. Sul punto, v. M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva CEE 89/665 alla legge "comunitaria" per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, V, 321 ss. e G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 831 ss..

(77) Il legislatore comunitario ha così costretto ad evolversi il sistema italiano di giustizia amministrativa, all'epoca ostile al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi; cfr. F. PATRONI GRIFFI, *L'interesse legittimo alla luce del diritto comunitario e dei paesi membri: quali prospettive?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 367 ss..

(78) N. TROCKER, *op. ult. cit.*; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002.

(79) Cfr. Corte CE 19 dicembre 1968, C-13/68, in *Racc.*, 1968, p. 615 e in *Foro it.*, 1969, IV, c. 156; 9 luglio 1985, C-179/84, cit.; 14 sett. 1997, C-316-96, in *Racc.* 1997, I, 7231. Questa giurisprudenza avvicina in termini pratici la portata del principio di effettività della tutela giurisdizionale a quello di equivalenza, sul quale si rinvia all'opera di L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

(80) N. TROCKER, *op. ult. cit.*

La Corte di Giustizia ha anche ripetutamente precisato le garanzie procedurali cui hanno diritto le parti, secondo il principio del giusto processo (81). In quest'ottica, può ricordarsi la giurisprudenza sulla ragionevole durata del processo, sia nei procedimenti della Commissione in tema di concorrenza e aiuti di Stato, sia nei giudizi innanzi agli organi comunitari di giustizia, sulla base di livelli di garanzia non inferiori a quelli assicurati dalla CEDU (82). Parimenti è a dirsi per il diritto alla difesa secondo il principio «*audiatur et altera pars*», che la giurisprudenza comunitaria ritiene operare sia nei procedimenti amministrativi che in quelli giudiziari (83). Anche in tema di prove processuali, sono incompatibili con il diritto comunitario tutte le modalità di prova o le ripartizioni del relativo onere «il cui effetto sia di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di un diritto» (84). La Corte ha pure avuto modo di affermare che il principio generale di diritto comunitario, in forza del quale ogni persona ha diritto a un processo equo, comporta il diritto di accedere a un tribunale indipendente, in particolare dal potere esecutivo (85). Il diritto a un giusto processo e l'effettività della tutela giurisdizionale sono stati ritenuti connessi anche al problema dei termini di prescrizione e decadenza. Al riguardo, secondo i giudici comunitari, pur avendo il legislatore nazionale facoltà di fissare scadenze temporali per le situazioni giuridiche soggettive, le relative previsioni non possono pregiudicarne la tutelabilità e devono riguardare periodi comunque adeguati al caso anche sotto il profilo della decorrenza (86). In tal senso, è stato pure affermato che il *dies a quo* va ricollegato non al momento in cui il diritto (o il potere di farlo valere) sorge ma a quello, eventualmente successivo, in cui il titolare è posto in grado di averne effettiva conoscenza, in base al principio «*contra non valentem agere non currit praescriptio*» (87).

In definitiva, l'Unione europea, grazie alla giurisprudenza pretoria della Corte di Giustizia, ha sempre più ampliato le proprie competenze alla tutela giurisdizionale dei diritti, materia tipicamente statale e non assunta originariamente ad obiettivo di integrazione (88). La Corte, infatti, è intervenuta sulla

(81) S. BALDI, *Processo comunitario e processo equo ex articolo 6 della CEDU. Giurisprudenza comunitaria sul diritto ad un processo equo*, in *Dir. comm. int.*, 1998, 463 ss..

(82) Cfr. Corte CE 11 dicembre 1973, C-120/73 (*Lorenz*), in *Racc.*, 1973, 1471, 17 dicembre 1998, C-185/95, (*Baustahlgewebe*), *ibidem*, 1998, I, 8417; in dottrina, v. P. PALLARO, *Il diritto all'equo processo nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. com. scam. int.*, 2000, 493 ss..

(83) Cfr. Corte CE 23 ottobre 1974, C-17/74, in *Racc.*, 1974, 1079, 13 febbraio 1979, C-85/76, *ibidem*, 1979, 511 ss..

(84) Cfr. Corte CE 9 novembre 1983, C-199/82, in *Racc.*, 1983, 3595, 3 febbraio 2000, C-228/98, *ibidem*, 2000, I, 577 ss..

(85) Corte CE 11 gennaio 2000, C-189/98, in *Racc.*, 2000, I, 1 ss..

(86) N. TROCKER, *op. ult. cit.*

(87) Corte CE 1° dicembre 1998, C-326/96, in *Racc.*, 1998, I, 7835 ss..

(88) N. TROCKER, *op. ult. cit.*

legislazione processuale domestica quando ne ha rilevato profili di criticità rispetto alle esigenze del diritto comunitario, elaborando principi generali desunti dalle tradizioni costituzionali e/o dalla CEDU. Questi canoni, qualificati come principi generali dell'ordinamento comunitario e muniti di un valore simile alle norme del Trattato, sono divenuti parametri di legittimità delle norme processuali nazionali applicate dai giudici statali in qualità di «organi comunitari decentrati» (89). Sebbene l'elaborazione pretoria abbia consentito, nell'immediato, di implementare detti principi in modo più semplice e immediato di quanto non sarebbe stato possibile mediante un esplicito riconoscimento normativo, una sistemazione pattizia della materia non era più differibile ed è ciò che è avvenuto con gli artt. 6 e 47 cit..

3. I principi di effettività e giusto processo nella Costituzione italiana e nel codice del processo amministrativo:

a) la Costituzione del 1948.

Nel solco della tradizione dello Stato di diritto e del principio di separazione dei poteri, già da prima della novella dell'art. 111 Cost. l'ordinamento nazionale si avvaleva di un potere giudiziario la cui indipendenza ed autonomia erano ampiamente garantite da una pluralità di norme non disponibili per il legislatore ordinario (90). Infatti, la Costituzione del 1948, pur non enunciando espressamente il principio del giusto processo, soddisfaceva ampiamente i requisiti minimi richiesti per la celebrazione di un processo giusto ed equo, prevedendo: l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge ed al giudice; la soggezione di quest'ultimo alla sola legge; l'indipendenza e l'autonomia del potere giudiziario; il diritto al giudice naturale precostituito per legge; il diritto di tutti ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi; l'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento; l'attribuzione ai non abbienti dei necessari mezzi per agire e per difendersi dinanzi a qualsiasi giurisdizione; il diritto alla pronuncia di provvedimenti giurisdizionali motivati; il diritto di ricorso straordinario in Cassazione per violazione di legge, nei confronti delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale (91). A tal proposito può ricordarsi la riflessione di P. CALAMANDREI per la quale lo scopo del processo è «il più alto che possa esservi nella vita: e si chiama giustizia», dovendo la sua conformazione ispirarsi al rispetto di basilari principi di civiltà giuridica quali l'imparzialità e la

(89) N. TROCKER, *op. ult. cit.*

(90) L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*

(91) I.A. ANDOLINA, G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile, Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1997, 3 ss.; I.A. ANDOLINA, *Il modello costituzionale del processo civile*, in *Genesis, Revista de direito processual civil*, 1997, 4, 142 ss.; L.P. COMOGLIO, *Sub art. 24*, in G. BRANCA, V. SCIALOJA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 1 ss..

terzietà del giudice, il contraddittorio e l'effettiva parità delle parti, la motivazione delle decisioni (92).

La rilevanza del principio del giusto processo nell'ordinamento italiano, quindi, non è nata con la l. cost. 23 novembre 1999 n. 2, essendo in precedenza ritenuto cogente, nei suoi portati applicativi, per la legittimità della disciplina di ogni tipo di processo giurisdizionale (93). La stessa espressione «giusto processo» si era affermata in dottrina in relazione ai contributi elaborati sulla portata dell'art. 6 CEDU (94). Ad esempio, con riferimento al diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, era nota l'insufficienza della mera possibilità di agire o difendersi, essendo necessario che poi il giudizio si svolgesse con tutte le garanzie utili a qualificarlo come *due process of law* (95). Il principio del *fair trial*, in particolare, era fatto derivare dall'art. 24 Cost. e alle altre norme (*i.e.* gli artt. 3, 25, 101-104, 107-108, 111-113) che si riferiscono al processo e gli fanno da corona (96).

La Costituzione del 1948 aveva, quindi, optato per una previsione analitica di specifiche garanzie del cittadino coinvolto in vicende processuali, senza tuttavia operarne un'enunciazione «concentrata e sintetica» (97). Proprio per questa scelta politica e normativa, l'attuale codificazione, al massimo livello delle fonti interne, del principio del *due process of law* lo rende in modo più efficace parametro di riferimento per possibili questioni di legittimità costituzionale, specialmente per quanto riguarda l'imparzialità del giudice e la ragionevole durata del giudizio (98).

Peraltro, a questa elevata considerazione dei contenuti sostanziali del prin-

(92) P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 282; ID., *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 46 ss., 121 ss., 145 ss.; N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, *ibidem*, 1989, 968.

(93) M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, cit.; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996 e ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1991.

(94) P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto processuale civile*, Padova, 1953, 16 ss.; M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e "due process of law clause"*, in *Giur. cost.*, 1961, 1284; V. ANDRIOLI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in *Temi rom.*, 1964, pp. 443 ss.; V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in A. PIZZORUSSO, M. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, II, 814 e 816; M. CHIAVARIO, "Cultura italiana" del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una "microstoria", in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, pp. 433, 436 ss.. Per una trattazione più completa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cfr.: M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001; A. BULTRINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive*, in *Corr. giur.*, 1999, 642 ss..

(95) M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa*, cit.

(96) E. COUTURE, *La garanzia costituzionale del "dovuto processo legale"*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, 81 ss.; V. VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile*, cit.; M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa*, cit.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1987, 287; G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e "giusto processo"*, in *Rass. parl.*, 1999, 539 ss..

(97) N. TROCKER, *op. ult. cit.*

(98) N. TROCKER, *op. ult. cit.*

cipio in esame, al di là della mancanza di una sua esplicita affermazione puntuale, faceva da contraltare la scarsa attenzione che la dottrina italiana di poco più risalente, cioè del periodo monarchico, riservava a un punto qualificante del giusto processo come il principio del contraddittorio. Al riguardo, esemplificativo era l'insegnamento di F. CARNELUTTI per il quale esso era «un mezzo del processo non un fine», con la conseguenza che «il difetto di contraddittorio può pregiudicare, ma non pregiudica in ogni caso, lo scopo del processo; il contraddittorio è uno strumento utile del processo, quando vi sono ragioni per contraddire, se non ve ne sono, è un ingombro» e ancora che «la mancanza effettiva di contraddittorio non sta punto in contrasto logico col fine del processo, perché l'attuazione della legge, attraverso una decisione giusta, può ottenersi anche senza la cooperazione delle parti» (99).

Contrariamente a ciò, l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del procedimento comporta la necessaria esistenza del contraddittorio, dal momento che, per aversi un «processo» in senso proprio, al percorso di formazione dell'atto finale devono partecipare anche i destinatari dei suoi effetti, della cui attività il giudice non può non tener conto (100). Peraltro, è da escludere che la pienezza di tutela dei diritti si abbia soltanto con le forme di contraddittorio operanti nel rito c.d. ordinario, potendo ben esservi più di una modalità di attuazione delle garanzie costituzionali del processo. Infatti, ai fini del rispetto del principio del contraddittorio, rileva che un procedimento promosso in forma sommaria non si esaurisca in sé ma accordi al resistente la facoltà di difendersi in una successiva fase, in cui la domanda iniziale è sottoposta alla piena cognizione del giudice e l'esecuzione provvisoria del provvedimento è suscettibile di sospensione o revoca (101). Sono dunque ammissibili i riti c.d. speciali, a condizione che siano sempre assicurati lo «scopo» e la «funzione» del principio del giusto processo, non dovendo il contraddittorio necessariamente svolgersi secondo forme e modalità tendenzialmente costanti e uniformi (102).

Pure il requisito della parità delle armi era già enucleabile in base agli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., poiché l'esigenza per cui ciascun contendente disponga degli stessi poteri processuali era ampiamente affermata dalla giurisprudenza convenzionale maturata sull'art. 6 CEDU, costituendo un aspetto insopprimibile della nozione di processo equo davanti ad un tribunale indipendente e imparziale (103). Sul punto, si ricorda la posizione di P. CALA-

(99) F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1933, 99, 168 ss..

(100) N. TROCKER, *op. ult. cit.*

(101) L.P. COMOGLIO, *Rapporti civili*, Art. 24-26, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 67-69.

(102) Corte cost. 1° ottobre 1997 n. 306, 8 maggio 1996 n. 148 e 13 aprile 1995 n. 119, in *Giur. cost.*, rispettivamente, 1997, 2875, 1996, 1437 e 1995, 947.

(103) C. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, 323 ss.; N. ZANON, *L'ordine della discussione davanti alla Corte di Cassazione, il diritto di difesa e le garanzie del "giusto processo"*, in *Giur. cost.*, 1999, 3125.

MANDREI, per il quale affinché un processo sia giusto, è indispensabile che, innanzi a un giudice imparziale, «vi siano due parti in contraddittorio, in modo che il giudice possa udire le ragioni di tutt'e due» e «che queste due parti si trovino tra loro in condizione di parità non meramente giuridica (che può voler dire meramente teorica), ma che vi sia tra esse un'effettiva parità pratica, che vuol dire parità tecnica ed anche economica» (104). Ciò in quanto, anche di fronte alla giustizia, c'è pericolo che «gravi sul meno abbiente quella maledizione che pesa su lui, ogni volta che gli ordinamenti democratici si limitano ad assicurargli, a lui come a tutti gli altri cittadini, le libertà politiche e civili: le quali troppe volte, quando gli mancano i mezzi economici indispensabili per valersi praticamente di quelle libertà, si risolvono [...] in una irrisione» (105). Nel sistema della CEDU, peraltro, il problema dell'effettività del diritto di difesa è correlato all'art. 6 che, come visto, garantisce la possibilità di esercizio reale ed effettivo, e non meramente astratto ed illusorio, del diritto di azione e di difesa (106).

Senonché, era stata rilevata la difficoltà di accostare il prototipo italiano di giusto processo a quello internazionale in ragione della mancanza di un'equivalente analiticità, completezza e concentrazione di contenuti garantistici, non essendovi prescrizioni esplicite su molti suoi aspetti concreti qualificanti (107). Sulla laconicità della Carta fondamentale, peraltro, in senso contrario a queste riflessioni era stato osservato che «la normazione costituzionale dovrebbe guardarsi dal porre discipline dettagliate che sono incapaci di esaurire le valenze delle norme espressive di principi, e sono, invece, idonee a limitarle nell'immediato e a comprimerle nel medio-lungo periodo» (108).

Anche la giurisprudenza costituzionale anteriore alla riforma del 1999 si era richiamata alla nozione di giusto processo, affermandone la natura di principio costituzionale, poiché la garanzia di un processo equo è «esigenza suprema che non si risolve in affari di singoli, ma assurge a compito fondamentale di una giurisdizione che non intenda abdicare alla primaria funzione di *dicere ius* di cui i diritti di agire e di resistere nel processo [...] rappresentano soltanto i veicoli necessari in non diversa guisa delle norme disciplinatrici della titolarità e dell'esercizio della potestà dei giudici» (109). Dando atto delle due anime del *due process of law*, attenendo esso alla posizione e alle funzioni del giudice e ai diritti delle parti, la Consulta è arrivata a definirlo come concetto «in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo

(104) P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, cit., 145 ss..

(105) P. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*...

(106) M. CHIAVARIO, "Cultura italiana" cit., 443 e 447.

(107) L.P. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 713 ss., 735.

(108) G. FERRARA, *Garanzie processuali*, cit..

e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio» (110).

L'approccio maggiormente seguito dalla giurisprudenza, non solo costituzionale, è stato perlopiù ancorato al solo dato interno delle varie norme sulla giurisdizione contenute in ordine sparso nella Carta fondamentale, omettendo quasi del tutto i riferimenti a un modello internazionale di giusto processo (111). Le pronunce della Corte Costituzionale si sono soffermate sulle principali proiezioni applicative del principio in esame, prima tra tutte l'imparzialità del giudice, che «ha pieno valore costituzionale con riferimento a tutti i tipi di processo» (112). È questo un aspetto che non compare espressamente nel testo originario della Costituzione, ma che fa parte di quel carattere di terzietà che connota la funzione giurisdizionale e la posizione del giudice distinguendola da tutti gli altri poteri pubblici e condizionando l'effettività del diritto di azione e difesa in giudizio (113). In tal senso, nell'ambito del giusto processo «voluto dalla Costituzione», in assenza d'imparzialità del giudice «le regole e le garanzie processuali si svuoterebbero di significato» (114).

L'imparzialità, in particolare, richiede che la funzione del giudice sia assegnata a un soggetto terzo, non solo scevro da interessi propri che possano ostacolare la rigorosa applicazione del diritto al caso di specie, ma anche sgombro da convinzioni precostituite sul *thema decidendum*, formatesi nelle precedenti fasi del giudizio (115). Sino alla novella del 1999, la Costituzione non enunciava espressamente il principio dell'imparzialità del giudice, invece affermato per la pubblica amministrazione, volendosi garantire l'autonomia e

(109) Corte cost. 12 dicembre 1984 n. 282, in *Giur. cost.*, 1984, I, 2123. V. anche Corte cost. 13 febbraio 1985 n. 41, in *Giur. cost.*, 1985, I, 172, 27 giugno 1986 n. 156, *ibidem*, 1986, I, 1085, 18 febbraio 1988 n. 189, *ibidem*, 1988, I, 720, 29 aprile 1993 n. 201, *ibidem*, 1993, 1375, 24 aprile 1996 n. 131, *ibidem*, 1996, 1139, 2 novembre 1996 n. 371, *ibidem*, 3386, 21 marzo 1997 n. 66, *ibidem*, 1997, 696, 1° ottobre 1997 nn. 306 e 307, *ibidem*, 2875 e 2888, 18 luglio 1998 n. 290, *ibidem*, 1998, 2227, 30 marzo 1999 nn. 105 e 106, *ibidem*, 1999, 942 e 945, 18 maggio 1999 n. 178, *ibidem*, 1747, 17 giugno 1999 n. 241, *ibidem*, 2132, 20 aprile 2000 n. 113, *ibidem*, 2000, 1009.

(110) Corte cost. 24 aprile 1996 n. 131 cit.

(111) Corte cost. 22 ottobre 1999 n. 388, in *Giur. cost.*, 1999, 2991, 19 giugno 1998 n. 213, *ibidem*, 1998, 2355, 31 maggio 1996 n. 177, in *Foro it.*, 1996, I, 2268, 20 maggio 1996 n. 155, *ibidem*, 1996, I, 1898, 24 aprile 1996, n. 131, in *Giur. cost.*, 1996, 1139, 15 settembre 1995 n. 432, *ibidem*, 1995, 3371, 24 febbraio 1992, n. 62, *ibidem*, 1992, 337, 28 ottobre 1987 n. 345, in *Giur. cost.*, 1987, 2652 ss., 22 dicembre 1980 n. 188, in *Foro it.*, 1981, 319 ss.. In dottrina cfr. N. TONOLLI, *Il principio della parità delle armi nell'equo processo e la regola "nemo in propria causa testis esse debet"*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, 323 ss.; G. SPANGHER, *Rapporti tra processo penale e carta costituzionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 49; D. ALBERGHINI, *A proposito di convenzioni internazionali e parametri di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1999, 339 ss.; A. BULTRINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive*, in *Corr. giur.*, 1999, 642 e 648.

(112) Corte cost. 7 novembre 1997 n. 326, in *Giur. cost.*, 1997, 2477.

(113) Corte cost. 24 aprile 1996 n. 131 cit., 22 ottobre 1997 n. 311, in *Giur. cost.*, 1997, 2922.

(114) Corte cost. 20 maggio 1996 n. 155, in *Giur. cost.*, 1996, 1464, Corte cost. 22 ottobre 1997 cit.

(115) M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, V, 2001, 595 ss.

l'indipendenza della magistratura e dei singoli magistrati rispetto ai condizionamenti degli altri poteri dello Stato (116). In generale, l'imparzialità del giudice non dipende dall'intensità dei suoi poteri ma ne modera in concreto l'esercizio, con la conseguenza che la riformulazione dell'art. 111 Cost. non comporta una preferenza per il modello processuale dispositivo, di stampo anglosassone, rispetto a quello inquisitorio, proprio delle esperienze continentali (117). In materia di imparzialità, la giurisprudenza costituzionale si è espressa anche sul pericolo di una sua lesione derivante da situazioni di possibile «ripetitività decisoria» (118). Infatti, in campo civile, l'incompatibilità endoprocessuale è stata dapprima limitata alla sola «presistenza di valutazioni che cadono pressoché sulla medesima *res iudicanda*» o più esattamente, alla «duplicazione di giudizi della medesima natura presso lo stesso giudice» (119). Soltanto successivamente è stato chiarito che la nozione di «altro grado» di giudizio ha un significato più ampio di quello di «grado superiore» del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari, operando l'art. 51 n. 4 cod. proc. civ. anche là dove la nuova cognizione sul medesimo tema si svolge in una nuova fase di opposizione, pur all'interno del medesimo grado latamente considerato (120). Sul medesimo argomento, la Corte di Strasburgo ha stabilito che «il semplice cumulo in capo al medesimo giudice, persona fisica, della competenza a pronunciare provvedimenti provvisori e di merito non è di per sé solo capace di causare la parzialità dello stesso. Minaccia all'imparzialità con possibile violazione dell'art. 6, § 1, CEDU si ha solo se i concreti provvedimenti presi nel corso della fase precedente e il concreto ambito della cognizione precedente pregiudicano la capacità del giudice di esprimere un nuovo giudizio distaccato, libero dai condizionamenti della forza della prevenzione» (12). «Terzietà» e «imparzialità» sono, in definitiva, due caratteristiche complementari e inscindibili che del giudice descrivono sia il profilo ordinamentale, di equidistanza dalle parti, sia quello psicologico di assenza di pregiudizi e condizionamenti tali da influire sul suo libero convincimento.

Con riferimento al contraddittorio, già prima della l. cost. n. 2 cit. la Corte Costituzionale aveva riconosciuto che tra i contenuti del giusto processo rientrano l'effettività di un «contraddittorio equilibrato» e la «parità delle armi tra accusa e difesa» (122). Il contraddittorio di cui all'art. 111,

(116) N. TROCKER, *op. ult. cit.*.

(117) N. TROCKER, *op. ult. cit.*.

(118) Corte cost. 15 settembre 1995 n. 432, 24 aprile 1996 n. 131, 20 maggio 1996 n. 155, tutte in www.cortecostituzionale.it.

(119) Corte cost. 7 novembre 1997 n. 326, in *Giur. it.*, I, 411, con nota di C. CONSOLO, *Il giudice civile cautelare non diviene in via generale incompatibile a statuire nel merito secondo la Consulta*; Corte cost. 21 ottobre 1998, n. 359, in *Foro it.*, 1998, I, 3033.

(120) Corte cost. 15 ottobre 1999 n. 387, in www.cortecostituzionale.it.

(121) CEDU 24 maggio 1989 (*Hauschildt*), in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 456.

(122) Corte cost. 18 dicembre 1997 (ord.za) n. 421, in *Giur. cost.*, 1997, 3806.

comma 2, Cost. non si riferisce, tuttavia, alla sola formazione della prova, come il successivo comma 4 per il processo penale, ma all'intervento dialettico delle parti nel corso del giudizio, che può ben realizzarsi anche su prove già costituite e prodotte (123). Si tratta, cioè, del noto e risalente principio «*audiatur et altera pars*», in base al quale un provvedimento giurisdizionale non può assumere definitività senza che la parte destinata a subirne gli effetti sia stata posta in condizioni di far valere le proprie ragioni (124). Il che non implica affatto la contestualità del confronto tra le parti, potendo il contraddittorio dei processi non penali realizzarsi in un qualunque momento del giudizio, purché prima che la decisione diventi definitiva e sempre che alla parte passiva sia assicurata la piena ed eguale possibilità di incidere sul convincimento finale del giudice (125).

(segue) *b) la legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2.*

L'idea di inserire esplicitamente il principio in esame in Costituzione è stata avanzata per la prima volta nell'art. 130 del progetto di legge costituzionale approvato il 4 novembre 1997 dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, in stretta connessione con il principio di unicità della giurisdizione e con la riserva assoluta di legge statale (126). Tuttavia, il consenso politico necessario ad attuarla si è formato solo dopo la pronuncia della sentenza della Corte Costituzionale 2 novembre 1998 n. 361, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 513 cod. proc. pen., nel testo introdotto dalla l. 7 agosto 1997 n. 267, in tema d'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dai coimputati durante le indagini preliminari (127). La Consulta, in particolare, ha aderito a una concezione riduttiva del contraddittorio, inteso in senso meramente formale ed esperibile anche su prove già costituite, almeno nei loro elementi essenziali, anziché in vista della loro formazione, come sarebbe stato richiesto dal modello accusatorio di processo scelto con il codice di rito penale del 1988 (128). Secondo la dottrina più critica, si finiva così per sostituire al contraddittorio il «metodo di formazione dialettica della prova», in base al quale l'accusato può semplicemente confutare, a posteriori e senza un confronto diretto,

(123) P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 78 ss..

(124) M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, cit.; N. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 673 ss..

(125) M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*

(126) M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*

(127) In particolare, la decisione aveva affermato la possibilità di utilizzare gli elementi di prova raccolti in fase pre-dibattimentale in nome del principio di «non dispersione della prova» funzionale alla «ricerca della verità», che è «fine primario e ineludibile del processo penale». La sentenza si inserisce in un orientamento più ampio di cui sono parte anche Corte cost. 31 gennaio 1992 n. 24, in *Giur. cost.*, 1992, 114, 3 giugno 1992 nn. 254 e 255, *ibidem*, 1932 e 1961, 24 febbraio 1995 n. 60, *ibidem*, 1995, 508, 25 luglio 1995 n. 381, *ibidem*, 2778.

(128) S. FOIS, *Il modello costituzionale del "giusto processo"*, in *Rass. parl.*, 2000, 586 ss..

dichiarazioni a carico già acquisite al processo prima del dibattimento (129). Era questa una visione assai diversa da quella che si stava consolidando in Parlamento, fondata su una più rigorosa interpretazione delle garanzie costituzionali in tema di giusto processo già esistenti, tale da indurre con urgenza a un'integrazione della Costituzione che la affermasse definitivamente anche nei confronti della giurisprudenza della Corte (130).

Ebbene, il nuovo art. 111, commi 1 e 2, Cost., nel testo introdotto dalla l. cost. n. 2 cit., afferma che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata». La riserva di legge così fissata è da intendere riferita all'intera disciplina dello svolgimento di tutti i processi giurisdizionali e pone limiti di contenuto e di merito al legislatore ordinario (131). Si tratta, in particolare, di una riserva assoluta, compatibile con il potere regolamentare governativo soltanto in termini di stretta esecuzione (132). Essa non manifesta la propria forza limitatrice soltanto nei confronti del potere legislativo ma vale anche nei confronti della discrezionalità del giudice nel configurare il modello processuale, precludendo che «la forma e i termini (cioè i poteri delle parti e del giudice) attraverso cui realizzare i poteri di domanda, eccezione, ecc., i poteri istruttori, il potere di difesa scritta e orale» siano tutti rimessi quanto a modalità e tempi alla discrezionalità del magistrato (133). Al legislatore spetta, quindi, bilanciare l'esigenza di predeterminazione legale della disciplina processuale con quella di flessibilità che è parimenti indispensabile per la miglior tutela giurisdizionale (134).

Per la sola giurisdizione penale, i successivi commi 3-5, sempre inseriti dalla l. cost. n. 2 cit., dispongono che «nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della

(129) M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*; G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e "giusto processo"*, in *Rass. parl.*, 1999, 539 ss..

(130) M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*

(131) M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*

(132) M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*

(133) A. PROTO PISANI, *Relazione*, cit., 320.

(134) M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*

prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita».

L'utilizzo dell'aggettivo «giusto», da parte del nuovo art. 111 Cost., esplicita ancor più l'adesione dell'ordinamento repubblicano ai prima illustrati valori di stampo etico e politico, come conformati a livello internazionale e posti «al di sopra della legge scritta, ricavati dalla natura e dalla ragione secondo i moduli del giusnaturalismo» (135). Tuttavia, essendo nata all'insegna dell'urgenza, la novella del 1999 non ha compiutamente introdotto nella Carta fondamentale tutti i corollari applicativi del modello internazionale di giusto processo, ma solo quelli ritenuti politicamente più indifferibili e condivisi, con un'attenzione assai marcata sul processo penale: la pubblicità del procedimento e della pronuncia delle sentenze, infatti, continuano a non figurare in termini espliciti, come pure lacunosi sono gli strumenti per garantire la ragionevole durata dei processi, come anche le garanzie contro le auto-incriminazioni e i diritti delle vittime dei reati (136).

In ogni modo, il nuovo art. 111 Cost. conferisce esplicito fondamento normativo a un principio che sino allora era soltanto desumibile dal quadro dei valori costituzionali, pur essendo codificato dall'art. 6 CEDU tra i diritti minimi che spettano a chiunque sia interessato alla risoluzione di una controversia civile, oppure sia gravato da un'accusa di natura penale (137). Dalla lettura dell'art. 111 cit. emerge che gli elementi che concorrono a definire la «giustizia» di ogni processo sono non solo il contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, la terzietà e l'imparzialità del giudice, la ragionevole durata, ma anche le preesistenti garanzie dell'obbligo di motivazione delle decisioni giurisdizionali e la possibilità di impugnare sentenze e provvedimenti sulla libertà personale almeno con il ricorso in cassazione per violazione di

(135) E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1-2, 93 ss., il quale scorge un lessico giusnaturalista anche negli artt. 13, 24 e 25 Cost.; L.P. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Scritti in onore di Vittorio Denti*, Padova, 1994, I, 297 ss.. Esprimono scetticismo sulla portata della riforma costituzionale: P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005; G. UBERTIS, *Giusto processo (Diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, 1, Milano 2008, 419 ss.; S. LA CHINA, *Giusto processo, laboriosa utopia*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1111 ss.; L.P. COMOGLIO, *Il giusto processo nella dimensione comparatistica*, *ibidem*, 2002, 702 ss.; S. CHIARLONI, *Giusto processo (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, 403 ss..

(136) M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*

(137) N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 2, 381 ss.; C. MORETTI, *L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 1101 ss..

legge (138). È appena il caso di osservare che l'introduzione del principio del giusto processo attiene al modo in cui deve disciplinarsi l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del legislatore ordinario e non muta «il concetto di funzione giurisdizionale, da intendersi come veicolo per il concretarsi dell'ordinamento giuridico rispetto alla fattispecie della lite» (139).

Il legislatore costituzionale ha inteso concentrare l'attenzione non solo sul processo (che, in sé e per sé considerato, è uno strumento neutro, non qualificabile come giusto o in giusto) ma sul suo risultato decisorio finale, che non può prescindere dai basilari principi di civiltà giuridica, quali la terzietà del giudice, il contraddittorio e la motivazione dei provvedimenti (140). Pertanto, «giusto» non è il processo astrattamente regolare nelle sue forme ma quello che sostanzialmente rispetta i valori consacrati nelle norme costituzionali e che, per questo, si svolge davanti ad un giudice imparziale, nel contraddittorio di tutti gli interessati e in un tempo ragionevole (141). La nozione di giusto processo, dunque, più che alludere alla sola correttezza e lealtà sul piano procedurale, si riferisce soprattutto alla capacità di raggiungere «risultati credibili nel senso della tempestività e dell'efficacia» (142). In tal senso, il principio di effettività costituisce un sinolo indissolubile con quello del giusto processo.

Com'è noto, il principio del giusto processo non ha un contenuto sintetizzabile in un unico precetto ma si esprime in una pluralità di corollari applicativi, taluni dei quali denominati «strutturali» o di equità, riguardanti il giudice e le parti, altri definiti «funzionali» o di efficienza, quali la generalità, completezza e pienezza della tutela, nonché la ragionevole durata (143). In particolare, il nuovo art. 111 Cost. coinvolge più aspetti, come l'indipendenza, l'imparzialità e la terzietà del giudice, il contraddittorio e la parità delle parti, l'obbligo di collaborazione processuale, il diritto alla prova e i tempi del giudizio, la presunzione d'innocenza, il diritto di difesa e il principio del giudice naturale (144).

Nonostante la duplice rilevanza del principio del giusto processo, interna

(138) G. VERDE, *Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 307; E. PICOZZA, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 1071 e 1075.

(139) Cass. civ., sez. un., 15 luglio 2003 n. 11091, in *Giur. it.*, 2004, I, 634.

(140) N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit.; L.P. COMOGLIO, *Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto)*, *ibidem*, 1998, 899; P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 122, 125, 128 ss..

(141) N. TROCKER, *op. ult. cit.*

(142) N. TROCKER, *op. ult. cit.*

(143) E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2009, 119 ss.; F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in ID. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 141 ss..

(144) E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial*, cit. Accolgono la concezione «monistica» anche P. STEIN e J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981, 114 e ss.; *contra* V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, 437; E. MARZADURI, *Commento alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2*, in *Leg. pen.*, 2000, 773; A. NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, 1542.

e internazionale, non ci pare condivisibile distinguere sul punto garanzie oggettive e soggettive, quasi che il medesimo principio, quando affermato in sede pattizia, fosse un diritto del singolo, mentre quello azionato avanti alla giurisdizione domestica riflettesse «un'esigenza oggettiva di attuazione della Costituzione» (145). A tal riguardo, non può che rifuggirsi dalla tentazione di tramutare il giusto processo da inalienabile garanzia del singolo a oggetto di un potere statale preposto al sereno ed efficiente espletamento della funzione giurisdizionale, pur non essendo dubitabile che tale componente sia comunque presente in esso (146). Infatti, ogni garanzia processuale, per quanto abbia senz'altro riflessi sull'organizzazione della giustizia e sull'esercizio della funzione sovrana di dichiarare il diritto nei casi controversi, resta essenzialmente un limite imposto al potere coercitivo dello Stato che, in quanto tale, è intestato solo e soltanto all'individuo che ne invoca la tutela.

Rispetto alle acquisizioni già maturate in epoca antecedente la riforma, la disposizione più innovativa è l'enunciazione del principio di tempestività della tutela giurisdizionale (147). La giurisprudenza costituzionale anteriore aveva già puntualizzato che il diritto ad agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi implica una ragionevole durata del processo, affinché la decisione giurisdizionale assicuri un'efficace protezione e la realizzazione della giustizia; mancava, tuttavia, un'espressa formalizzazione del principio (148). La ragionevole durata del processo è stata intesa come rivolta al legislatore e non al cittadino che, quindi, non ha una posizione giuridica direttamente azionabile a tutela del proprio interesse a una rapida definizione delle controversie che lo vedono coinvolto (149). In altri termini, l'art. 111, comma 3, Cost. non stabilisce che ogni processo debba svolgersi in tempi ragionevoli né che ciascuno abbia diritto a un processo di durata ragionevole, come invece fa l'art. 6 CEDU, limitandosi ad affidare al legislatore ordinario il compito di assicurarla. Ciò significa che l'efficienza della giustizia non è un valore assoluto ma da contemperare con le garanzie del contraddittorio tra le parti in condizioni di parità (150). Ciò si traduce in un'efficacia normativa ridotta del

(145) M. CHIAVARIO, *Appunti sul processo penale*, Torino, 2000, 12.

(146) E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial*, cit. Sul punto, v. anche P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1390; V. GREVI, *op. cit.*, 436; E. MARZADURI, *op. cit.*, 771. Più in generale, v. M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991.

(147) Per quanto attiene alle esperienze straniere, l'art. 24, comma 2, della Costituzione del Regno di Spagna del 27 dicembre 1978 stabilisce che tutti hanno diritto ad un processo «senza dilazioni indebite»; il VI emendamento alla Costituzione federale degli Stati Uniti d'America del 17 settembre 1787 afferma che, almeno nel processo penale, l'accusato abbia il diritto ad essere giudicato sollecitamente.

(148) Corte cost. 22 ottobre 1999 n. 388, in *Giur. cost.*, 1999, 2991.

(149) N. TROCKER, *op. ult. cit.*.

(150) M. CECCHETTI, *op. cit.*; N. TROCKER, *Il valore costituzionale*, cit., 47 ss.; A. PROTO PISANI, *Relazione conclusiva*, in M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile. Atti del Convegno dell'Elba*, 9-10 giugno 2000, 324 ss..

nuovo dispositivo costituzionale che, ove non ritenuto una mera norma programmatica, può fungere da parametro di legittimità costituzionale soltanto per norme «che prevedano tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all'altro, formalità superflue non giustificate né da esigenze repressive né da garanzie difensive» (151). È appena il caso di ricordare che il principio in esame ha trovato accoglimento anche in sede comunitaria, ove la pronta definizione delle liti è ritenuta una delle basi delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, oltre che diritto sancito dalla CEDU (152).

Anche il giudizio di cassazione, pur preesistendo alla novella del 1999, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., rientra nel nucleo essenziale del giusto processo regolato dalla legge, essendo il rimedio «costituzionalmente imposto» avverso le sentenze e i provvedimenti limitativi della libertà personale per vagliarne la legalità (153). L'art. 111, comma 7, Cost. «rappresenta un *unicum* nel quadro europeo» e «condiziona fortemente l'attuazione di riforme in linea con quelle realizzate in altri Paesi» (154).

Si tratta, in particolare, di una garanzia soggettiva a supporto dell'effettività della tutela giurisdizionale ma anche di una norma di chiusura del sistema delle impugnazioni, nel senso che la definitività dei provvedimenti giudiziari a contenuto decisorio, anche differenti da una sentenza, richiede che contro di essi sia ammissibile almeno il ricorso in Cassazione (155). Tuttavia, il ricorso per cassazione, notoriamente, non è soltanto una garanzia dell'individuo ma anche uno strumento per garantire l'unità dell'ordinamento giuridico: «in Cassazione non si va per difendere soltanto l'interesse del litigante, quello che gli antichi giuristi chiamavano *ius litigatoris*, ma altresì per difendere lo *ius constitutionis*, che è appunto l'interesse pubblico alla difesa del diritto e della sua unità, messa in pericolo dalla pluralità delle interpretazioni disformi e aberranti, le quali sono contagiose anche per l'avvenire» (156). In ogni modo, le eventuali esigenze organizzative e funzionali di quello che, pur sempre, è un organo dello Stato, tese a semplificare o a «filtrare» la mole di ricorsi proposti, non possono prevalere sulla garanzia del cittadino ad attivare

(151) P. FERRUA, *op. ult. cit.*.

(152) Corte CE 17 dicembre 1998, C-185/95, in *Racc.*, I, 8417.

(153) Corte cost. 9 luglio 2009 n. 207, in *Giur. it.*, 2010, 3, con nota di A. CARRATTA; ID, *Il "filtro" al ricorso in cassazione fra dubbi di legittimità costituzionale e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, 1563 ss..

(154) V. DENTI, *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione*, in *Foro it.*, 1987, V, 228.

(155) V. DENTI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., 229.

(156) AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, 1970, V, 4141 ss.; G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Bologna, 1979, 620 ss.; V. DENTI, *Calamandrei e la costituente: il progetto e il dibattito sul potere giudiziario*, in *Sistemi e riforme. Studi sulla giustizia civile*, Bologna, 1999, 111 ss.; A. PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, I, 289 ss..

il controllo di legalità di ultima istanza sull'esercizio della funzione giurisdizionale (157). Ciò implica l'impossibilità per il legislatore ordinario di limitare l'accesso al giudizio di legittimità, anche se al fine di consentire alla Corte di cassazione di adempiere in modo migliore la propria funzione nomofilattica.

In altri termini, la funzione nomofilattica del giudizio di cassazione, pur innegabilmente presente, è comunque collocata in secondo piano rispetto al diritto delle parti al controllo di legittimità della Corte sull'operato dei giudici di merito (158). Non condivisibile, quindi, è l'idea per cui il diritto al ricorso per cassazione dovrebbe conciliarsi con il principio della ragionevole durata del processo, mediante la previsione di «filtri» all'accesso al giudizio di legittimità (159). Infatti, così opinando, si finisce col sacrificare uno degli aspetti più importanti del giusto processo, che non può recedere di fronte alla considerazione dei tempi della giustizia (160).

Del resto, nella propria giurisprudenza, la Corte Costituzionale ha sempre assicurato l'effettività del giudizio di legittimità, avendo le parti il diritto al processo in cassazione, rispetto alla cui funzione non è ammissibile alcuna norma che lo restringa, sia pur a tutela di altre esigenze (161). Il legislatore ordinario, infatti, non può «disporre delle funzioni costituzionalmente riservate alla Corte di Cassazione» (162).

(segue) *c) gli articoli 1 e 2 del codice del processo amministrativo.*

Anche la giurisdizione amministrativa si attua attraverso un giusto processo regolato dalla legge e che sia in grado di assicurare una tutela «effettiva» al bene giuridico oggetto del giudizio (163). In particolare, come afferma l'art.

(157) A. CARRATTA, nota a Corte cost. 9 luglio n. 207, in *Giur. it.*, 2010, 3.

(158) Cfr. A. CARRATTA, nota a Corte cost. 9 luglio 2009 n. 207, cit.

(159) A. PROTO PISANI, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in *Foro it.*, 2009, par. 5, per il quale «in tanto ha senso che la nostra costituzione abbia costituzionalizzato il ricorso per cassazione per violazione di legge, in quanto abbia ritenuto che il ricorso per cassazione per violazione di legge fosse funzionale alla attuazione del principio di eguaglianza: e, lo si è visto, il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge può essere assicurato solo ove si introduca un idoneo filtro all'accesso in cassazione».

(160) Cfr. A. CARRATTA, *op. ult. cit.*; Corte cost. 25 ottobre 2000 n. 439 (ord.za) in *Foro It.*, 2000, I, 40, 9 febbraio 2001 n. 32 (ord.za), in *Giur. Cost.*, 2001, 120; Cass. civ., sez. un., 3 novembre 2008, n. 26373, in *Giur. It.*, 2009, 668.

(161) Corte cost. 15 gennaio 1970 n. 1, 5 luglio 1971 n. 173, 13 gennaio 1972 n. 29, 28 luglio 2000 n. 395, in www.cortecostituzionale.it.

(162) Corte cost. 10 maggio 1982, n. 86, in *Foro it.*, 1982, I, 1518 ss..

(163) E. PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010; ID., *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012; G. LEONE, L. MARUOTTI, C. SALTELLI, *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010; R. CARANTA, M. ANDREIS, *Il nuovo processo amministrativo. Commentario sistematico*, Bologna, 2011; A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011; M. SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011; F. FRENI, P. CLARIZIA (a cura di), *Il processo amministrativo nella giurisprudenza*, Milano, 2012; L. IEVA, *Riflessioni sul principio costituzionale del "giusto processo" applicato al giudizio amministrativo*, in *Riv. amm.*, 2002, 4, I, 311 ss..

111 Cost., anche la giurisdizione amministrativa deve attuarsi mediante il principio del giusto processo regolato dalla legge (164). Un traguardo, questo, particolarmente impegnativo, ove si rifletta sul fatto che il processo amministrativo, sin dalla sua introduzione, è stato impostato come una *vocatio iudicis* di tipo impugnatorio, in cui il principio del contraddittorio e la sua parità erano ritenuti, in qualche modo, secondari (165).

L'idea di «giusto processo amministrativo» è stata forgiata dalla dottrina tedesca e, in particolare, dall'elaborazione di W. JELLINEK che, nel secondo dopoguerra, perorò l'istituzione di un giudice specializzato che realizzasse il principio, di matrice anglosassone, del *due process of law* in modo da garantire il soddisfacimento delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione (166). Quest'idea ha così ispirato la stesura dell'art. 19 della *Grundgesetz* ed il riconoscimento di un simile processo come un diritto fondamentale del cittadino, organicamente disciplinato dalla *Verwaltungsgerichtsordnung* del 21 gennaio 1960. Il giusto processo amministrativo è, poi, entrato anche nella CEDU e nel diritto comunitario, diffondendosi in tutti gli Stati membri (167).

In particolare, nell'ordinamento italiano, la volontà di applicare il giusto processo amministrativo in tutti i suoi corollari applicativi non è nata con il codice del 2010 ma, in epoca antecedente, ha sollevato una serie di questioni che attengono alla sempiterna tensione verso la garanzia di una tutela equipollente ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi (168). Ed infatti il processo amministrativo è stato sempre agitato da una pluralità di questioni eterogenee ricollegabili al tema del giusto processo, tra le quali, a titolo esemplificativo, possono ricordarsi l'individuazione dei destinatari della notifica del ricorso introduttivo, la disciplina dei termini processuali e dei mezzi di prova, l'ammissibilità dell'intervento autonomo dei terzi, la proponibilità della domanda riconvenzionale e, soprattutto, l'estensione della tutela cautelare (169). Più in generale, una volta instaurato il rapporto processuale, la posizione dell'amministrazione dovrebbe essere perfettamente speculare a quella del ricorrente; essa dovrebbe, cioè, limitarsi a poter adottare i soli provvedimenti correttivi e satisfattivi della pretesa del privato, che facciano così cessare la materia del contendere, laddove essa, in realtà, dispone di ben più ampie possibilità di intervenire sull'atto o fatto controverso (170).

(164) E. PICOZZA (a cura di), *Codice*, cit., sub artt. 1 e 2, 1 ss..

(165) E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., 19.

(166) W. JELLINEK, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen zone*, in *Deutsche Rechtszeitschrift (DRZ)*, 1948, 269 ss..

(167) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2007, 70. Per una più ampia prospettiva comparatistica, si rinvia a D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009.

(168) S. TARULLO, *op. cit.*, 66.

(169) Così S. TARULLO, *op. loc. cit.*

(170) L. IEVA, *op. loc. cit.*

In conseguenza di tutto quanto sopra, in passato, la distanza del giudizio concretamente celebrato innanzi agli organi di giustizia amministrativa dall'archetipo del giusto processo è stata a dir poco abissale, essendo stato correttamente osservato che «il contraddittorio è formale; la condizione di parità con l'amministrazione è presunta, ma non reale; il giudice non è terzo, ma si sente investito dello stesso compito dell'amministrazione di realizzare, a discapito della legalità, l'interesse pubblico; i processi amministrativi non hanno per definizione una durata ragionevole e la fase cautelare assume un carattere sostanziale e unico in termini di tutela» (171). Persino il regime generale dei termini processuali ha ostacolato la piena garanzia del contraddittorio, dato che quello di costituzione in giudizio dell'amministrazione è sempre stato interpretato come ordinatorio e non perentorio e che la mancanza dell'istituto delle «note di replica» ha lungamente consentito alla parte pubblica di sottrarsi a una reale parità delle armi (172).

Con il codice, la «giustizia» amministrativa è definitivamente divenuta «giurisdizione», liberandosi di quell'immagine propria della legislazione post-unitaria, in cui questa peculiare magistratura neppure poteva definirsi realmente tale (173). In realtà, già prima del d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, i principi del giusto processo e di effettività della tutela - specialmente quest'ultimo - erano divenuti un punto di riferimento della giurisprudenza amministrativa che, grazie ad essi, era pervenuta ad importanti prese di posizione per la miglior tutela sia di interessi legittimi (es. in tema d'impugnazione del silenzio, misure cautelari, esecuzione del giudicato), sia di diritti soggettivi (*i.e.* in relazione agli atti paritetici e alla proponibilità di azioni dichiarative e di condanna) (174).

L'art. 1, cod. proc. amm., dispone quindi che «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» ed il successivo art. 2 prevede che «il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo». L'aver il codice inquadrato i principi in esame nel contesto costituzionale, comunitario ed internazionale di riferimento, per come illustrato nel corso della precedente trattazione, consente di poter esten-

(171) S. MANGIAMELI, *“Giusto procedimento” e “giusto processo”. Considerazioni sulla giurisprudenza amministrativa tra il modello dello Stato di polizia e quello dello Stato di diritto*, in www.associazioneideicostituzionalisti.it, 2010.

(172) E. PICOZZA, *Il “giusto” processo amministrativo*, cit., 1076.

(173) R. GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, in www.giustamm.it.

(174) L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela, relazione al convegno Il codice del processo amministrativo*, Lecce, 12 novembre 2010.

dere al processo amministrativo tutta la ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale maturata nell'ambito della CEDU e dell'ordinamento europeo. L'indicazione dei principi generali propri di ogni giurisdizione nel codice, in aggiunta all'obbligo d'interpretazione conforme delle norme, avuto riguardo alle indicazioni provenienti dalle fonti superiori, rispecchia l'appartenenza della Repubblica a un ordinamento giuridico multilivello formato, in ordine decrescente, da Comunità internazionale, Unione europea e Stato. In questo contesto, oltre agli artt. 6 e 13 CEDU, vengono in questione anche l'art. 340, Tratt. UE, sui «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» - che attribuisce rilevanza alla certezza del diritto, all'intangibilità degli effetti delle decisioni che hanno definito una controversia, al rispetto del legittimo affidamento, al principio di proporzionalità, rilevante soprattutto in materia sanzionatoria - e l'art. 47 della Carta di Nizza che, come visto, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati (175). In quest'ordine d'idee, l'apertura del codice ad altre esperienze giuridiche contribuisce anche a rafforzare il principio stesso del primato del diritto comunitario su quello domestico, dato che tutti gli ordinamenti nazionali debbono uniformarsi ai medesimi principi comuni (176).

In merito alle possibilità applicative dei principi del giusto processo e di effettività, occorre ricordare che il progetto originario di codice del processo amministrativo era tendenzialmente esaustivo di ogni possibile questione applicativa, ma la «potatura» avvenuta in sede ministeriale prima dell'emanazione del decreto legislativo, asseritamente giustificata da ragioni di contenimento della spesa pubblica, ha finito col produrre un testo finale disarmonico, talvolta contraddittorio, lacunoso e a tratti oscuro nel linguaggio (177). Al riguardo, per citare una problematica di ampio respiro, si pensi che lo schema licenziato dalla Commissione disciplinava dettagliatamente le azioni di annullamento, accertamento e condanna, inclusa quella di adempimento, nella quale, nei casi previsti, si determina il *facere* della pubblica amministrazione finalizzato al soddisfacimento della pretesa del privato (178).

(175) L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa*, cit. Secondo Corte CEDU, 28 ottobre 1999 (*Zielinski c. Francia*), è contraria alla CEDU la legge d'interpretazione autentica, generale e astratta, quando non sussistono «motivi imperativi d'interesse generale», configurabili solo se la norma interpretativa corrisponda all'originario contenuto di quella interpretata, risolva oscillazioni giurisprudenziali e si applichi nei giudizi pendenti, rispettando i diritti acquisiti. Parimenti contrastante con i dettami della CEDU la legge retroattiva priva dei requisiti di generalità e astrattezza, e cioè quando: sani un illecito che abbia già dato luogo a una soccombenza in un giudizio [Corte CEDU 16 novembre 2006 (*Muzevic c. Croazia*), 19 ottobre 2006 (*Kesyan c. Russia*), 7 giugno 2005 (*Fuklev c. Ucraina*), 25 marzo 1999 (*Iatridis c. Grecia*) e 18 dicembre 1996 (*Aksoy c. Turchia*)]; disponga contro poche persone [Corte CEDU 10 novembre 2004 (*Lizarraga c. Spagna*), 28 ottobre 1999 (*Zielinski c. Francia*), 9 dicembre 1994 (*Stran c. Grecia*)]; intenda eliminare gli effetti di una decisione irrevocabile, interferendo sui diritti consolidatisi [Corte CEDU 6 ottobre 2005 (*Draon c. Francia*), 6 ottobre 2005 (*Maurice c. Francia*) e 28 ottobre 1999 cit.].

(176) F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 1 ss..

(177) F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 4, 1353 ss..

Nella versione finale entrata in vigore, invece, l'azione generale di accertamento e quella di adempimento sono state soppresse e al loro posto sono state introdotte delle ipotesi tipiche di accertamento (*i.e.* silenzio e nullità dell'atto) e la possibilità, nel quadro dell'azione di condanna, di anticipare in sentenza alcune prescrizioni tipiche del giudizio di ottemperanza (179).

Ecco, quindi, che al fine di superare questo, come altri limiti della codificazione, è utilmente impiegabile in sede esegetica il richiamo ai principi generali di cui agli artt. 1 e 2 cit.; in questo modo, infatti, si impone di interpretare e, se occorrente, integrare le singole previsioni codicistiche alla luce di essi, stante il vincolo promanante per il legislatore ordinario dall'art. 111 Cost., che è una norma avente carattere precettivo (180). Per tornare, quindi, all'esempio della tipicità o meno delle azioni, se il processo, per essere giusto, deve poter soddisfare in modo pieno ed esaustivo la pretesa dedotta in giudizio, per conseguire tale risultato l'azione deve essere funzionale rispetto a essa; pertanto, le azioni variano in funzione dell'oggetto delle pretese (annullamento, condanna, adempimento, ecc.) e, nel caso in cui non siano descritte dalla legge processuale, alla giurisprudenza spetta il compito di circostanziarle, come pure affermato dall'art. 32, comma 2, cod. proc. amm., a mente del quale «il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali. Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni» (181).

Il principio del giusto processo e quello di effettività della tutela giurisdizionale sono, come detto, in larga parte sovrapponibili, sebbene quello di effettività sia perlopiù orientato a considerare l'esito finale del processo e la sua satisfattività o meno per le parti, piuttosto che alle sue modalità di radicamento e svolgimento.

In particolare, nel processo amministrativo, i tratti distintivi del principio di effettività, sono: la «completezza», nel senso che l'ordinamento deve consentire l'azionabilità di tutte le pretese possibili nei confronti della pubblica amministrazione; la «pienezza», cioè il fatto che la tutela deve assicurare la completa soddisfazione della pretesa azionata; «l'accesso effettivo al giudizio», sotto il profilo della ragionevolezza dei costi e della durata del processo. Il giusto processo accolto nel nuovo codice, invece, comprende non solo le applicazioni da esso espressamente indicate, come l'integrità e la parità del contraddittorio, l'obbligo di collaborazione e la ragionevole durata, ma anche

(178) F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, cit., il quale cita l'esempio del diniego di autorizzazione a «presupposto vincolato», un'ipotesi assai frequente nei settori di vita economica assoggettati alla produzione normativa comunitaria.

(179) F. MERUSI, *op. cit.*

(180) F. MERUSI, *op. cit.* Nel senso che il principio del giusto processo sia soltanto una norma programmatica v. P. FERRUA, *Legge cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, 69 ss.

(181) F. MERUSI, *op. cit.*

tutti gli ulteriori elementi strutturali e funzionali di un processo definibile come «giusto» (182). Si tratta, in particolare, delle regole sulla ripartizione dell'onere e della disponibilità della prova, come pure del diritto del ricorrente a ottenere dal giudice una decisione nel merito. Egualmente è a dirsi per l'obbligo di motivazione dei provvedimenti decisori e di redazione degli stessi in maniera chiara e sintetica (trattasi di una proiezione del principio di economicità dei mezzi processuali), come pure per il dovere di cooperazione tra le parti ed il giudice, in modo che ai capi della domanda principale, riconvenzionale e del ricorso incidentali, corrispondano i capi di sentenza posti a fondamento dell'atto di impugnazione (183). A ben vedere, sono tutti canoni idonei non solo a interpretare le norme esistenti ma anche ad integrarle in sede pretoria, dal momento che le «potature» apportate al testo finale del decreto legislativo col pretesto di conseguire risparmi di spesa pubblica, hanno talora alterato la coerenza della disciplina di taluni istituti direttamente connessi al giusto processo, richiedendo così un'opera di supplezza da parte della giurisprudenza (184).

L'intera disciplina del codice del processo amministrativo, dunque, dà contenuto e costituisce applicazione ai principi del giusto processo e di effettività, la cui violazione è denunciabile in ogni stato e grado del giudizio. L'accettazione del giusto processo implica l'accoglimento di una ricostruzione dello strumento processuale come giudizio non tanto «sul potere», come pure è espressamente affermato dall'art. 7, ma «sul rapporto», cioè tendente all'accertamento ed alla soddisfazione della pretesa azionata (185).

In questo senso, il processo celebrato innanzi agli organi di giustizia amministrativa, dovendo garantire la parità delle parti, l'integrità del contraddittorio e una tutela piena ed effettiva, comporta un ripensamento della stessa categoria giuridica dell'interesse legittimo. L'affermazione del giusto processo amministrativo postula l'attribuzione al cittadino di una corrispondente pretesa soggettiva a che il giudice la soddisfi pienamente (186). Affinché tutto ciò avvenga, tuttavia, è necessario che il giudice possa conoscere integralmente della legittimità dell'esercizio del potere, per cui l'interesse legittimo diviene una più ampia situazione soggettiva attiva, definibile come «diritto soggettivo pubblico», non più circoscritta al solo esercizio del potere in un caso concreto ma estesa all'intero rapporto del privato con il predetto potere (187).

(182) E. PICOZZA, *sub art. 2*, in ID. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 4 ss..

(183) E. PICOZZA, *op. loc. cit.*; A. POLICE, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, cit.

(184) Sul «codice mutilato», cfr. F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 6, 658 ss..

(185) Su tale impostazione, v. M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 249 ss..

(186) F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, cit.

(187) F. MERUSI, *op. ult. cit.*; per un approfondimento delle problematiche del «rapporto» v. M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

Questa evoluzione concettuale, prefigurata già da prima dell'entrata in vigore del codice dalla più attenta dottrina, è stata poi accolta dalla giurisprudenza costituzionale succedutasi sulle sempre più importanti ipotesi di giurisdizione esclusiva rispetto a quella generale di legittimità ed è stata ora trasfusa nel codice (188). La circostanza che il giudizio si svolga sul rapporto si manifesta anche nei processi di secondo grado, che sono mezzi di impugnazione e non di gravame e che sono una continuazione delle prime cure nell'ottica di un giudizio unico e unitario (189). Dal che consegue che il Consiglio di Stato può spingersi a riesaminare la vicenda controversa, esprimendo un giudizio rinnovatorio (190). Non v'è, infatti, alcun dubbio che i principi generali della giurisdizione amministrativa siano applicabili anche ai giudizi di secondo grado; del resto, lo stesso canone di effettività della tutela, che deve essere piena, completa ed esaustiva, postula la necessità di un doppio grado di giudizio (191).

4. Profili di inadeguatezza di alcuni istituti del processo amministrativo italiano con detti principi:

a) criticità nell'organizzazione della giustizia amministrativa.

L'esercizio della funzione giurisdizionale secondo i dettami del *fair trial* è affidata in primo luogo all'imparzialità del giudice, senza di cui nessun processo può definirsi giusto ed alcuna fiducia può sussistere nei confronti della giustizia (192). È questa la ragione per cui sia gli strumenti internazionali e comunitari, sia il diritto nazionale fanno riferimento all'esigenza di un giudice indipendente ed imparziale precostituito per legge (193).

L'imparzialità del giudice non è (soltanto) una qualità personale del magistrato ma è il risultato applicativo di un sistema di regole preposte ad assicurare che chi è chiamato a funzioni giurisdizionali sia effettivamente equidistante nei confronti delle parti, cioè esterno agli interessi versati nel pro-

(188) Corte cost. 6 luglio 2004 n. 204, 11 maggio 2006 n. 191, 27 aprile 2007 n. 140, 19 ottobre 2009 n. 259, 5 febbraio 2010 n. 35, tutte in *www.cortecostituzionale.it*. A. POLICE, *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 475 ss..

(189) A. POLICE, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 11, 1117 ss.; per la giurisprudenza, v. Cons. Stato, ad. plen., 30 giugno 1978 n. 18, in *Cons. St.*, 1978, I, 935, e 17 ottobre 1994 n. 13, *ibidem*, 1994, I, 1301.

(190) A. POLICE, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, cit.; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 324.

(191) A. POLICE, *op. ult. cit.*; A. QUARANTA, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*. *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 2 ss.; C.E. GALLO, *Appello nel processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 317.

(192) M. SERIO, *Certezza del diritto e imparzialità del giudice: riflessioni comparatistiche*, in R. CERAMI (a cura di), *Certezza del diritto e imparzialità del giudice*, Atti del convegno organizzato a Palermo dal Centro Siciliano di Studi sulla Giustizia, 23 e 24 marzo 2007, Torino, 2007, 43 ss..

(193) M. SERIO, *op. ult. cit.*

cesso (194). In tal senso, secondo la giurisprudenza CEDU, detto requisito va accertato a un punto di vista sia soggettivo, cioè delle convinzioni personali rispetto ad un dato caso, sia oggettivo, per verificare se il giudice offra garanzie sufficienti per escludere qualunque legittimo sospetto di parzialità (195). Nonostante l'intervenuta codificazione, ancora oggi persistono talune riserve sull'organizzazione della giustizia amministrativa e sui suoi stretti legami con l'amministrazione ed il potere esecutivo.

In Italia, la giurisdizione amministrativa ed i suoi organi si sono sempre caratterizzati per talune lacune storiche come: la mancanza di un giudizio di «cassazione amministrativa» del tipo di quello esistente in Francia, Spagna e Germania, preposto ad un controllo finale della conformità del doppio grado di processo ai principi di effettività della tutela e del giusto processo; la concentrazione del giudizio d'appello presso un unico giudice, che ha sempre agito come una corte superiore di legittimità, esprimente un'opera nomofilattica; la commistione di funzioni consultive e giurisdizionali in capo al Consiglio di Stato (196).

In particolare, il giudice amministrativo considera con particolare attenzione una delle parti, la pubblica amministrazione, normalmente convenuta, per i profili di interesse pubblico specifico, concreto ed attuale che essa deve tutelare (197). Il cordone ombelicale che lega la magistratura amministrativa al Governo affonda le proprie radici nelle origini del sistema e deriva direttamente dal principio di separazione dei poteri dello Stato e dalla volontà di garantire che la giustizia non potesse interferire con l'amministrazione. Del resto, fu questa preoccupazione a indurre il legislatore del 1865 a precludere al giudice ordinario l'annullamento degli atti dell'amministrazione e quello del 1889 ad affidarne il potere a una giurisdizione *ad hoc* già incardinata nell'Esecutivo come organo consultivo (198). A tale ul-

(194) P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009, 89 ss.; L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001, 413 ss.; G. DI CHIARA, *Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale in tema di imparzialità del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1, 85 ss..

(195) M. SERIO, *op. ult. cit.*; il quale cita, tra l'altro, le sentenze della CEDU 1° ottobre 1982 (*Piersack v. Belgio*), 24 febbraio 1993 (*Fey v. Austria*), 22 aprile 1994 (*Saraiva de Carvalho v. Portogallo*), 7 agosto 1996 (*Ferrantelli e Santangelo v. Italia*).

(196) E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., 7.

(197) N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2002, 115, sostengono che «Ben noti sono, poi, i legami che avvulpano non solo l'indipendenza "esterna" del giudice amministrativo nei confronti degli altri poteri dello Stato, ma anche quella "interna" rispetto alle parti, una delle quali è indefettibilmente l'amministrazione».

(198) Il Consiglio di Stato come organo consultivo regio fu istituito dal Re di Sardegna con l'editto di Racconigi del 18 agosto 1831, assumendo a modello il *Conseil d'Etat* francese, per assistere il sovrano nell'assunzione delle sue determinazioni più importanti; l'organo è poi menzionato dallo Statuto Albertino del 4 marzo 1848 (v. G. LANDI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato, presente e futuro*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1267; S. ROMANO, *Le funzioni e i caratteri*, cit., 3 ss.). Secondo G. ROEHRSEN, *Consiglio di Stato e Tribunali amministrativi*

timo riguardo, diffusa era l'opinione che la funzione consultiva e quella giurisdizionale fossero simili, perché «entrambe implicano un sindacato sugli atti amministrativi, l'uno preventivo, l'altro repressivo; il primo domandato dalla stessa autorità amministrativa, il secondo anche dai cittadini; che si esplica nell'un caso con la forma e l'efficacia del parere, nell'altro con la forma e l'efficacia della decisione» (199). L'originaria commistione della magistratura amministrativa con il potere dello Stato di cui è giudice si è perpetuata nell'ordinamento repubblicano, sebbene non fossero mancate voci favorevoli al superamento della duplicità di giurisdizione (200). Ne è derivato un sistema d'indipendenza «forte» per la magistratura ordinaria e «sufficiente» per le altre (201).

a-1) In concreto, la prima manifestazione di un rapporto peculiare tra giudice amministrativo ed Esecutivo è la commistione di funzioni consultive e giurisdizionali del Consiglio di Stato, accolta in Costituzione ma difficilmente compatibile con il principio del giusto processo, che sul punto sconta almeno un'incoerenza, se non una «auto-rottura» (202). Il rapporto tra il riformato art. 111 Cost. e i previgenti artt. 100 e 103 Cost. va quindi ricostruito alla luce del canone di specialità, e perciò di deroga delle seconde norme rispetto al canone generale enunciato dalla prima (203). L'espressione più rappresentativa di questo conflitto irrisolto è la possibilità che uno stesso affare possa essere conosciuto in sede prima consultiva e poi giurisdizionale, sia pure in persona di magistrati differenti, con ogni difficoltà a sostenere che il medesimo organo possa contraddire se stesso, esprimendo su una medesima vicenda valutazioni divergenti (204). La presenza simultanea di funzioni di amministrazione consultiva e di giurisdizione è stata pure criticata dalla Corte di Strasburgo che, a proposito del Consiglio di Stato lussemburghese, aveva timidamente sollevato dubbi sulla sua «imparzialità struttu-

regionali, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, III, 1989, 425, «non si dubitò che la risoluzione delle controversie con la p.a. dovesse essere affidata al Consiglio di Stato, che era già pienamente inserito nella organizzazione amministrativa dello Stato e della p.a. e ne era il miglior conoscitore, mentre aveva dato prova di indipendenza e di obiettività nell'esercizio delle sue attribuzioni, nonostante la mancanza di precise garanzie giuridiche in proposito».

(199) S. ROMANO, *op. ult. cit.*, 26.

(200) G. VERDE, *L'unicità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 345.

(201) G. VERDE, *L'unicità della giurisdizione*, cit., 346.

(202) M. MENGOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009, 161; l'espressione «auto-rottura» è di G. MORBIDELLI, *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismi*, Bologna, 2001, 179 ss..

(203) A. TRAVI, *Giusto processo e procedimenti amministrativi speciali*, in AA.VV. *Il giusto processo*, Atti del convegno tenutosi a Roma il 28-29 giugno 2002, Roma, 2003, 68 ss..

(204) Sul punto, v. S. GIACCHETTI, *Bicamerale e giurisdizione amministrativa*, in *Cons. St.*, 1997, II, 1011, per il quale il parere è «una sorta di sentenza preventiva», con ogni conseguenza sull'atteggiamento di prevenzione di fronte alla riproposizione del medesimo affare in sede giurisdizionale.

rale», pur senza prendere esplicitamente una posizione contraria (205).

a-2) Un altro punto di contrasto tra il principio del giusto processo, *sub specie* di imparzialità e terzietà del giudice, ed il sistema di giustizia amministrativa era ed è tuttora costituito dalle modalità di nomina di una parte dei magistrati, ancora affidata al Governo in ragione di un quarto dei posti vacanti, ai sensi dell'art. 19 n. 2, l. 27 aprile 1982 n. 186 e, prima ancora, dagli artt. 1, 2 e 4, t.u. n. 1054 del 1924.

Al riguardo, la Corte costituzionale, con sentenza 19 dicembre 1973 n. 177, aveva ritenuto compatibili le citate disposizioni del 1924 con gli artt. 100, 106 e 108 Cost., perché la loro applicazione richiede comunque l'accertamento, da parte del Governo, di rigorosi requisiti di idoneità in capo ai prescelti (206). Inoltre, la Corte aveva pure espresso l'avviso per cui non è tanto il sistema di nomina a influenzare l'indipendenza dei giudici, quanto le norme sullo svolgimento della funzione giurisdizionale. In senso contrario, invece, la dottrina aveva avuto modo di eccepire l'incompatibilità di detto sistema coi principi costituzionali in tema di giurisdizione, rilevando che «la regolamentazione della materia, quale risultava dalle norme anteriori del t.u. del 1924 sul Consiglio di Stato e di quello del 1934 sulla Corte dei Conti» si limitava «ad affidare al Governo le nomine» (207). L'art. 19, l. n. 186 del 1982, è poi intervenuto a circoscrivere le prerogative dell'Esecutivo sull'investitura dei consiglieri di Stato, introducendo un limite numerico massimo e individuando le categorie di candidabili in ragione della particolare qualificazione giuridica. Tuttavia, i dubbi non sembrano essere stati del tutto rimossi, stante anche il principio dell'assunzione dei magistrati per pubblico concorso sancita dalla Costituzione (208). Solo il sistema del concorso, infatti, oltre a selezionare i candidati con la miglior preparazione, assicura che, sin dal suo ingresso, il magistrato non sia debitore nei confronti di alcuno per la propria posizione professionale (209). Inoltre, non è solo l'indipendenza esterna, ma anche l'im-

(205) CEDU 28 settembre 1995 (*Procola c. Lussemburgo*). Peraltro, la successiva giurisprudenza, con un atteggiamento *self-restraint*, ha rinunciato ad esprimersi sulla compatibilità con la Convenzione di Roma di modelli organizzativi, concentrandosi unicamente sulle particolarità del caso concreto. In argomento, v. CEDU 8 febbraio 2000 (*McGonnell c. Regno Unito*) e 6 maggio 2003 (*Kleyn e altri c. Olanda*).

(206) La sentenza della Corte costituzionale 19 dicembre 1973 n. 177 è pubblicata in *Giur. cost.*, 1973, 2348. Qualche anno prima, la medesima questione era stata risolta in termini analoghi per le nomine dei magistrati della Corte dei conti. Sul punto, v. Corte cost. 21 gennaio 1967 n. 1, in *Giur. cost.*, 1967, 1 ss.; in dottrina: R. CHIEPPA, *A proposito di indipendenza della Corte dei conti e del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, 1967, 5 ss.; S. LARICCIA, *Sull'illegittimità costituzionale delle norme in tema di nomine "politiche" dei consiglieri della Corte dei conti*, in *Temi*, 1967, 3 ss..

(207) C. MORTATI, *La nomina dei consiglieri di Stato secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973, 2626 ss.. In argomento, v. anche F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 70 ss..

(208) Tuttavia, secondo Corte cost. 21 gennaio 1967 n. 1 cit., «codesto sistema riguarda soltanto la magistratura ordinaria».

parzialità del giudice a dover essere tutelata alla stregua del principio del giusto processo, con la conseguenza che il sistema di nomina governativo dei consiglieri di Stato, ancorché residuale, non pare garantire il necessario distacco del giudice nei confronti di chi lo ha investito dell'incarico, cioè dell'amministrazione (210). Oltre al problema della nomina si deve porre anche quello del concorso per lo meno per quanto riguarda la procedura di selezione a referendum del TAR. Infatti esso non è un concorso pariordinato a quello di magistrato ordinario, bensì privilegia l'acquisizione di competenze fatta presso pubbliche amministrazioni (dirigenti statali, carriera prefettizia, dirigenti regionali e locali, ecc.) e questo può comportare un pregiudizio ideologico a favore dell'amministrazione già al momento dell'inizio della carriera (211).

a-3) Gravi problemi per l'effettività dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice presenta, anche dopo la l. cost. n. 2 cit., la l. n. 205 cit. ed il codice, la disciplina sul Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, di cui al r.d.lgs. 15 maggio 1946 n. 455, alla l. cost. 26 febbraio 1948 n. 2 e al d.lgs. 24 dicembre 2003 n. 373, su cui è intervenuta anche la Corte costituzionale, con sentenza 4 novembre 2004 n. 316.

In particolare, l'organo in parola, pur considerato un'articolazione territoriale del Consiglio di Stato, ha una configurazione che tollera aree di contiguità col potere politico, anche locale, tali da suscitare ampie riserve sulla sua compatibilità con l'art. 111 Cost. (212). Infatti, la scelta dei magistrati si caratterizza per una pesante ingerenza dell'Esecutivo, nazionale e locale, che può esprimere quattro consiglieri «non togati» su un totale di otto, cioè una percentuale assai più elevata di quella ancora prevista per il Consiglio di Stato dalla l. n. 186 cit.. Il coinvolgimento del Presidente della Regione Siciliana, poi, che ha il potere di designare i candidati e di partecipare al Consiglio dei ministri convocato per la nomina, è assai penetrante e favorisce il radicamento del giudice in quegli interessi locali rispetto ai quali, in considerazione della competenza territoriale, eserciterà la propria funzione giurisdizionale. Inoltre, trattandosi di incarico temporaneo, della durata di sei anni non rinnovabili,

(209) N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale*, cit., 42.

(210) M. MENGOZZI, *op. ult. cit.*, 170.

(211) Per le condizioni e i requisiti necessari per partecipare ai concorsi per l'assunzione nelle magistrature superiori, v. l. 27 aprile 1982 n. 186 (Ordinamento della giurisdizione amministrativa e del personale di segreteria ed ausiliario del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali).

(212) A favore della natura di sezione distaccata del Consiglio di Stato sono sia l'art. 1, comma 2, d.lgs. 24 dicembre 2003 n. 373, sia Corte cost. 4 novembre 2004 n. 316, con nota di S. RAIMONDI, *Il salvataggio del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3440; in linea con tale visione anche R. CHIEPPA, *Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 1 ss.; *contra* A.M. SANDULLI, *Problemi della giustizia amministrativa in Italia prima e dopo le leggi di riforma del 1971*, in IDEM, *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, V, 612; S. DE FINA, *Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 227 ss.; F.G. SCOCA, *Specialità e anomalie del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 20 ss..

neppure risulta rescisso il legame del consigliere «laico» col proprio ambiente professionale di provenienza, con un ulteriore *vulnus* alla sua imparzialità (213). Parimenti, non ha eguali la previsione dell'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 373 del 2003, alla stregua della quale il singolo collegio giudicante debba essere composto in modo tale che la metà dei membri, escluso il presidente, sia di estrazione politica.

a-4) Anche gli organi di giustizia amministrativa di primo grado operanti nella regione a statuto speciale del Trentino Alto Adige, ai sensi degli artt. 90 e ss., d.p.r. 31 agosto 1972 n. 670, e del d.p.r. 6 aprile 1984 n. 426, sono in attrito con l'odierno dettame costituzionale sul giusto processo, per quanto concerne l'imparzialità e l'indipendenza del giudice. Infatti, la composizione del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, con specifico riferimento alla sezione distaccata a Bolzano, vede un potere di nomina della metà dei membri da parte del Consiglio provinciale, in modo che vi sia equilibrio nella provenienza linguistica dei magistrati (214).

Con riguardo all'esperienza tridentina, come pure a quella siciliana, le rispettive discipline manifestano un «intento di creare, in tali ambiti territoriali, una contiguità più stretta del giudice amministrativo con le amministrazioni locali; come se la vicinanza “strutturale” di tale giudice, a livello nazionale, rispetto al potere esecutivo, dovesse subire degli “adattamenti” in aree a così marcata autonomia, in modo da risultare più strettamente legato agli interessi locali che a quelli centrali» (215). Una prospettiva, quindi, in netto contrasto con l'immagine di soggetto indipendente ed imparziale che il nuovo art. 111 Cost. propugna fermamente per tutti i giudici, inclusi quelli speciali.

a-5) Particolarmente delicata è poi, ai fini della terzietà anche soltanto «apparente» dei magistrati amministrativi, l'ampia possibilità loro riconosciuta dall'ordinamento di esercitare funzioni e assumere compiti diversi da quelli istituzionali (216). Infatti, stante la diffusione di questa pratica, «il sostanziale coinvolgimento di magistrati amministrativi in organi della pubblica amministrazione rischia di velarne, agli occhi di coloro che chiedono la tutela giurisdizionale, le necessarie garanzie d'imparzialità» (217). La disciplina degli incarichi extra-giudiziari dei magistrati amministrativi, anziché essere ispirata a una logica di messa al bando o di contenimento degli stessi, auspicata dalla

(213) Di tale avviso non è stata Corte cost. 22 gennaio 1976 n. 25, con nota di A. CERRI, *Indipendenza, imparzialità, nomina politica: problemi e dubbi irrisolti*, in *Giur. cost.*, 1976, 175 ss., per la quale, ai fini dell'indipendenza di giudici, non sarebbe necessaria la «inamovibilità assoluta». Al contrario, particolarmente critico è F.G. SCOCA, *Specialità e anomalie*, cit., 27.

(214) V.A. DE ROBERTO, *Tribunali amministrativi regionali (T.A.R.)*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 6 ss.; C. TALICE, *Tribunali amministrativi regionali*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 33 ss..

(215) M. MENGOZZI, *op. ult. cit.*, 177.

(216) In argomento, si rinvia a F. NEGLIA, *Gli incarichi extra-giudiziari dei magistrati amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 701 ss..

(217) F. SORRENTINO, *Profili costituzionali*, cit., 71.

Corte costituzionale nella propria sentenza n. 177 del 1973, si muove in un'ottica di «para-istituzionalizzazione», sul presupposto della loro utilità e legittimità (218). Si tratta di una prassi che, per la sua larga diffusione, è idonea a interferire con il principio d'imparzialità e terzietà del giudice sotto diversi profili (219). Alcune tipologie di funzioni e compiti inseriscono il giudice in una serie di rapporti con soggetti potenzialmente assoggettati alla sua giurisdizione che ne appannano la necessaria immagine di neutralità e indifferenza rispetto agli interessi versati nel processo, come avviene, ad esempio, per gli incarichi all'interno delle strutture di vertice delle pubbliche amministrazioni (220). Analogamente è a dirsi per la partecipazione a collegi arbitrali, frequente soprattutto nella materia dei contratti pubblici, in cui il giudice non solo intrattiene rapporti economici con soggetti istituzionali, ma entra in contatto, al di fuori delle udienze e senza il filtro della segreteria, con parti private con le quali potrebbe trovarsi a confronto in altre occasioni.

Sono, tutti quelli sopra succintamente esposti, degli elementi di prossimità (se non di metaforica «commensalità») tra il giudice e le potenziali parti di cause future rientranti nel suo mandato istituzionale di stridente non conformità rispetto alle chiare indicazioni provenienti dal principio del giusto processo voluto dall'art. 111 Cost..

a-6) Tra le carenze del vigente sistema di giustizia amministrativa non superabili in via interpretativa e, secondo taluni neppure dal legislatore ordinario, spicca la mancanza di una «cassazione amministrativa» sul modello tedesco o francese.

In Germania, in particolare, il sistema di giustizia amministrativa del secondo dopoguerra si è subito caratterizzato in senso marcatamente soggettivo, nel senso che la tutela dei «diritti soggettivi pubblici» del cittadino nei confronti dell'amministrazione non è uno strumento di attuazione del diritto oggettivo ma un funzione essenziale della giurisdizione amministrativa, intesa come complesso di organi giurisdizionali specializzati nelle controversie di diritto pubblico con al vertice una corte di cassazione (il *Bundesverwaltungsgericht*) (221). In tale contesto, il giudice amministrativo tedesco, a differenza di quello francese o italiano, ha sempre goduto di un accesso pieno e illimitato ai fatti di causa, dato che il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 19 della *Grundgesetz* richiede un controllo com-

(218) F. NEGLIA, *Gli incarichi extra-giudiziari*, cit., 709; G. ALBENZIO, *Gli incarichi extra-istituzionali dei magistrati: un problema da risolvere*, in *Giur. it.*, 1991, III, 149 ss..

(219) M. MENGOZZI, *op. ult. cit.*, 183; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 93, parla di «sostanziale violazione dei principi di indipendenza e imparzialità che si verifica nello svolgimento di incarichi (o di certi incarichi) extragiudiziari da parte dei magistrati in genere e di quelli amministrativi in particolare [...]».

(220) M. MENGOZZI, *op. loc. cit.*

(221) M. PROTTO, *La riforma del contentieux administratif*, in *Foro amm.*, 1996, 6, 2117 ss..

pleto ed esteso ad ogni aspetto, di fatto o di diritto, della controversia, non essendo il giudice vincolato dall'accertamento, anche tecnico, compiuto dall'amministrazione (222). In un contesto del genere, è stato così possibile individuare lo spazio per l'istituzione di una cassazione amministrativa, essendo distinguibili nelle sentenze impugnate un ambito di elementi fattuali, riservato alla cognizione del giudice di merito, ed uno relativo alle valutazioni giuridiche, su cui esperire un giudizio di legittimità.

Il modello francese ha sempre costituito il punto di riferimento dell'esperienza italiana e si è evoluto ad istituire un giudizio di cassazione amministrativa soltanto in tempi relativamente recenti, vale a dire con le l. 31 dicembre 1987 n. 87-1127 e 8 febbraio 1995, n. 95-125, con cui è stata implementata un'organica riforma della giustizia amministrativa. Infatti, all'esito di detta riforma, il *Conseil d'État*, da giudice d'appello del contenzioso amministrativo è diventato un giudice di cassazione con cognizione non limitata al solo *contentieux de plein juridiction*, vale a dire alla giurisdizione su diritti soggettivi, ma estesa anche al *contentieux en annulation*, ossia sulla legittimità degli atti amministrativi (223). Il ruolo di giudice di secondo grado è stato invece demandato a corti amministrative d'appello di nuova istituzione, pervenendo ad un notevole salto culturale rispetto alla concezione tradizionale - tanto radicata anche in Italia - del giudizio di impugnazione degli atti amministrativi come di per sé cassatorio, cioè limitato alla verifica formale della legittimità con esclusione di ogni nuovo apprezzamento del fatto come accertato dall'amministrazione, con susseguente inutilità di un grado di legittimità.

In Italia, invece, sono state eccepite varie preclusioni rispetto all'eventuale istituzione di una cassazione amministrativa, talune delle quali da ritenere non superate neppure per effetto dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Un primo ostacolo deriverebbe, analogamente a quanto visto per l'ordinamento francese, dalla concezione meramente impugnatoria del processo amministrativo come «giudizio sull'atto». Tuttavia, si tratta di un blocco che pare venuto meno grazie al codice del processo amministrativo che, essendo ispirato ai principi del giusto processo e di effettività, oltre che al modello della *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) tedesca del 1960, accoglie una ricostruzione delle relazioni tra Stato e cittadino che si sviluppa all'insegna del concetto di «rapporto amministrativo» piuttosto che di quello di «potere» - come pur affermato dall'art. 7 cod. proc. amm. - e delle sue singole manifestazioni puntuali (224). In questo senso, il processo

(222) M. PROTTO, *La riforma*, cit.

(223) M. PROTTO, *op. cit.*

(224) R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *Foro it.*, 2010, V, 267 ss.; ID., *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 159. Su tale impostazione, v. M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 249 ss..

celebrato innanzi agli organi di giustizia amministrativa, dovendo garantire la parità delle parti, l'integrità del contraddittorio e una tutela piena ed effettiva, comporta un ripensamento della stessa categoria giuridica dell'interesse legittimo. L'affermazione del giusto processo amministrativo implica l'attribuzione al cittadino di una corrispondente pretesa soggettiva a che il giudice soddisfi integralmente la questione di cui investito, portata avanti dal ricorrente nei confronti dell'amministrazione nell'ambito del rapporto instaurato o instaurando con essa (225). Affinché tutto ciò avvenga, tuttavia, è necessario che il giudice possa conoscere integralmente della legittimità dell'esercizio del potere, anche con riguardo all'accesso al fatto, per cui l'interesse legittimo diviene una più ampia situazione soggettiva attiva, accostabile al «diritto soggettivo pubblico» di stampo tedesco, non più circoscritta al solo esercizio del potere in un caso concreto ma estesa all'intero rapporto del privato con il predetto potere (226).

In aggiunta a ciò, è stato anche affermato che il disposto costituzionale, prevedendo, oltre al Consiglio di Stato, l'istituzione di giudici amministrativi di primo grado, non contemplerebbe la presenza di un terzo grado di sola legittimità (227). Inoltre, lo stesso art. 111 Cost. limita la ricorribilità per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) ai soli motivi inerenti la giurisdizione, con una previsione difficilmente compatibile con la trasformazione, a Costituzione invariata, del Consiglio di Stato in una Corte di Cassazione amministrativa (228).

a-7) Parte della dottrina, trattando dell'art. 111, comma 8, Cost., ha lamentato la carenza di un «tribunale dei conflitti» sul modello francese, quale strumento per garantire che il sindacato delle sezioni unite della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato si mantenga ai soli «limiti esterni», in conformità agli insegnamenti della Corte Costituzionale e con il dovuto «rispetto istituzionale» per il Consiglio di Stato (229). Detti limiti, in particolare, riguardano l'accertamento di un'eventuale invasione della competenza giurisdizionale del giudice civile o contabile, ovvero dell'esercizio di una giurisdizione di merito in luogo di quella di sola legittimità, con esclusione di ogni apprezzamento dei «limiti interni», vale a dire delle modalità con cui la causa è stata decisa, non potendo le sezioni unite vincolare in alcun modo

(225) F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, cit.

(226) F. MERUSI, *op. ult. cit.*; per un approfondimento delle problematiche del «rapporto» v. M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

(227) G. VACIRCA, *Note su alcune innovazioni nel sistema francese*, in *Foro amm.*, 1988, 3092 ss..

(228) Su tutti questi profili vedi la dettagliata analisi di M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005.

(229) L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, 705 ss., che cita Corte cost. 12 marzo 2007 n. 77, in www.cortecostituzionale.it.

nel merito il Consiglio di Stato che, ai sensi dell'art. 135 Cost., è la giurisdizione superiore amministrativa (230).

Qualora una decisione delle sezioni unite annulli una sentenza del Consiglio di Stato di là dei limiti stabiliti dall'art. 111, comma 8, Cost., sarebbe sollevabile, da parte del supremo consesso amministrativo, un conflitto di attribuzioni innanzi alla Corte Costituzionale, non essendo ammissibili «zone franche» rispetto all'applicazione delle vigenti disposizioni costituzionali sulla ripartizione delle funzioni e dei compiti dei massimi organi della Repubblica (231).

Tuttavia, anche prendendo atto del pieno riconoscimento della pari dignità della giurisdizione amministrativa rispetto a quella ordinaria, una soluzione alternativa potrebbe essere una riforma costituzionale che prevedesse l'istituzione di un tribunale dei conflitti per dirimere le questioni di giurisdizione sulla falsariga dell'omologo organo francese, che dal 1872 opera con una composizione paritaria di magistrati ordinari ed amministrativi, spettando al Ministro della giustizia il compito di decidere in caso di parità di voti (232). In attesa di una simile riforma, potrebbe integrarsi con legge ordinaria la composizione delle sezioni unite con due consiglieri di Stato quando si tratti di questioni di giurisdizioni che lo riguardino (233).

a-8) L'art. 133, comma 1, lett. b), cod. proc. amm., fa salva l'operatività dei Tribunali regionali delle acque pubbliche (T.R.A.P.) e del Tribunale superiore delle acque pubbliche (T.S.A.P.), sollevando così la questione della loro compatibilità con i principi del giusto processo, *sub specie* di imparzialità e terzietà del giudice, e di effettività della tutela, con riguardo alla sperequazione nella tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi su cui detti tribunali esercitano la propria giurisdizione. Il complesso di questi due organi, infatti, riveste «assoluta originalità», ponendosi a «metà strada tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa» e presenta grande interesse in connessione con l'accresciuta importanza riconosciuta alla gestione e fruizione della risorsa idrica, diritto da conservare anche per le generazioni future (234).

Storicamente, l'esigenza di costituire corpi giudicanti specializzati in materia di acque pubbliche deriva dalla spiccata complessità di questa materia e venne per la prima volta affrontata con l'art. 34, d.lgt. 20 novembre 1916 n. 1644, che istituiva un «Tribunale delle acque pubbliche» cumulante giurisdizione ordinaria ed amministrativa ed operante in unico grado di giudizio (235). Il successivo t.u. 11 dicembre 1933 n. 1775 ha ripreso ed ampliato questa im-

(230) L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione*, cit., che ricorda come anche a mente dell'art. 48, t.u. 26 giugno 1924 n. 1054, la Corte di cassazione poteva annullare le sentenze del Consiglio di Stato soltanto per «assoluto difetto di giurisdizione» e che tale soluzione ha ispirato la stesura dell'art. 111, comma 8, Cost..

(231) L. MARUOTTI, *op. ult. cit.*

(232) L. MARUOTTI, *op. ult. cit.*

(233) L. MARUOTTI, *op. ult. cit.*

postazione costituendo i T.R.A.P. ed il T.S.A.P., quest'ultimo qualificabile come giudice amministrativo speciale, la cui competenza ha carattere derogatorio di quella generale dei T.A.R. e del Consiglio di Stato. Più in particolare, mentre in tema di diritti soggettivi connessi alla derivazione e/o utilizzazione di acque pubbliche e alla demanialità delle acque, i T.R.A.P. giudicano in primo grado e il T.S.A.P. in grado d'appello, in materia di interessi legittimi il ricorso è proponibile in unico grado avanti al T.S.A.P., le cui sentenze sono impugnabili soltanto con ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione. Alla distinzione tra situazioni giuridiche soggettive tutelate corrisponde anche una differenza nella composizione dei collegi giudicanti, nei quali è sempre presente un membro di estrazione tecnica.

Non pare sussistano più gravi perplessità in ordine alla compatibilità dei Tribunali delle acque con il requisito di indipendenza ed imparzialità dei giudici prescritto dal principio del giusto processo, ai sensi degli artt. 111 Cost. e 6 CEDU. Infatti, la Corte Costituzionale, con sentenza 3 luglio 2002 n. 305, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 139 e 143, t.u. n. 1775 cit., nella parte in cui non prevedevano meccanismi di sostituzione del componente astenuto, ricusato o legittimamente impedito del T.S.A.P., refluendo l'impossibilità di comporre il collegio giudicante sul diritto di agire in giudizio e sui requisiti che deve avere l'esercizio della funzione giurisdizionale. Dall'altro lato, la presenza di giudici non togati è oggi assistita da adeguate garanzie d'indipendenza, posto che la sentenza della Corte Costituzionale 2002 n. 353 e la l. 26 febbraio 2004 n. 45 hanno superato il precedente sistema di nomina di funzionari dell'ex Genio civile, che si esponeva a censure di carenza di indipendenza per la possibilità di influenze e pressioni da parte dell'amministrazione di appartenenza, sostituendolo con un meccanismo di scelta, essenzialmente gestito dalla magistratura, tra gli iscritti all'albo professionale degli ingegneri.

Ciò stante, il principale profilo di contrasto coi principi del giusto processo e di effettività della tutela della disciplina relativa al plesso giurisdizionale delle acque pubbliche consiste nella predetta differenziazione degli strumenti di tutela a seconda della posizione giuridica (diritto soggettivo o interesse legittimo) tutelata, considerato che il diritto comunitario ed interna-

(234) V. PARISIO, *I Tribunali delle acque: un modello giurisdizionale tutto italiano*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 12, 3679 ss., il quale ricorda anche che il d.l. 11 novembre 2002 n. 251, poi non convertito, ne aveva prevista la soppressione. Per ulteriori approfondimenti sulla figura dei Tribunali delle acque, v: A.M. SANDULLI, *Sulla sopravvivenza delle giurisdizioni speciali al termine fissato per la loro revisione*, in *Giur. cost.*, 1956; R. CHIEPPA, *Leggi nuove e giurisdizioni speciali preesistenti*, in *Giur. cost.*, 1962, 1501 ss.; S. PALAZZOLO, *Tribunali delle acque pubbliche*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, 379 ss.; G.B. CONTE, *Tribunali delle acque pubbliche*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, VI, 5397 ss.; G. MASTRANGELO, *I tribunali delle acque pubbliche*, *Monografie del Corriere giuridico*, Milano, 2009.

(235) Per i profili storici, che affondano le proprie radici anche nell'ordinamento romano, cfr. G. ASTUTI, *Acque (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, 346-386.

zionale tendono a garantire una tutela il più possibile omogenea ed effettiva a prescindere dal *nomen iuris* della situazione azionata (236).

a-9) Da ultimo, si pone la questione della compatibilità con il principio del giusto processo del potere di esercitare *ex officio* la propria giurisdizione attribuito ai commissari regionali per la liquidazione degli usi civici dall'art. 29, comma 2, l. 16 giugno 1927 n. 1766 (237). Detti commissari costituiscono una giurisdizione amministrativa speciale, derogatoria, al pari dei T.R.A.P. e del T.S.A.P., delle competenze di T.A.R. e Consiglio di Stato, composta da un punto di vista soggettivo da magistrati ordinari e in origine munita anche di una competenza amministrativa, trasferita alle regioni dall'art. 66, comma 5, d.p.r. 24 luglio 1977 n. 616.

Il tema è stato già affrontato *ex professo* dalla Corte Costituzionale che, con sentenza 20 febbraio 1995 n. 46, ha «provvisoriamente» salvato detto potere officioso, che si estrinseca nella facoltà di citare direttamente le parti o provvedere con proprio atto all'integrazione del contraddittorio, ammettendone la sopravvivenza quale soluzione transitoria per evitare una nociva lacuna nella tutela dell'interesse pubblico generale che si incentra negli usi civici (238).

In realtà, sono passati quasi venti anni da quella sentenza, il principio del giusto processo è stato nel frattempo costituzionalizzato e nulla è ancora mutato sul punto, conservandosi in questo specifico settore dell'ordinamento un inaccettabile *vulnus* al canone di terzietà del giudice (*nemo iudex in re sua*), che nel procedimento relativo alla tutela degli usi civici si confonde con la parte, secondo un modello inquisitorio che espone a pericolo l'effettività della tutela del diritto alla difesa, dichiarato inviolabile dall'art. 24 Cost..

(236) V. PARISIO, *I Tribunali delle acque*, cit.

(237) Come è noto, gli «usi (o demani) civici» sono specifici diritti di uso pubblico su fondi oggetto di proprietà collettiva, la cui titolarità spetta, sin dal Medioevo, a determinate comunità locali, al fine di facilitare la conduzione di attività agricole. Nel XIX secolo e nella prima metà del XX detti diritti sono stati oggetto di una politica legislativa di eliminazione, mediante lo strumento della liquidazione, mirata ad agevolare il consolidamento di contrapposti ordinari diritti dominicali. In tempi più recenti, con l'affermazione dell'idea che la proprietà privata possa essere limitata per ragioni di pubblica utilità, se ne propugna la conservazione e salvaguardia, in nome della tutela dell'ambiente e della sua salubrità. In argomento, cfr. M. NUNZIATA, *Per una nuova natura (ed una nuova vita) dei "commissari per gli usi civici"*, in *Mondo giudiz.*, 1994, 350 ss.; U. PETRONIO, *Usi civici*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1990, 930 ss.; E. DI SALVO, *Aspetti processuali del giudizio commissariale*, in *N. dir. agr.*, 1990, 1 ss..

(238) Così M. NUNZIATA, *Costituzionalmente legittimo riconoscere l'autonomo potere di esercitare ex officio la propria giurisdizione ai commissari degli enti pubblici*, in *Riv. giur. amb.*, 1996, 1, 79 e ss.. In argomento, v. anche: M.A. LORIZIO, *I commissari per gli usi civici e i poteri d'ufficio. Conflitto fra giudici in attesa della legge*, in *Giur. cost.*, 1995, 1122 ss.; E. CASAMASSIMA, *Soppressione giurisprudenziale del potere di impulso d'ufficio nei giudizi di competenza del commissario per la liquidazione degli usi civici*, in *Giur. it.*, 1994, I, 532 ss.; A. GERMANÒ, *Ancora sul commissario liquidatore degli usi civici*, in *Dir. giur. agr. e amb.*, 1993, p. 19 ss.; ID., *Usi civici: problemi procedurali nella legislazione regionale dopo il D.P.R. 616/77*, in *Giur. agr.*, 1987, 455 ss.; G. CAIZZONE, *Sulla riforma del processo commissariale per gli usi civici*, in *Giust. civ.*, 1989, II, p. 415 ss.; E. DI SALVO, *Impulso ex officio nella giurisdizione commissariale sugli usi civici*, in *Giur. agr.*, 1989, p. 83 ss..

(segue) *b) criticità processuali.*

b-1) Il primo profilo di criticità processuale - ma anche sostanziale - dell'attuale codice del processo amministrativo pertiene la *vexata quaestio* della compatibilità dell'interesse legittimo con il principio di effettività della tutela, soprattutto nelle materie di rilevanza comunitaria come gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, dal momento che la «somma ingiustizia» della giustizia amministrativa italiana è sempre stata il nodo del risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo.

Secondo una celebre definizione, l'interesse legittimo è una posizione di vantaggio riservata a un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione di poteri idonei a influire sul corretto esercizio della potestà pubblica, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene (239). Al contrario, il «diritto soggettivo» s'identifica con l'*agere licere*, cioè con una facoltà di agire che è esercitabile sulla base di una personale valutazione di opportunità da parte del titolare, nel quadro della sua autonomia privata (240). L'interesse legittimo è una categoria giuridica munita di rilevanza costituzionale, dato che è assunto quale ordinario criterio di riparto tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, ed è l'unica tecnica di tutela che consenta di fronteggiare in modo diretto un potere unilaterale che si frappone tra un soggetto e l'ottenimento dell'utilità che gli occorre: il diritto soggettivo, infatti, implica la possibilità per il suo titolare di realizzare il proprio interesse *ad nutum*, cioè direttamente e senza intermediazioni (241).

Il risarcimento del danno causato colposamente nell'esercizio illegittimo di un pubblico potere, e cioè il ristoro della lesione di un interesse legittimo, è una componente fondamentale del sistema di garanzia dei cittadini: la responsabilità civile della pubblica amministrazione è simbolo della civiltà di un ordinamento giuridico, tant'è che, in origine, essa godeva di una sorta di «immunità» giustificata da ragioni ideologiche (l'amministrazione opera per il bene dei cittadini) ovvero di convenienza (evitare il depauperamento del patrimonio comune) (242).

Sul punto, l'attuazione del principio di effettività e completezza della tu-

(239) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV, Bologna, 1994, 87. Per M.S. GIANNINI, *Ha un futuro la nozione di interesse legittimo?*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, I, Milano, 1993, 51, «a qualunque giurista italiano sia capitato di dover spiegare ad un collega, anche europeo, cosa è per noi l'interesse legittimo, si sono presentate difficoltà al limite della comprensibilità umana».

(240) R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina, 1934, 190 ss..

(241) F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 8. La distinzione delle giurisdizioni in base alla consistenza della posizione giuridica soggettiva altro non è se non l'accoglimento del criterio di riparto della *causa petendi* (o *petitum* sostanziale), affermato per la prima volta dalle sentenze «Laurens» e «Lombardi» (rispettivamente Cass. civ., sez. un., 24 giugno 1891, in *Foro it.*, 1891, I, 961 e 31 luglio 1894, *ibidem*, 1894, I, 141).

(242) Cass. civ., sez. I, 24 maggio 1991 n. 5883, in *Foro it.*, 1992, I, 453.

tela non comporta alcuna conseguenza negativa sulla persistente utilità e attualità della consolidata distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, come differenti modalità di tutela delle posizioni individuali, non ostandovi neppure le indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario, che questa bipartizione non accoglie ma che neppure preclude in alcun modo (243). In altri termini, ai fini dell'attuazione del giusto processo amministrativo non rileva l'esistenza in sé della figura dell'interesse legittimo, ma il fatto che la sua distinzione concettuale dal diritto soggettivo non possa essere intesa nel senso di una radicale divaricazione dei rimedi esperibili, teorizzandone una tutela dimidiata, non appagante per il cittadino e non conforme alle indicazioni internazionali e comunitarie sul principio di effettività (244). Infatti, l'interesse legittimo è una situazione giuridica di pari dignità rispetto al diritto soggettivo che deve avere un livello di tutela equipollente, non avendo nulla al proprio interno che lo condanni ad una protezione di livello inferiore a quella propria del diritto soggettivo (245).

Storicamente, l'equiparazione tra tutela del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo è avvenuta grazie alla spinta dell'Unione europea, la cui giurisprudenza ha elaborato un sistema di responsabilità extracontrattuale del pubblico potere mutuato sui modelli francese e tedesco (246). Un sistema che, in origine applicato agli organi comunitari, è stato poi esteso ai comportamenti omissivi dei poteri statali, normativi, amministrativi o giudiziari, sulla base della più generale considerazione che non può esservi un potere senza responsabilità; una logica pienamente rispondente ai principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale già sanciti dagli artt. 24 e 113 Cost. (247). Nell'or-

(243) S. TARULLO, *op. cit.*, 458, il quale ricorda che, pur non essendo accolta, neppure è osteggiata dal diritto comunitario, ove si consideri che la giurisprudenza europea ha avuto modo di affermare che «non spetta alla Corte intervenire nella soluzione di problemi di competenza che può sollevare, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario nazionale, la definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario», fermo restando che gli Stati membri «sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva di detti diritti» (Corte CE 17 settembre 1997, C-54/96, in *Racc.*, I, 4961).

(244) S. TARULLO, *op. cit.*, 495; M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti: studio sull'influsso dell'integrazione europea sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici nei confronti delle amministrazioni nazionali*, Milano, 1997, 28.

(245) F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 157; M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 469, 481.

(246) R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 312-313.

(247) S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 162; A. ZITO, *Riforma dell'amministrazione, ordinamento comunitario e principio di responsabilità: prime riflessioni a margine della legge 15 marzo 1997 n. 59*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 674; F. SATTA, *La nuova giurisdizione in materia di pubblici servizi, edilizia ed urbanistica. Considerazioni critiche*, in *Temi romana*, 1999, 939. Per la giurisprudenza comunitaria, v. Corte CE 19 novembre 1991 C-6/90 e C-9/90, in *Cons. St.*, 1992, II, 333, 23 maggio 1996 C-5/94, in *Racc.*, 1996, I, 2553 ss., 30 settembre 2003 C-224/01, *ibidem*, I, 10239.

dinamento europeo, in particolare, ai fini del risarcimento del danno nei confronti delle istituzioni, non trova applicazione la regola della «pregiudizialità amministrativa» e, nel giudizio di responsabilità civile, si è sempre ammesso il sindacato sulla legittimità dell'atto asseritamente lesivo (248). Infatti, la Corte di Giustizia ha affermato che il mancato tempestivo esperimento del rimedio annullatorio non può comportare il diniego o la compressione del diritto al risarcimento, ostandovi il principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale (249). Conseguentemente, il danneggiato ha diritto a scegliere l'azione ritenuta più idonea per il soddisfacimento del proprio interesse sostanziale, senza dover subire preclusioni ingiustificate (250).

L'azione aquiliana è, quindi, un presidio insopprimibile del principio di effettività e pienezza della tutela, la cui *vis expansiva* non consente di ammettere che le situazioni rilevanti per il solo diritto interno possano ricevere una tutela differenziata *in peius* (251). Conseguentemente, qualunque controversia risarcitoria nei confronti dell'autorità, riferibile o meno a situazioni giuridiche protette dal diritto comunitario, deve poter essere tutelata mediante un'azione autonoma, che ha pure il pregio di consentire il ristoro economico nei casi in

(248) Cfr. Corte CE 24 ottobre 1973, C-43/72, in *Racc.*, 1973, 1055, 4 ottobre 1979, C-241/78, *ibidem*, 1979, 3017, 12 aprile 1984, C-281/82, *ibidem*, 1984, 1969, 26 febbraio 1986, C-175-84, *ibidem*, 1986, 753, 30 maggio 1989, C-20/88, *ibidem*, 1989, 1582. La teoria della «pregiudizialità amministrativa», infatti, fondamento di quella del «doppio binario» (cioè della tutela su due giurisdizioni, quella amministrativa per l'annullamento dell'atto lesivo e quella ordinaria per il ristoro del danno), configurava la tempestiva impugnazione dell'atto e il suo annullamento giudiziale *condicio sine qua non* dell'accoglimento della domanda risarcitoria. In tal senso, il provvedimento non impugnato entro il prescritto termine decadenziale si considerava arrecato *iure*, perché ancora munito della presunzione generale di legittimità degli atti amministrativi (P. STELLA RICHTER, *Il principio di concentrazione nella legge di riforma della giustizia amministrativa*, in *Giust. civ.*, 2000, 438). L'autonomia dell'azione risarcitoria era perlopiù negata sulla base del timore che una pretesa avanzata entro l'ordinario termine di prescrizione decennale, non preceduta dall'annullamento dell'atto, potesse comportare un'elusione del termine di decadenza imposto per l'impugnazione, ridondando in un'incisione postuma di una situazione ormai definita dall'autorità amministrativa (G. VACIRCA, *Appunti sul risarcimento del danno nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2001, II, 354; D. DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, in *Dir. e form.*, 2002, 1695; S. DE FELICE, *La tutela dell'interesse legittimo tra annullamento e risarcimento*, in *TAR*, 2002, II, 651). Infatti, il breve termine decadenziale fissato per adire il giudice dell'annullamento era ritenuto funzionale ad attribuire stabilità e certezza ai rapporti giuridici di diritto pubblico, che non possono essere esposti a tempo indeterminato a una contestazione giudiziaria che potrebbe alterarne la consistenza (L. TORCHIA, *Giurisdizione amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 6, 576; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2001, 123). Più in particolare, la giurisprudenza era convinta che il principio di certezza delle situazioni giuridiche potesse essere scosso dalla possibilità di far valere oltre il termine decadenziale, sia pur ad altri fini, l'illegittimità dell'atto Cfr. Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2003 n. 4538, in *Foro it.*, 2003, I, 2073.

(249) Corte CE 8 marzo 2001, C-397/98 e C-410/98, in *Racc.*, 2001, I, 1727.

(250) S. TARULLO, *op. cit.*, 308.

(251) E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2005, 79; S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo. Il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1225. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, ad. plen., (ord.za) 30 marzo 2000 n. 1, cit..

cui il ricorso sia dichiarato inammissibile o improcedibile (252). La stessa giurisprudenza comunitaria, quale «correttivo» per l'autonoma proponibilità della domanda risarcitoria, ha teorizzato il «divieto di distorsione dello scopo dell'azione», per evitare che con il giudizio di responsabilità possa conseguirsi utilmente il medesimo risultato che avrebbe potuto ottenersi con uno strumento giuridico diverso (253). Ciò comporta che, in presenza di atti di diniego all'accrescimento della sfera individuale del privato di una data utilità, entro il termine di prescrizione decennale potrà essere chiesto il solo risarcimento per equivalente e non anche quello in forma specifica, dato che esso è assorbito dall'azione di annullamento (254).

Agli stimoli provenienti dal diritto comunitario hanno fatto seguito, sul piano interno, iniziative sia legislative, sia giurisprudenziali.

Sotto il primo profilo, viene in questione l'art. 13, l. 19 febbraio 1992 n. 142, attuativo della direttiva n. 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 del Consiglio (sul coordinamento delle disposizioni relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di lavori), che ha riconosciuto ai soggetti che *in subiecta materia* abbiano subito una lesione, a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario, il diritto di chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno (255). Tuttavia, posto che l'obbligo dell'amministrazione di risarcire ogni pregiudizio generato *non iure* da propri comportamenti o provvedimenti su situazioni protette dal diritto comunitario, pur affermato esplicitamente per i soli appalti pubblici, ha natura di principio generale, la sua limitazione ai soli interessi legittimi nel settore degli appalti pubblici non era sostenibile per evidenti profili di irragionevolezza e discriminazione, anche alla luce degli artt. 24 e 113 Cost. (256). Dal che è derivata la necessità di affermare la risarcibilità dell'interesse legittimo in sé e per sé considerato come categoria giuridica, avvenuta per la prima

(252) S. TARULLO, *op. cit.*, 327.

(253) Corte CE 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, in *Racc.*, 1996, I, 1029.

(254) Tra gli ultimi contributi vedi in particolare: V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse innanzi al giudice ordinario ed al giudice amministrativo*, Milano, 2006; M.V. LUMETTI, *Violazione dell'interesse legittimo e danno risarcibile*, Milano, 2008; L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, Torino, 2008; G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2001.

(255) In senso contrario, cfr. precedentemente Cass. civ., sez. un., 16 dicembre 1994 n. 10800, in *Corr. giur.*, 1995, 483, 9 luglio 1991 n. 7550, in *Cons. St.*, 1991, II, 2081, 3 maggio 1966 n. 1109, in *Foro it.*, 1966, I, 338. Sull'art. 13, l. 19 febbraio 1992 n. 142, v.: E. MELE, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici, commento all'art. 13 della legge comunitaria 1991*, in *Riv. trim. app.*, 1991, 1125 ss.; E.M. BARBIERI, *Il giudice amministrativo comunitario e la risarcibilità degli interessi legittimi in materia di appalti*, in *Riv. trim. app.*, 1993, 37; C. VARRONE, *Sulla risarcibilità dell'interesse legittimo in materia di appalto di opere pubbliche*, in *Giur. it.*, 1993, 37; G. SAPORITO, *Sulla risarcibilità degli interessi legittimi negli appalti pubblici*, in *Corr. giur.*, 1994, 620; G. MONTEDORO, *Verso il diritto comunitario europeo degli appalti: spunti di riflessione in tema di effettività della tutela*, in *Foro amm.*, 1995, 2111; L. PERFETTI, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi negli appalti pubblici*, in *Amm. it.*, 1995, 178.

volta con l'art. 35, d.lgs. n. 80 cit., adottato ai sensi dell'art. 11, comma 4, lett. g), l. 15 marzo 1997 n. 59, per il quale il giudice amministrativo, «nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli artt. 33 e 34» (i.e. edilizia, urbanistica e servizi pubblici) può disporre anche «attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto» (257). È noto che la Corte costituzionale, con sentenza 17 luglio 2000 n. 292 ritenne che l'attrazione di alcune materie nell'alveo della giurisdizione esclusiva non fosse autorizzata dalla legge delega, dichiarando così l'incostituzionalità dell'art. 33 cit. Conseguentemente, con l'art. 7, l. 21 luglio 2000 n. 205, il testo dell'art. 33, come pure degli artt. 34 e 35, è stato reiterato, fornendo così copertura formale alle scelte compiute dal legislatore delegato del 1998, estendendo il potere risarcitorio del giudice amministrativo dalle materie di giurisdizione esclusiva a tutte quelle comprese nella giurisdizione generale di legittimità, per le quali il precedente art. 7, l. n. 1034 del 1971, teneva ferma la giurisdizione del giudice ordinario, pervenendosi ad un giudice unico dell'annullamento e del risarcimento (258).

Quanto alla giurisprudenza, la Corte di Cassazione, dopo aver «picconato», con la celebre sentenza resa a sezioni unite 22 luglio 1999 n. 500, la pregiudiziale amministrativa c.d. esterna, cioè tra giurisdizioni, l'ha definitivamente superata anche nell'ambito della giurisdizione amministrativa, chiarendo che la tutela risarcitoria autonoma spetta per il solo fatto che la situazione soggettiva è stata sacrificata da un potere esercitato in modo illegittimo e che la relativa domanda richiede al giudice di accertare l'illegittimità di tale agire, senza che ciò possa essere precluso dall'inoppugnabilità del provvedimento (259). L'autolimitazione, da parte del giudice amministrativo,

(256) Sulla *vis expansiva* dell'art. 13, l. n. 142 cit., v. A. TIZZANO, *Diritto comunitario e tutela giurisdizionale nel diritto interno. La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in AA.VV., *Attività amministrativa e tutela degli interessati*, Torino, 1997, 44-45; S. TARULLO, *op. cit.*, 232; A. ANGELETTI, *Ordinamento comunitario e diritto interno nel progetto di riforma del processo amministrativo: la tutela dei diritti e degli interessi*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 381.

(257) L'art. 11, comma 4, lett. g), l. 15 marzo 1997 n. 59, disponeva l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, eliminando così, in dette materie, la preesistente duplicazione di giudizi. Secondo S. TARULLO, *op. cit.*, 214, «al legislatore delegato del 1998 va riconosciuto il merito di aver introdotto un'originale ipotesi di giurisdizione certo ancora 'esclusiva', ma appartenente ad un *genus* del tutto nuovo, in quanto comprensiva anche dell'aspetto reintegratorio/risarcitorio connesso alla specifica questione portata *sub iudice*».

(258) M. CLARICH, *La riforma del processo amministrativo. Introduzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1070; S. TARULLO, *op. cit.*, 220; A. CAMOZZI, *La legge n. 205/2000 in materia di giustizia amministrativa*, in *TAR*, 2000, I, 539; G. VISINTINI, *Danno ingiusto e lesione di interessi legittimi*, in *Contr. e impr.*, 2001, 12; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Diritto amministrativo e diritto comunitario. Riflessioni sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Milano, 1998, 491-492.

(259) Cass. civ., sez. un., 12 giugno 2006 n. 13659 e 13 giugno 2006 n. 13660, in *Giust. amm.*, 2006, 3, 569.

del proprio potere di condanna al solo risarcimento del danno conseguente all'annullamento dell'atto illegittimo si risolve, quindi, in un rifiuto di esercitare la giurisdizione (260). Pertanto, il diniego di tutela risarcitoria autonoma che sia motivato con l'inoppugnabilità del provvedimento, viola le norme sulla giurisdizione e in particolare il principio di effettività, che integra un limite esterno della giurisdizione, ed è sindacabile tramite ricorso per cassazione (261). Il giudice amministrativo investito di una domanda autonoma di risarcimento, dunque, dovrebbe considerare il provvedimento illegittimo alla stregua di un comportamento, cioè come un fatto che ha concorso a determinare un danno ingiusto nei confronti del suo destinatario (262). La giurisprudenza amministrativa, sia pure con notevoli resistenze, alla fine si è uniformata all'orientamento della Corte di cassazione favorevole al suo definitivo superamento (263).

Se, quindi, non può precludere del tutto il risarcimento, la mancata impugnazione dell'atto lesivo entro il termine prescritto non è totalmente indifferente per le ragioni dell'attore (264). Infatti, il dato può assumere senz'altro rilevanza ai sensi dell'art. 1227, cod. civ., per il quale se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate, ovvero non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Ciò significa che, nel risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo, l'onere di diligenza della vittima dell'illecito non si riduce al non tenere una condotta suscettibile di aggravare le conseguenze del fatto, ma si estende a un contegno attivo di riduzione delle conseguenze dell'illecito (c.d. *duty to mitigate*) (265). Se il cuore della pretesa risarcitoria nei confronti dell'amministrazione è il negligente esercizio del potere, chi la faccia valere non può, poi, esporsi alla speculare contestazione di avere con negligenza aggravato il danno (266).

In definitiva, il principio di effettività della giurisdizione e l'inclusione tra i suoi limiti esterni del controllo sulla pienezza e completezza della tutela riafferma il rispetto del diritto come valore centrale dell'azione del pubblico

(260) Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008 n. 30254, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 4, 385.

(261) Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008 n. 30254 cit. In argomento, cfr. M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato*, in E. PICOZZA, B. SASSANI (diretta da), *Studi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2005.

(262) E. PICOZZA, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della P.A. La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, nota a Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008 n. 30254, in *Corr. giur.*, 2009, 5, 647 ss..

(263) Al riguardo, il «canto del cigno» della pregiudiziale amministrativa può considerarsi Cons. Stato, ad. plen., 22 ottobre 2007 n. 12, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 1, 1359.

(264) B. RAGANELLI, *La pregiudizialità amministrativa*, cit.; G. GRÜNER, *Considerazioni intorno alla così detta "pregiudiziale amministrativa"*, in *Servizi pubblici e appalti*, Milano, 2003, III, 402 ss..

(265) S. TARULLO, *op. cit.*, 339.

potere: la possibilità di azioni autonome di risarcimento del danno, infatti, non può che favorire nell'amministrazione la più attenta ponderazione degli interessi in gioco al fine di produrre la decisione più giusta, soprattutto alla luce della legalità sostanziale piuttosto che delle mere forme (267).

Il codice del processo amministrativo è intervenuto in questo contesto, ormai ben definito, introducendo una disciplina dell'azione di annullamento inalterata nella propria struttura essenziale, mantenendone cioè la natura tradizionale di rimedio generale esperibile in presenza dei tipici vizi di violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere, entro il consueto termine decadenziale di sessanta giorni. La persistente centralità dell'azione di annullamento deriva dalla stessa configurazione dell'oggetto della giurisdizione amministrativa, che investe, come noto, le manifestazioni immediate e mediate del potere pubblico. Di tale avviso si è mostrata anche la giurisprudenza, la quale non ha tardato ad affermare che anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 104 cit., il sistema processuale amministrativo ribadisce la preminenza dell'azione demolitoria di provvedimenti illegittimi tra le azioni proponibili, in cui i principi di parità delle parti e giusto processo e di pienezza della tutela secondo il diritto europeo convergono nella centralità della motivazione quale presidio del diritto costituzionale di difesa (268).

L'art. 30, cod. proc. amm., detta ora una disciplina che apparentemente apre la strada all'azione risarcitoria autonoma, cioè «pura», non mediata dal previo annullamento dell'atto lesivo. Tuttavia, la concreta proponibilità del rimedio incontra un grave ostacolo nel termine eccessivamente breve di centoventi giorni per la sua proposizione (coincidente con quello per proporre ricorso straordinario al capo dello Stato) e nelle modalità di quantificazione del danno risarcibile nel caso in cui il ricorrente abbia ommesso di proporre l'azione di annullamento.

Quanto al primo aspetto, la previsione di un termine decadenziale, pur rientrando nella discrezionalità del legislatore, è ad ogni evidenza una soluzione di compromesso fra l'orientamento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, contrario alla pregiudizialità, e quello dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ad essa invece favorevole (269). Tuttavia, l'eccessiva

(266) Secondo Corte CE 19 maggio 1992, C-104/89 e C-37-90, in *Racc.* 1992, I, 3061, nell'ordinamento comunitario opera «un principio generale comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri secondo il quale la persona lesa, per evitare di doversi accollare il pregiudizio, deve dimostrare di aver agito con ragionevole diligenza onde limitare l'entità del danno». Analogamente, per Corte CE, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, in *Racc.*, 1996, I, 1029, «per determinare il danno risarcibile il giudice nazionale può verificare se il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione».

(267) E. PICOZZA, *op. cit.*

(268) T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 10 novembre 2010 n. 3873, in *Foro amm. TAR*, 2010, 11, 3651.

(269) S. RAIMONDI, *op. cit.*

brevità di esso e il forte peggioramento della situazione del ricorrente rispetto all'ordinario termine di prescrizione decennale inducono a dubitare della legittimità costituzionale di una simile scelta, per le difficoltà che può frapponere all'effettiva possibilità di esercitare l'azione stessa (270). Tra l'altro, non v'è chiarezza sull'applicabilità del termine decadenziale predetto alle controversie risarcitorie devolute all'esclusiva giurisdizione, dato che, pur riferendosi letteralmente l'art. 30, comma 3, cod. proc. amm., alla domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi, nella giurisdizione esclusiva non si fa distinzione coi diritti soggettivi e le altre disposizioni sembrano concepite in modo tale da ricondurre a detto termine pure le controversie trattate in sede di giurisdizione esclusiva (271).

In merito al secondo aspetto, invece, il mancato esperimento degli altri mezzi di tutela disponibili, cioè la mancata proposizione dell'azione di annullamento, è proprio una delle ipotesi nelle quali è applicabile l'art. 1227, comma 2, cod. civ., che esclude la risarcibilità del danno che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Essendo difficile immaginare situazioni in cui il ricorrente non è in grado di proporre l'azione di annullamento, «la pregiudizialità amministrativa, superata nella forma, riemerge surrettiziamente nella sostanza» (272). La non risarcibilità del danno evitabile con l'ordinaria diligenza pone, quindi, a carico del ricorrente l'onere di azionare quantomeno la tutela cautelare, sollevando ulteriori dubbi di legittimità costituzionale.

b-2) Un secondo profilo di criticità riguarda i consolidati concetti di «legittimazione» e di «interesse» a ricorrere che, in materia di appalti e segnatamente di ricorso incidentale, sono esposti a un rischio di stravolgimento, a causa dell'impostazione comunitaria sulla sufficienza del «rischio di danno» ai fini della legittimazione e per la formazione di un orientamento giurisprudenziale interno volto a valorizzare l'interesse c.d. «strumentale» al ricorso (273).

Sotto il primo profilo, gli artt. 1, comma 3, della direttiva n. 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 e della direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, nel testo introdotto dalla direttiva n. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, in tema di coordinamento delle disposizioni relative alle procedure di ricorso per l'aggiudicazione di appalti pubblici, prevedono che «3. Gli Stati membri garantiscono

(270) S. RAIMONDI, *op. cit.*, che ricorda come T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 7 settembre 2011 (ord.za) n. 1628, ha sollevato proprio la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost., dell'art. 30, comma 5, cod. proc. amm., nella parte in cui prevede, per la proposizione di un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione, un termine decadenziale di centoventi giorni dall'avvenuta formazione del giudicato di annullamento.

(271) S. RAIMONDI, *op. cit.*

(272) M. CLARICH, *op. ult. cit.*

(273) B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004; L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata». In altri termini, si afferma che il ricorso spetta a chiunque abbia avuto un danno o anche un mero «rischio di danno», in contrasto con l'impostazione dominante in giurisprudenza nazionale.

Quanto al secondo aspetto, vengono in questione le sentenze, rese in adunanza plenaria, dal Consiglio di Stato 10 novembre 2008 n. 11 e 7 aprile 2011 n. 4 sui rapporti tra gravame principale ed incidentale in caso di contestazione incrociata degli atti di ammissione alla gara di tutti i concorrenti. È questo un problema che solleva importanti questioni riguardanti l'imparzialità del giudice e la posizione di parità, sostanziale e processuale, delle parti (274).

Con la prima delle due decisioni, il Consiglio di Stato aveva affermato che la questione dell'ordine di trattazione dei ricorsi in parola è devoluta all'apprezzamento discrezionale del giudice, che lo eserciterà secondo criteri di logicità, economicità, parità delle parti ai sensi degli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, legalità sostanziale, dando priorità al gravame decisivo per risolvere la lite (275). Tuttavia, secondo attenta dottrina, il reale problema sottostante ai rapporti tra ricorso principale ed incidentale è la relazione tra le distinte categorie

(274) L. CIMELLARO, *Alcune note sulla parità delle parti nell'Adunanza plenaria n. 11 del 2008*, nota a Cons. Stato, ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11, in *Foro amm. CdS*, 2008, 11, 2949. Sul tema del ricorso incidentale, la bibliografia è sterminata, si rinvia pertanto ai seguenti riferimenti essenziali: E. CAPACCIOLI, *In tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, 1014 ss.; F. LUBRANO, *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 756 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 212 ss.; W. CATALLOZZI, *Note sulle impugnazioni incidentali nel processo d'anzì ai giudici amministrativi ordinari*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1766; ID., *Ricorso incidentale (giudizio amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; G. VACIRCA, *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 57 ss.; S. SANTORO, *Appunti sulle impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 424; S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, 363; A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511 ss.; S. BACCARINI, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo tra tradizione e innovazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 639; C. MIGNONE, *Il giudizio di primo grado*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, 1927; G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 2001, 298; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2001, 185; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2001, 217 ss.; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, 1994, 614 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 691; D.M. TRAINA, *Lo svolgimento del giudizio*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, V, Torino, 2003, 4368; E. FOLLIERI, *L'azione davanti al giudice amministrativo*, in F.G. SCOCA, (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003; G. FERRARI, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1058 ss.; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007; R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due solo concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 931 ss..

(275) G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione*, cit..

della legittimazione e dell'interesse a ricorrere, che riguardano l'eguaglianza dei poteri all'interno del processo piuttosto che il vero e proprio ordine logico delle questioni da affrontare in sede di scrutinio (276).

A tal riguardo, nella sentenza del 2008 è stata accordata preminenza alla discutibile categoria dell'interesse «strumentale» a ricorrere - cioè la possibilità di ottenere, mediante il ricorso, l'utilità minima di rimettere in discussione il rapporto controverso, aprendo la possibilità ad una successiva soddisfazione dell'aspirazione al bene della vita sottostante - causando così una netta frattura del tradizionale criterio di riferimento della legittimazione e, in ultima analisi, spingendo nel senso di una progressiva sostituzione del giudice all'amministrazione (277). Infatti, il ricorrente principale, in caso di accoglimento del gravame incidentale, conserverebbe comunque un interesse minore e strumentale a far scrutinare le sue censure sull'ammissione del ricorrente incidentale (aggiudicatario), perché in caso di eventuale accoglimento potrebbe ottenere una nuova gara (278). Analogamente, il ricorrente incidentale, in ipotesi di accoglimento del ricorso principale e dunque di annullamento dell'aggiudicazione, ha un interesse strumentale alla ripetizione della gara. Ecco, quindi, come la parità sostanziale di interessi si traduce in una parità processuale che induce il giudice a scrutinare entrambi i ricorsi e a soddisfare l'interesse strumentale di ambo le parti, interesse che, nell'ipotesi di due soli concorrenti, diviene così assorbente (279).

Con la propria decisione del 7 aprile 2011, invece, il supremo consesso amministrativo, ribaltando gli insegnamenti della pronuncia del 10 dicembre 2008, ha affermato che il ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, «deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel

(276) G. TROPEA, *op. cit.*

(277) G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 653 ss.; sull'interesse strumentale, v. anche G. TROPEA, *Il ricorso incidentale*, cit., *passim*; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 474; D. VAIANO, *L'onere della immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire e interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 693 ss.. In giurisprudenza, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 27 febbraio 2006 n. 1427, in questa *Foro amm. TAR*, 2006, 2, 609, ha affermato che «alla luce del generalissimo principio nazionale e comunitario di libera concorrenza e del criterio di effettività del diritto alla tutela giurisdizionale, sancito dalla Carta costituzionale e dal Trattato europeo, non sembra, infatti, potersi dubitare della sussistenza di un interesse, pur strumentale, differenziato e qualificato di ciascuno degli operatori economici di settore a far valere l'illegittimità dell'aggiudicazione di una commessa pubblica in favore di un concorrente, qualora ciò determini non il diritto all'aggiudicazione di altri concorrenti che parteciparono alla medesima gara, bensì [...] la necessità di rinnovare l'intera procedura volta alla stipula del contratto o della convenzione, in linea con l'interesse sostanziale di ciascun imprenditore operante sul libero mercato a competere, secondo pari opportunità, ai fini dell'ottenimento di commesse da aggiudicare secondo procedure ad evidenza pubblica».

(278) Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2006 n. 6990, cit.

(279) T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 13 aprile 2004 n. 1453, in *Foro amm. TAR*, 2004, 944.

caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura, e detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente, mentre l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità» (280).

In quest'ultima decisione emerge essenzialmente il tema della distinzione fra interesse a ricorrere e legittimazione ad agire, anche in collegamento con l'individuazione delle posizioni sostanziali nell'ambito dei rapporti con le amministrazioni (281). In particolare, la prima consiste nella titolarità di

(280) Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4, in *Foro it.*, 2011, 6, III, 306, in *Foro amm. CdS*, 2011, 4, 1132 e *Guida dir.*, 2011, 31, 103 Sulla sentenza in discorso cfr.: M. MARINELLI, *Ancora in tema di ricorso incidentale "escludente" e ordine di esame delle questioni (note brevi a margine di un grand arrêt dell'Adunanza Plenaria)*, nota a Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4, in *Dir. proc. amm.* 2011, 3, 1174; G. TROPEA, *I rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un'interessante (e per alcuni versi discutibile) ordinanza di rimessione*, in *Giur. it.*, 2011, 7; R. VILLATA, *L'adunanza Plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1186 ss.; G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione*, cit., 221 ss..

(281) F. FOLLIERI, *op. cit.* L'interesse a ricorrere è il vantaggio o l'utilità, anche solo morale, che il ricorrente ritrarrebbe dall'accoglimento dell'azione proposta e che deve essere personale, diretto e attuale. Sul punto cfr.: E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXXVI, 1987, 474; R. VILLATA, *Interesse ad agire, II) diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 3; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, 472; A.M. SANDULLI, *Il ricorso innanzi al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 223; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1309; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, 448; G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1987, 641; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 241; E. MORONE, *Sulla distinzione fra interesse a ricorrere e interesse oggetto del ricorso*, in *Giur. it.*, 1964, III, 113; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 335, afferma, però, l'irrelevanza dell'elemento della lesione; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 140, ove il discorso è condotto per *differentiam* rispetto all'interesse legittimo; G.B. VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995, 221; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 71; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, 202; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 498; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 536; E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 282. In giurisprudenza v.: *ex multis*, Cons. Stato, ad. plen., 27 maggio 1957, n. 9, in *Foro amm.*, 1957, I, IV, 79; sez. V, 28 maggio 1965, n. 546, in *Cons. St.*, 1965, I, 958, 22 aprile 1977 n. 377, in *Foro amm.*, 1977, I, 813. La legittimazione ad agire, invece, è la titolarità di una situazione giuridica soggettiva o di un interesse meritevole di tutela, secondo l'ordinamento giuridico (cfr. E. PICOZZA, *Processo*, cit., 473; R. VILLATA, *Legittimazione processuale, II) diritto processuale amministrativo*, in *Enc. dir.*, XVIII, Roma, 1990, 2; ID., *Ricorso incidentale nel giudizio amministrativo*, cit., 306 ss.; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione*, cit., 471; A.M. SANDULLI, *Il giudizio*, cit., 210 e ss.; V. CAIANIELLO, *op. cit.*, 480, A. GLEJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, 111; C.E. GALLO, *op. cit.*, 68; V. DOMENICHELLI, *Le parti del processo*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, IV, Milano, 2000, 3276; A. TRAVI, *op. cit.*, 206; P. VIRGA, *op. cit.*, 114; G.B. VERBARI, *op. cit.*, 218; G. CORSO, *Manuale*, cit., 497 ss.; V. CERULLI IRELLI, *op. loc. ult. cit.*; E. FOLLIERI, *op. cit.*, 280).

una posizione sostanziale differenziata, che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione, il secondo è l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento, prescindendo dal carattere «finale» o «strumentale» di tale vantaggio (282). In questa ottica, contrariamente a quanto ritenuto dall'adunanza plenaria del 10 novembre 2008, l'eventuale «interesse pratico» alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente, non dimostra in sé e per sé la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso, posto che tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare a una futura selezione (283).

Per il contro-interessato ricorrente incidentale, la legittimazione va comunque ricercata nel rapporto sostanziale, nella titolarità, cioè, di una situazione giuridica soggettiva legittimante all'impugnazione dell'atto già oggetto del giudizio, per differenti motivi, o di un atto diverso; l'interesse, invece, sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, perché la lesione della situazione giuridica soggettiva del contro-interessato diviene attuale solo in questo momento (284). Di certo, non è possibile ammettere che il contro-interessato possa ricorrere incidentalmente per l'annullamento di un provvedimento amministrativo in assenza di legittimazione sostanziale, dato che si sottrarrebbe la domanda alla necessaria connessione con una situazione giuridica soggettiva e si attribuirebbe così implicitamente natura obiettiva alla giurisdizione amministrativa (285). Analogamente è a dirsi ove si ammetta al ricorso chi sia stato semplicemente esposto ad un rischio di danno, difettando qualunque concreta utilità, patrimonialmente valutabile, ed agendosi altrimenti nell'interesse dell'ordinamento.

Ad un simile esito si presta, nella materia dei contratti pubblici, la considerazione del valore della concorrenza, che assurge a interesse pubblico e principio generale di settore con le direttive n. 2004/17/CE e 2004/18/CE del 31 marzo 2004, recepite nel d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, e con la direttiva n. 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 in tema di ricorsi, recepita con il d.lgs. 20 marzo 2010 n.

(282) Cons. Stato, ad. plen, 7 aprile 2011 n. 4 cit., che puntualizza come «la legittimazione al ricorso presuppone il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato. In sé considerata, la semplice possibilità di ricavare dalla invocata decisione di accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante».

(283) G. FIDONE, *Accoglimento del ricorso incidentale escludente e inammissibilità del ricorso principale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 12, 1298 ss..

(284) F. FOLLIERI, *op. cit.*; W. CATALLOZZI, *Ricorso incidentale*, cit., 2.

(285) Secondo G. CORSO, *Manuale*, cit., 498, «la legittimazione ad agire è espressione del principio individualistico che regge il processo amministrativo come il processo civile. Il processo serve alla tutela di una situazione giuridica personale, non per l'esercizio di un controllo diffuso sull'azione dell'amministrazione».

53 e trasfusa nel codice del processo amministrativo (286). Infatti, soprattutto l'ordinamento comunitario tende a far leva sugli interessi individuali al fine di perseguirne di pubblici, con l'effetto di ampliare l'area di meritevolezza della tutela (287). È in questo ordine di idee che l'interesse alla rinnovazione della gara può essere qualificato come «strumentale», laddove, però, la strumentalità opera sul piano obiettivo della piena esplicazione del confronto concorrenziale tra operatori economici (288). Ed in effetti, la recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sezione X, 4 luglio 2013, causa C-100/12, ha implicitamente smentito l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011 n. 4, dichiarando incompatibile con i principi generali del diritto comunitario, ed in particolare con il principio del giusto processo, utilizzandolo sotto l'aspetto dell'integrità e parità del contraddittorio, tale limitazione di tutela (289).

Al contrario, il concetto di strumentalità è stato utilizzato per evocare l'idea che il risultato perseguito con l'impugnazione non si esaurisce nell'annullamento dell'atto gravato, mirandosi a una riedizione dell'attività amministrativa come strumento realmente soddisfacente della pretesa individuale, quasi si trattasse di una proiezione processuale dell'interesse pretensivo (290). Tuttavia, l'interesse strumentale dell'impresa illegittimamente ammessa alla riedizione della gara si riduce a un nesso di probabile consequenzialità tra accadimenti, posto che la rinnovazione, pur essendo la conseguenza più comune della caducazione degli atti, non costituisce l'esecuzione di un giudicato ma è il frutto dell'esercizio di una libera e incoercibile volontà di contrarre (291). Pertanto, nel caso dei ricorsi reciprocamente escludenti, «vengono a mancare entrambi i pilastri che sorreggono l'identità giuridica della nozione di interesse strumentale all'azione: la pregressa lesione e la doverosità dell'attività amministrativa riparatoria *post-annullamento*» (292). La ripetizione della procedura concorsuale, dunque, è sì un vantaggio oggettivo e pragmatico ma non ristora alcuna lesione

(286) M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 801; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1068 ss..

(287) F. FOLLIERI, *op. cit.*; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza*, cit., 310, afferma che «la logica della concorrenza [...] porta con sé un aumento degli strumenti di garanzia a disposizione delle imprese interessate al mercato libero», inducendo a una rilettura della normativa vigente in senso ampliativo di tali strumenti.

(288) F. FOLLIERI, *op. cit.*

(289) Vedi in particolare, D. DI CARLO, *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo (profili sostanziali, procedurali e processuali)*, in *Cons. St.*, 2004, nn. 1-2-3.

(290) P.M. VIPIANA, *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosiddetto interesse strumentale a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 127, evidenzia «la corrispondenza, non biunivoca, tra interesse protetto di tipo pretensivo e interesse a ricorrere di tipo strumentale, nel senso che, se è vero che tutte le volte che ricorre il primo esiste il secondo, non è parimenti vero il contrario».

(291) A. GIANNELLI, *op. cit.*

(292) A. GIANNELLI, *op. cit.*

accertata in sede giurisdizionale di una situazione giuridica soggettiva preesistente, non saldandosi detto interesse con la legittimazione e non superando la soglia del giuridicamente rilevante (293). Ciò in quanto nel processo amministrativo è solo l'effettiva titolarità della situazione soggettiva lesa a garantire la legittimazione del ricorrente, a differenza di quello civile in cui è sufficiente la semplice asserzione dell'avvenuta lesione di essa (294).

In definitiva, la più recente presa di posizione dell'adunanza plenaria ha senz'altro il pregio di aver liberato il tema delle impugnative incrociate dalle suggestioni dell'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, di cui era espressione la precedente pronuncia del 2008 (295). In questo modo è stato chiarito che altro è la titolarità di una posizione sostanziale legittimante, altro l'utilità ricavabile dall'accoglimento dell'azione di annullamento e che l'interesse strumentale alla caducazione della gara e al suo rifacimento non può fungere, di per sé, da surrogato della legittimazione al ricorso, che deve pur sempre essere verificata dal giudice (296).

Se questo è vero, tuttavia, non può farsi a meno di osservare che il precedente orientamento appariva più rispettoso dei principi di effettività della tutela e del giusto processo, dato che, attribuendo valore sistematico ai principi di imparzialità del giudice e di parità delle parti, li applicava anche all'ordine di trattazione delle questioni. Del resto, di ciò è consapevole pure la decisione del 7 aprile 2011, nella parte in cui riconosce comunque la validità delle premesse sistematiche della precedente giurisprudenza, «poiché manifestano alcuni principi cardine del giudizio amministrativo, sostanzialmente confermati e sviluppati dal codice del processo», tra cui «il canone di imparzialità del giudice e quello di parità delle parti, entrambi enunciati dalla Costituzione e dal diritto europeo, nelle sue varie articolazioni». Tuttavia, di là di questa petizione di principio, resta da capire se una presa di posizione quale è quella dell'adu-

(293) M. MARINELLI, *Ancora in tema di ricorso incidentale "escludente"*; M.R. SPASIANO, *Tutela della legalità nel giudizio amministrativo: il ricorso incidentale in materia di gara (con due soli concorrenti)*, in www.giustamm.it osserva che a beneficiare della riedizione della gara è soprattutto l'impresa terza, che potrà parteciparvi conoscendo in anticipo le capacità tecniche e organizzative ascrivibili alle concorrenti che abbiano già partecipato al precedente confronto concorrenziale. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 117, sottolinea come la sussistenza dell'interesse all'azione debba necessariamente radicarsi in un'autonoma e pregressa condizione di legittimazione processuale.

(294) M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2006, 117, chiarisce che la titolarità del diritto di cui l'attore si afferma titolare deve considerarsi uno dei c.d. elementi a doppia rilevanza, «rilevanti sia ai fini del rito che del merito, che vanno considerati nella loro apparenza per il primo profilo e nella loro realtà per il secondo profilo». Nel medesimo senso S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2001, 101; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1982, 578; G. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 2008, I, 154; G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, Bari, 2007, 55; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2010, 47.

(295) M. MARINELLI, *op. cit.*

(296) Nel senso che nel processo amministrativo non ci sia uno spazio per l'interesse a ricorrere, come autonomo presupposto del ricorso si esprime A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, 233 ss..

nanza plenaria del 7 aprile 2011 possa eccedere i limiti della giurisdizione amministrativa, dando così vita ad un vizio azionabile di fronte alle sezioni unite della Corte di Cassazione.

Da ultimo, si segnala che la Corte di giustizia CE, nella recente sentenza 4 luglio 2013, C-100/12, ha avuto modo di affermare che «L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso - con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni - tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale». Conseguentemente, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici: in una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

b-3) Come è noto, la ragionevole durata è uno dei principali corollari del principio del giusto processo, che ha animato e anima l'introduzione di misure acceleratorie. Il processo amministrativo ha iniziato a essere assoggettato al principio di ragionevole durata, sancito dalla CEDU, con la sentenza della Corte di Strasburgo del 26 febbraio 1993 (Salesi c. Italia), affermandosi il susseguente obbligo indennitario a carico dello Stato in caso di sua violazione. Dunque, già prima dell'approvazione della l. 24 marzo 2001 n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile), il tema in discorso era ben presente al legislatore, alla dottrina e alla giurisprudenza (297).

(297) V. FIASCONARO, *La ragionevole durata del processo amministrativo alla luce della Legge Pinto*, in atti del Convegno "Giurisdizione: ragionevole durata del processo", Palermo 11 e 12 novembre 2011, 1 ss..

Quest'ultima, in particolare, dopo la riforma costituzionale del 1999 e quella della l. n. 205 cit., ha iniziato a fare applicazione del canone della ragionevole durata in un'ampia serie di casi e cioè per: *i*) semplificare la motivazione degli atti giudiziari nei casi previsti dalla legge; *ii*) mantenere il processo instaurato di fronte a giudice originariamente incompetente e divenuto tale per *ius superveniens*; *iii*) escludere la possibilità di un'azione di condanna generica, di cui all'art. 278, cod. proc. civ.; *iv*) difendere la legittimità costituzionale della definizione del ricorso con sentenza in forma semplificata; *v*) cancellare la causa dal ruolo solo in presenza dell'accordo di tutte le parti costituite; *vi*) affermare il principio della tendenziale concentrazione della tutela innanzi a un unico giudice; *vii*) evitare il rinvio della decisione della causa in ragione della rimessione al collegio della questione della completezza dell'istruttoria del processo; *viii*) interpretare in senso restrittivo l'art. 275, cod. proc. civ., sulla decisione collegiale della causa; *ix*) supportare l'applicazione della perenzione decennale; *x*) convertire l'appello in ricorso per l'ottemperanza; *xi*) assegnare al giudice amministrativo lo strumento del risarcimento del danno della posizione azionata aventi al medesimo foro; *xii*) coordinare il principio dispositivo col metodo acquisitivo in vista del sollecito ed efficace svolgimento del processo; *xiii*) vietare al giudice il differimento della discussione del ricorso in presenza di un'istanza di rinvio basata su allegazioni labiali e in presenza di espressa contraria volontà delle altre parti; *xiv*) ammettere la domanda risarcitoria nel corso del processo avanti al T.A.R. con semplice memoria notificata alle controparti (298).

In base all'art. 2, comma 1, l. n. 89 del 2001, «chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della l. 4 agosto 1955 n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione». L'accertamento della violazione avviene considerando la complessità del caso, il comportamento delle parti, del giudice e di ogni altra autorità chiamata a contribuire alla sua definizione, annettendo rilevanza al solo danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole e prevedendo adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell'avvenuta infrazione a ristoro del danno non patrimoniale.

(298) Cfr., rispettivamente, Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2001 n. 268, in *Foro amm.*, 2001, I, sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 934, in *Foro amm. CdS*, 2002, 390, 2 marzo 2004 n. 942, in *Foro it.*, 2004, III, 378, 12 giugno 2003 n. 3312, *ibidem*, 2003, III, 681; sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6799, in *Foro amm. CdS*, 2004, 2880; sez. IV, 17 febbraio 2004 n. 619, *ibidem*, 389, 14 dicembre 2004 n. 8028, *ibidem*, 12, 3523; sez. V, 22 novembre 2005 n. 6489, *ibidem*, 2005, 11, 3313, 13 agosto 2007 n. 4447, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. VI, 27 giugno 2008 n. 3269, in *Foro amm. CdS*, 2008, 6, 1860; sez. IV, 29 gennaio 2008 n. 248, in *Guida dir.*, 2008, 10, 9; sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4889, in *Foro amm. CdS*, 2008, 10, 2721, 12 marzo 2009 n. 1505, *ibidem*, 2009, III, 737, 16 giugno 2009 n. 3914, *ibidem*, 2009, 6, 1504.

La domanda di equa riparazione si propone con ricorso nei confronti dei ministri interessati (*i.e.*, a seconda dei casi, del Ministro della giustizia, della difesa o dell'economia) depositato nella cancelleria della Corte di Appello del «distretto» in cui ha sede il giudice competente, ai sensi dell'art. 11, cod. proc. pen., a giudicare nei procedimenti riguardanti i magistrati nel cui distretto è concluso o estinto il giudizio relativamente ai gradi di merito ovvero pende il procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata. Il ricorso è definito entro quattro mesi dal deposito con decreto impugnabile per cassazione secondo il rito camerale di cui agli artt. 737 e ss. cod. proc. civ. In merito all'individuazione della Corte d'appello competente per la liquidazione dell'indennizzo, il termine «distretto» utilizzato dall'art. 3, l. n. 89 cit., non è sembrato applicabile, neppure estensivamente, alla giurisdizione amministrativa, la cui organizzazione territoriale non è, come è noto, per distretti. Conseguentemente, la giurisprudenza, in un primo tempo, ha valorizzato gli ordinari criteri di competenza e, in particolare, quello del c.d. foro erariale *ex* art. 25, cod. proc. civ. (299). Successivamente, si è orientata a considerare in modo unitario il giudizio presupposto che ha determinato il superamento del termine ragionevole, adottando il criterio della «sede» (ancorché non distrettuale) del giudice di merito avanti a cui il giudizio si era instaurato, secondo le prescrizioni dell'art. 11, cod. proc. pen. (300).

Una delle principali questioni applicative del canone di ragionevole durata al processo amministrativo concerne il rapporto tra il giudizio di cognizione e quello di ottemperanza, dovendosi stabilire se il secondo sia una prosecuzione del primo o meno, ciò al fine di individuare il *dies a quo e ad quem* del termine massimo di durata (301). Sul punto, alla stregua di un primo orientamento, è stata affermata la necessità di sommare i due periodi, facendo decorrere il termine semestrale per la proposizione del ricorso dal passaggio in cosa giudicata formale della decisione che chiude il giudizio di ottemperanza, sottolineando il contributo che il giudice dell'ottemperanza fornisce all'integrazione del giudicato cognitorio (302). Al contrario, secondo una differente tesi, i due periodi non sarebbero sommabili in forza dell'autonomia del giudizio di ottemperanza rispetto a quello di merito, perché, ai fini della ragionevole durata, rileva il singolo processo e non il «sistema giustizia» nella sua globalità (303).

Le Sezioni unite civili hanno, alla fine, preferito l'orientamento più restrittivo, chiarendo che il giudizio di cognizione non si conclude con l'attribuzione del bene della vita richiesto, la cui individuazione avviene solo in

(299) Cass. civ., sez. I, 4 febbraio 2003 n. 1653, in *Ced cass.*, 2003.

(300) Cass. civ., sez. un. , 16 marzo 2010 n. 6306, in *Ced cass.*, 2010.

(301) V. FIASCONARO, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, cit..

(302) Cass. civ., sez. I, 18 aprile 2005 n. 7978, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 4.

(303) Cass. civ., sez. I, 23 gennaio 2009 n. 1732, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 1, 111.

sede di ottemperanza, che non è quindi assimilabile al giudizio cognitorio (304). In tal senso, l'oggetto dell'ottemperanza è individuato in un autonomo «diritto all'esecuzione» distinto dalla situazione sostanziale azionata, che può includere anche domande non necessariamente avanzate in precedenza. Il che sarebbe pure confermato dall'impugnabilità per cassazione, ai sensi dell'art. 362, cod. proc. civ., delle decisioni di ottemperanza e dalla possibilità di utilizzare questo tipo di giudizio anche per dare esecuzione a sentenze civili.

Tuttavia, in senso critico, è stato rilevato che, nella giurisprudenza di Strasburgo, è chiaramente affermato che l'esecuzione di una sentenza o di una decisione, di qualsiasi autorità giudiziaria si tratti, deve essere considerata come facente parte integrante del «processo» ai sensi dell'art. 6, CEDU, e che, quindi, il diritto all'esecuzione di una decisione giudiziaria è uno degli aspetti del diritto d'accesso alla giustizia (305). Analogamente, la posizione delle Sezioni Unite pare presupporre un processo amministrativo nel quale sono fatti valere unicamente interessi legittimi (306).

Ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c) ed e), cod. proc. amm., il potere di condanna dell'amministrazione è configurato senza restrizioni di oggetto (*i.e.* restituzione, ripristino, adempimento coattivo), introducendosi la possibilità di anticipare nel giudicato di merito la statuizione delle misure indispensabili per un'adeguata ottemperanza; il che vale ad inglobare nel giudicato l'attuazione del diritto all'ottemperanza che, invece, si vorrebbe collocare in un momento successivo (307). Può, quindi, controvertersi se, in tema di fissazione dei criteri in base a cui il debitore deve proporre al creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine *ex art.* 34, comma 4, cod. proc. amm., la durata ragionevole del processo sia da computare fino alla decisione definitiva sulla spettanza astratta delle somme e sul parametro di quantificazione oppure sino alla statuizione che individuerà concretamente l'ammontare (308).

Sussistono, tuttavia, anche altre questioni circa il periodo di ragionevole durata del processo amministrativo, con riguardo, in primo luogo, alla fase di ottemperanza, che potrebbe non avere una conclusione definitiva nel tempo, perché «l'esercizio del potere è sempre *in fieri* e dunque il percorso della fase esecutiva potrebbe essere non preventivabile a causa di eventuali connessi sviluppi cui la parte intendesse reagire» (309). Al riguardo, basti pensare al fatto che i provvedimenti del commissario *ad acta* possono essere censurati mediante una pluralità, non quantificabile a priori, d'incidenti di esecuzione e

(304) Cass. civ., sez. un., 24 dicembre 2009 n. 27365, in *Red. giust. civ. mass.*, 2009, 12.

(305) Corte CEDU 16 ottobre 2007 (*De Trana c. Italia*) e 19 marzo 1997 (*Hornsby c. Grecia*), ricordate da V. FIASCONARO, *op. cit.*

(306) V. FIASCONARO, *op. cit.*

(307) T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011 n. 1428, in *Red. Giuffrè*, 2011.

(308) V. FIASCONARO, *op. cit.*

(309) V. FIASCONARO, *op. cit.*

che il codice ha introdotto la possibilità generale di proporre appello avverso le sentenze di ottemperanza, diluendone così i tempi e generando grande incertezza sulla sua durata.

Particolarmente critico era, poi, l'originario regime codicistico sull'incompetenza, la cui eccezione poteva essere sollevata fino alla decisione del merito, con conseguente allungamento dei tempi di giustizia (310). Tuttavia, sul punto è intervenuto l'art. 1, d.lgs. 14 settembre 2012 n. 160, che, tra le principali novità introdotte ai fini dell'attuazione dei principi di effettività e del giusto processo, ne ha profondamente modificato la disciplina (311). Un'innovazione necessaria se si considera che, in precedenza, erano lasciati eccessivi margini per rimettere in discussione la competenza sino all'esaurimento del giudizio, con l'inaccettabile rischio di far concludere il processo con un nulla di fatto, cioè una declaratoria di incompetenza che avrebbe vanificato tutto il lavoro svolto, rendendo così il processo non effettivo per la tutela del ricorrente e, in definitiva, ingiusto (312). Le novità introdotte dal d.lgs. n. 160 cit., pur ribadendo che la competenza è inderogabile e pur preservando il potere officioso di rilevarne il difetto sino alla decisione finale, ne rendono il rilievo più semplice, dato che comprimono i tempi per la proposizione dell'eccezione di parte, prevedono un'udienza-filtro, aboliscono il regolamento preventivo, di parte o d'ufficio, e colmano pure una lacuna sullo spostamento di competenza per ragioni di connessione, sul quale ultimo la giurisprudenza era ripetutamente intervenuta (313). A tale ultimo riguardo, tuttavia, la disciplina sulla connessione è ancora incompleta, perché riguarda la sola ipotesi di connessione tra atto principale e suoi presupposti e non anche quella con gli atti consequenziali (314).

Non esente da censure, sotto il profilo della ragionevole durata del processo, è la formulazione dell'art. 105, cod. proc. amm., in tema di rimessione al primo giudice ed a mente del quale il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado soltanto se è mancato il contraddittorio, oppure è stato lesa il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiara la nullità della sen-

(310) Vedi in generale P. STELLA RICHTER, *La competenza territoriale nel giudizio amministrativo*, Milano, 1975.

(311) M.A. SANDULLI, *Il codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?*, in www.federalismi.it.

(312) M.A. SANDULLI, *Il codice cit.*; R. DE NICTOLIS, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(313) Cons. Stato, ad. plen., 14 novembre 2011 n. 19, in *Foro amm. CdS*, 2011, 11, 3353, 16 novembre 2011 n. 20, *ibidem*, 2011, 11, 3355, 25 giugno 2012 n. 23, *ibidem*, 2012, 6, 1537, 24 settembre 2012 n. 33, *ibidem*, 2012, 9, 2230.

(314) R. DE NICTOLIS, *op. cit.*. In generale cfr. G. BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970; M. RAMAJOLI, *La connessione nel processo amministrativo*, Milano, 2002. In particolare sui rapporti tra atto presupposto e atti derivati v. A. CALEGARI, *L'invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Padova, 2012.

tenza, o riforma la sentenza o l'ordinanza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio. Si tratta di una soluzione formalistica, adeguata per il giudizio di sola legittimità di una Corte di Cassazione, ma probabilmente eccessiva per un giudice d'appello, ancorché munito di una funzione nomofilattica (315).

In concreto, la giurisprudenza maturata in questi primi anni di applicazione del codice ha avuto modo di chiarire, in primo luogo, che l'omessa pronuncia del giudice di primo grado su alcuni motivi di ricorso non comporta rinvio ma ritenzione della causa ed integrazione della motivazione che il giudice di appello è legittimato ad operare decidendo il merito della causa (316). Parimenti, ha affermato che va rinviata al primo giudice la sentenza deliberata sulla scorta di un elemento sollevato d'ufficio in assenza di contraddittorio *ex art. 73, comma 3, cod. proc. amm.* (317). Analogamente, è suscettibile di annullamento con rinvio la sentenza emessa senza che la questione d'irricevibilità/inammissibilità del ricorso, rilevata d'ufficio dal collegio, sia stata sottoposta alla trattazione delle parti, violandosi il generale principio processuale di garanzia del contraddittorio immanente alla garanzia costituzionale del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., «che opera non solo nella fase d'instaurazione del processo ma ne permea l'intero svolgimento, ponendosi [...] come garanzia di partecipazione effettiva delle parti al processo, ossia come riconoscimento del loro diritto d'influire concretamente sullo svolgimento del processo e d'interloquire sull'oggetto del giudizio, sicché le stesse devono essere poste in grado di prendere posizione in ordine a qualsiasi questione, di fatto o di diritto, preliminare o pregiudiziale di rito o di merito, la cui risoluzione sia influente ai fini della decisione» (318). Anche l'avvenuta decisione in forma semplificata della causa, cioè senza celebrazione dell'udienza di discussione, in assenza dei presupposti di legge, costituisce una compromissione del diritto di difesa ed è motivo di annullamento della sentenza, con conseguente rinvio al primo grado (319).

Si pone, poi, il tema della computabilità nel termine di ragionevole durata dell'eventuale giudizio di revocazione avverso la decisione finale (320). Infatti, il termine semestrale di decadenza per la proposizione della domanda di

(315) Vedi sul punto S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011; G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009; M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002; R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005.

(316) T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 27 febbraio 2013 n. 576, in *Mass. red. IPSOA*.

(317) Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2012 n. 6712, in *Urb. e app.*, 2013, 2, 152; Cons. sic., 30 gennaio 2012 n. 85, *ibidem*, 2012, 4, 473.

(318) Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 2012 n. 6040, in *Mass. red. IPSOA*.

(319) Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 2012 n. 3317, in *Mass. red. IPSOA*; 15 novembre 2011 n. 6042, in *Giur. it.*, 2012, 5, 1168.

(320) Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2010 n. 15778, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 7-8, 1004.

equa riparazione, ai sensi dell'art. 4, l. n. 89 cit., decorre dalla data di definitività della decisione che chiude il processo della cui durata si discute, tale dovendosi considerare quella non ulteriormente impugnabile, salva la possibilità di proporre i mezzi d'impugnazione straordinaria. Conseguentemente, nell'ambito della revocazione, occorrerà distinguere il rimedio ordinario da quello straordinario, il cui termine decadenziale decorre dal momento in cui l'interessato ha preso conoscenza del vizio che potrebbe far valere. In tal senso, ove sia proposta la revocazione straordinaria, il relativo giudizio non può essere considerato ai fini dell'apprezzamento della ragionevole durata, non essendovi un rapporto di unicità tra esso ed il precedente giudizio cognitorio (321).

Può, inoltre, astrattamente controvertersi sulla computabilità o meno del procedimento amministrativo, all'esito del quale è stato adottato l'atto impugnato, nel termine di (ragionevole) durata del processo. Infatti, alla stregua di una prima ricostruzione, anche nel sistema CEDU la violazione del principio in esame va valutata tenendo conto del comportamento dell'autorità amministrativa prima del processo, a condizione che per la conclusione del procedimento non sia previsto alcun termine (cosa che ben difficilmente può avvenire nell'ordinamento italiano in seguito alla l. n. 241 del 1990) (322). Secondo altra ricostruzione, invece, l'art. 6 CEDU si riferisce alla sola funzione giurisdizionale ed esclude dal proprio perimetro applicativo i procedimenti amministrativi antecedenti al processo (323).

Con riguardo al ricorso straordinario al Capo dello Stato, l'indennizzo per la violazione del termine di ragionevole durata non spetta, in quanto il rimedio, pur avendo carattere contenzioso, mantiene inalterata la propria natura amministrativa e, quindi, la sua decisione conclusiva non ha efficacia di giudicato (324).

b-4) Da un punto di vista generale, anche nel processo amministrativo la

(321) Cass. civ., sez. I, 15 novembre 2006 n. 24358, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 11.

(322) Cass. civ., sez. I, 29 marzo 2006 n. 7118, in *Ced cass.*, 2006, 28 aprile 2006 n. 9853, *ibidem*.

(323) Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2010 n. 13088, in *Ced cass.*, 2010.

(324) Secondo Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013 n. 636, in *Dir. & giust.*, 2013, 4 marzo, «non è praticabile una acritica equiparazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica al ricorso giurisdizionale concluso con sentenza: ciò perché appare innegabile che - per i pareri emessi dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario, dopo l'emanazione della l. n. 69 del 2009 - sia configurabile un'accezione nuova e non meramente provvedimentale dell'atto, conformemente emesso in forma di decreto presidenziale; la piena assimilazione di tale atto ad una sentenza risulta, d'altra parte, da escludere, per i delicati interrogativi che dovrebbero porsi, in caso contrario, in rapporto all'art. 111 Cost. e all'art. 6 CEDU». Peraltro, l'atto formalmente espresso dal Capo dello Stato è da considerare non provvedimento esecutivo del giudice amministrativo «ma provvedimento equiparato a sentenza ai fini dell'esecuzione (nei limiti delle statuizioni nel parere stesso contenute), con conseguente riconducibilità della fattispecie all'art. 112, comma 2, lett. d) c. proc. amm.». In generale vedi L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008; S. MORELLI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Padova, 2010.

presenza di una tutela cautelare deriva direttamente dagli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., dal momento che, come è noto, «la necessità di servirsi del processo non deve tornare a danno di chi ha ragione» (325). Pur non descrivendosi nella Carta fondamentale le modalità e i contenuti del provvedimento cautelare, le ricordate norme costituzionali implicano che, di là della ragionevole durata del processo in vista della definitiva pronuncia di merito, il giudice debba fornire immediata, ancorché instabile e provvisoria, tutela in tutti i casi in cui il bene della vita dedotto in giudizio rischi un pregiudizio irreparabile (326). Anche i principi di effettività e adeguatezza di origine comunitaria delineano un sistema processuale mirato a porre il ricorrente nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione, garantendo la piena applicazione della disciplina sostanziale sin dalla fase cautelare e a prescindere da eventuali riflessi risarcitori (327).

Infatti, gli artt. 24, 103 e 113 Cost. non si limitano ad riconoscere il diritto di azione nei confronti della pubblica amministrazione, ma vincolano il legislatore a mantenerne in ogni occasione l'integrità e, quindi, l'equipollenza con ciò che è previsto per i diritti soggettivi anche in fase interinale (328). Ebbene, per i diritti, il codice di procedura civile predispose una tutela cautelare atipica, preventiva e potenzialmente erogabile anche in assenza di contraddittorio (329). Per gli interessi legittimi, invece, la legislazione processuale amministrativa si è per lungo tempo limitata a prevedere l'unica misura della sospensione dell'atto, previa presentazione del ricorso notificato, configurandola come risorsa *post causam* esperibile a contraddittorio già instaurato e senza diretto accesso al giudice (330).

Dal punto di vista dell'effettività della tutela e del giusto processo, le principali questioni sono sempre state sollevate dal rito cautelare c.d. monocratico, introdotto dalla l. n. 205 del 2000 ed oggi retto dall'art. 56, cod. proc. amm. In particolare, l'odierna disciplina prevede che, prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, «in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio», il ricorrente può, con la domanda cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al presidente «misure cautelari provvisorie». Qualora l'esigenza cautelare non consenta l'accertamento del

(325) S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva comunitaria*, Milano, 2004, 503 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 42. Il virgolettato è di P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 20. Vedi da ultimo M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012.

(326) S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, loc. cit..

(327) S. TARULLO, *op. cit.*, 619 ss..

(328) S. TARULLO, *op. cit.*, 505.

(329) S. TARULLO, *op. cit.*, 507.

(330) S. TARULLO, *op. cit.*, 508.

perfezionamento delle notificazioni, per cause non imputabili al ricorrente, il presidente può comunque provvedere, fatto salvo il potere di revoca. Inoltre, «ove ritenuto necessario il presidente, fuori udienza e senza formalità, sente, anche separatamente, le parti che si siano rese disponibili prima dell'emanazione del decreto».

Quest'ultima previsione pone rimedio alla preesistente situazione in cui il presidente, a seguito della notifica della domanda cautelare, poteva semplicemente provvedere «anche in assenza di contraddittorio», con una grande differenziazione dal regime processual-civilistico valevole anche per la giurisdizione esclusiva su diritti soggettivi, ove i provvedimenti provvisori sono pronunciati nel contraddittorio delle parti. Peraltro, il principio del contraddittorio è il cuore del giusto processo e, come tale, non può che essere integralmente applicabile anche alla materia cautelare e, quindi, alla fase presidenziale del rito monocratico (331). Differentemente, il giudice, non prendendo cognizione delle contrapposte tesi difensive, che potrebbero comunque destituire di fondamento il *fumus boni iuris* o il *periculum in mora*, non potrebbe assumere una decisione «giusta» (332).

Inoltre, l'audizione presidenziale delle parti è assai importante, ai fini della ratifica o meno in sede collegiale del provvedimento provvisorio monocratico, considerate le suggestioni che il primo atto esercita nella camera di consiglio, ove può finirsi col discutere di un provvedimento già eseguito, con effetti irreversibili o difficilmente revocabili in dubbio (333). In questo senso, la dottrina più avveduta, già sotto l'imperio della legislazione precedente, aveva sostenuto che il principio del giusto processo imponesse di interpretare l'art. 21, l. n. 1034 cit., in modo tale che il decreto presidenziale fosse normalmente preceduto dalla convocazione delle parti con qualunque mezzo idoneo, ferma restando la possibilità di prescindere in caso d'indilazionabile urgenza (334).

In particolare, quest'ultima situazione è stata accostata a quella contemplata dall'art. 669-*sexies*, comma 2, cod. proc. civ., e cioè di frangente in cui la convocazione delle parti può «pregiudicare l'attuazione del provvedimento» (335). In tal modo, si procede a un adeguato temperamento tra l'effettività e la tempestività della tutela cautelare e il principio del giusto processo *sub specie* d'integrità del contraddittorio voluto dalla Costituzione, evitandosi al

(331) S. TARULLO, *op. ult. cit.*, 586-587; E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, cit., 1062-1063; G. CRISCI, *Giustizia e giusto processo*, in *Cons. St.*, 2002, II, 978.

(332) M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V agg., 2001, 602 ss..

(333) D. DE CAROLIS, *Il nuovo assetto della tutela cautelare (art. 3 della l. 205 del 2000)*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2000, 235.

(334) F. CINTIOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. e app.* 2001, 237 e ss., 244; D. DE CAROLIS, *Il nuovo assetto della tutela cautelare*, cit., 234.

(335) S. TARULLO, *op. ult. cit.*, 590.

contempo prese di posizione volte a marginalizzare aprioristicamente il ricorso al rito presidenziale (336).

Sempre in materia di provvedimenti cautelari, tradizionalmente critico è sempre stato il tema della motivazione dei provvedimenti, la cui - talvolta estrema - laconicità è giustificata con la necessità di non pregiudicare il libero convincimento del giudice di merito. Tuttavia, si tratta di un'argomentazione «inconferente» rispetto alla funzione che il provvedimento provvisorio ha assunto nella realtà processuale, almeno da quando si è ammesso il doppio grado del giudizio cautelare (337). L'ordinanza, infatti, ha assunto netta fisionomia di sentenza o comunque di decisione, rendendosi sempre più autonoma dalla fase di merito che, in passato, sopravveniva spesso a distanza di anni. Un lasso temporale così ampio comportava che il giudice della cautela, già prima della l. n. 205 cit. e del codice, non si limitasse a decidere sulla sospensione o meno dell'esecutività dell'atto impugnato ma finisse col dettare una disciplina provvisoria del rapporto controverso, entrando anche nel merito amministrativo (338).

L'obbligo di motivazione dell'ordinanza sospensiva incombe perché essa è un provvedimento giurisdizionale ai sensi dell'art. 111 Cost. e, quindi, è garanzia necessaria e ineludibile per l'attuazione del giusto processo (339). In tal senso, la motivazione non può risolversi, negativamente, nella mera giustificazione dell'assenza del danno grave e irreparabile, ma deve riguardare, positivamente, la presenza o meno di esso, secondo un *iter* logico trasparente, ancorché sommario, tale da consentire alla parte soccombente di valutarne la persuasività ed eventualmente proporre appello (340). Pertanto, dovendo tutti i provvedimenti giurisdizionali, aventi contenuto sostanzialmente decisorio, essere motivati, incluse le ordinanze cautelari, la carenza di motivazione dovrebbe integrare un motivo di giurisdizione tale da giustificare la proposizione del ricorso in Cassazione (341).

In tal senso, la previsione di cui all'art. 55, comma 9, cod. proc. amm., per cui «l'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e indica i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso», non può che essere inteso nel senso più pieno, rifuggendo da esegesi volte a sminuirne la portata, magari mediante ricorso a formulette pigre e stereotipate.

(336) E.M. BARBIERI, *L'effettività della giustizia amministrativa fra giudizio di ottemperanza e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 2001, II, 255. Nel senso di limitare il più possibile lo strumento presidenziale è E. QUADRI, *La tutela cautelare ante causam nell'evoluzione giurisprudenziale, anche alla luce degli orientamenti comunitari*, in TAR, 2000, II, 652.

(337) E. PICOZZA, *op. cit.*, 1074.

(338) E. PICOZZA, *op. loc. cit.*.

(339) E. PICOZZA, *op. cit.*, 1075.

(340) E. PICOZZA, *op. loc. cit.*.

(341) E. PICOZZA, *op. loc. cit.*.

b-5) Anche la domanda riconvenzionale è un istituto che, tradizionalmente, nel processo amministrativo solleva più di una questione. In particolare, il concetto di domanda riconvenzionale è tratto dall'art. 36, cod. proc. civ., per tale intendendosi quella proposta dal convenuto nei confronti dell'attore, nell'ambito del medesimo processo, al fine di ottenere un provvedimento a sé favorevole, diverso e indipendente dal rigetto totale o parziale della domanda attorea (342). La domanda riconvenzionale si differenzia, quindi, dall'omonima eccezione, che si limita alla richiesta di reiezione della pretesa avversa e comporta anche un diverso valore di accertamento, che per la domanda non è limitato al singolo giudizio ma ha efficacia di giudicato tra le parti anche in eventuali liti future (343). Quanto alla tipologia di domande riconvenzionali ammissibili, secondo la più recente giurisprudenza civile di legittimità, dovrebbe quantomeno sussistere un collegamento obiettivo tra le domande, tale da implicare l'opportunità del *simultaneus processus*, in ossequio al principio dell'economia dei giudizi, opportunità la cui valutazione rimane riservata al giudice (344).

Nel processo amministrativo, in cui la parte resistente è il pubblico potere, la domanda riconvenzionale è dunque normalmente avanzata da un'amministrazione nei confronti di un privato, al fine di ottenere un accertamento pieno e completo, destinato a passare in giudicato, in apparente distonia con l'idea che la giustizia amministrativa sia, ai sensi dell'art. 103 Cost., uno strumento di tutela nei confronti dell'amministrazione (345). L'art. 42, cod. proc. amm., nel quadro della riforma del ricorso incidentale, ha finalmente formalizzato

(342) E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, 207 ss.; E. VULLO, *Domanda riconvenzionale*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, V, Milano, 2007, 593 ss.; V.G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, I, Bari, 2006, 170; S. VENEZIANO, *Ampliamento dell'oggetto del giudizio risarcitorio: domanda riconvenzionale e chiamata in giudizio del terzo*, relazione al convegno di studi "Potere amministrativo e Responsabilità civile", Roma, 10-12 ottobre 2002, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla domanda riconvenzionale v. anche: N. JAEGER, *La riconvenzione nel processo civile*, Padova, 1930; P. NAPPI, *La domanda proposta in via riconvenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 751 ss.; G. TARZIA, C.E. BALBI, *Riconvenzione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 675 ss.; S. EVANGELISTA, *Riconvenzionale (domanda)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; E. VULLO, *Riconvenzione*, in *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1999, 539 ss.. Per riferimenti generali confronta per tutti A. DI GIOVANNI, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

(343) S. VENEZIANO, *Ampliamento dell'oggetto del giudizio risarcitorio: domanda riconvenzionale e chiamata in giudizio del terzo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(344) In particolare, secondo Cass. civ., sez. III, 20 dicembre 2011 n. 27564, in *Ced. cass.*, rv. 620865, «la relazione tra domanda principale e domanda riconvenzionale, ai fini dell'ammissibilità di quest'ultima, non va intesa in senso restrittivo, nel senso che entrambe debbano dipendere da un unico ed identico titolo, essendo sufficiente che fra le contrapposte pretese sia ravvisabile un collegamento obiettivo, tale da rendere consigliabile ed opportuna la celebrazione del *simultaneus processus*, a fini di economia processuale ed in applicazione del principio del giusto processo di cui all'art. 111, primo comma, Cost.»; nel medesimo senso, v. anche Cass. civ., sez. II, 7 aprile 2006 n. 8207, *ibidem*, rv. 589952 e sez. III, 4 luglio 2006 n. 15271, *ibidem*, rv. 591701.

(345) S. VENEZIANO, *Ampliamento*, cit.

l'istituto della domanda riconvenzionale, accogliendo così l'orientamento giurisprudenziale maggioritario secondo cui essa andava proposta con le modalità e nei termini del ricorso incidentale, piuttosto che con la prima memoria difensiva (346). Infatti, la disposizione citata prevede che le parti resistenti e i controinteressati possono proporre «domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale» e, «nelle controversie in cui si faccia questione di diritti soggettivi, le domande riconvenzionali dipendenti da titoli già dedotti in giudizio», a mezzo di ricorso incidentale, da proporre nel termine di sessanta giorni dalla ricevuta notificazione del ricorso principale. Il ricorso incidentale, dunque, cessa di essere un istituto proprio del solo giudizio di impugnazione a tutela di interessi legittimi, come istanza con cui chi è investito dall'altrui impugnazione di un atto amministrativo chiede al giudice l'annullamento o la riforma di questo per ragioni diverse (347).

Già prima dell'avvento del codice, argomenti a favore dell'ammissibilità, avanti al giudice amministrativo, di domande riconvenzionali erano ricavati sia dall'esistenza di istituti assimilabili ad essa, nel senso di consentire un ampliamento dell'oggetto del giudizio, come il ricorso incidentale o per motivi aggiunti, sia dal principio di economicità dei giudizi, direttamente derivante dai canoni di effettività e ragionevole durata del processo, che rendono necessaria la sollecita trattazione congiunta delle domande dell'attore-ricorrente e del convenuto-resistente, prevenendo un conflitto di giudicati. Anche la cennata configurazione della giurisdizione amministrativa esclusiva come «piena» e tendenzialmente parallela a quella ordinaria è incompatibile con una limitazione delle facoltà processuali delle parti che escluda l'esperibilità di domande riconvenzionali.

In realtà, l'art. 42, cod. proc. amm., non sembra sciogliere il nodo del perimetro di applicazione e dei limiti della domanda riconvenzionale nel giudizio di legittimità, giacché, pur non potendosi escludere l'ipotesi di un provvedimento amministrativo lesivo di situazioni giuridiche diverse ed appartenenti a distinti soggetti, resta il fatto che ciascuno di essi ha l'onere di impugnarlo, a meno che non preferisca affidarsi al solo ricorso incidentale condizionato (348). Non vi sono, invece, preclusioni di sorta all'ammissione della domanda riconvenzionale nel processo di giurisdizione esclusiva (349). In particolare, l'ipotesi più frequente è quella della domanda riconvenzionale che dipende dal titolo dedotto dall'attore ricorrente (es. il concessionario che impugna l'atto di risoluzione del rapporto concessorio e l'amministrazione che agisce in riconvenzionale per il risarcimento del danno da inadempimento agli obblighi

(346) E. PICOZZA, *Codice del processo amministrativo*, cit., 81 ss..

(347) E. PICOZZA, *op. loc. cit.*.

(348) E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., 305 ss..

(349) E. PICOZZA, *op. loc. cit.*.

nascenti dalla convenzione stessa) (350). Tuttavia, non si può escludere anche la domanda riconvenzionale che dipende dal titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione (es. eccezione di compensazione dedotta dall'amministrazione che chiede la condanna dell'attore al pagamento della differenza a proprio favore) (351). La domanda riconvenzionale è un'azione «invertita», cioè proposta dal convenuto-resistente e che sul modello del codice di procedura civile e della relativa giurisprudenza può essere più o meno autonoma, fino all'estrema ipotesi di una domanda riconvenzionale fondata su un titolo diverso da quello dedotto dall'attore ma ad esso collegato da motivi di connessione obiettiva, in base al principio di economia del processo (352). Il giudice amministrativo ha, quindi, l'obbligo di pronunciarsi sulla domanda riconvenzionale anche in caso di rinuncia al ricorso principale o di cessazione della materia del contendere in ordine alla domanda del ricorrente medesimo. Infatti, essendo venuta meno la previgente previsione che privava di efficacia il ricorso incidentale nel caso in cui fosse stato prodotto dopo la rinuncia a quello principale o la declaratoria di inammissibilità di esso per essere intempestivo, può dubitarsi della natura esclusivamente accessoria del ricorso incidentale.

In definitiva, l'istituto della domanda riconvenzionale assicura, prevalentemente a favore dell'amministrazione, la parità sostanziale e processuale delle parti, non solo in linea coi dettami del principio di effettività della tutela e del giusto processo, ma anche che corrisponde al modello di amministrazione negoziale e concettuale che la più recente legislazione sostanziale ha affiancato a quello tradizionale di stampo unilaterale e autoritario (353).

b-6) Il codice del 2010 non ha, poi, posto rimedio all'inadeguatezza strutturale della nozione classica di «litisconsorzio», cioè di processo con pluralità di parti, nella giurisdizione generale di legittimità, ove ancor oggi residuano margini per un'incompleta attuazione dei principi di effettività e del giusto processo, *sub specie* di garanzia dell'integrità del contraddittorio (354).

Infatti, la completezza e la pienezza del contraddittorio sono elementi essenziali ai fini sia della validità del rapporto processuale, sia della giustizia sostanziale della sentenza conclusiva; tuttavia è noto che l'atto amministrativo emanato in esito a un procedimento può dar vita ad una serie assai ampia di rapporti tra l'amministrazione e le parti private, ovvero anche tra queste ultime,

(350) E. PICOZZA, *op. loc. cit.*

(351) E. PICOZZA, *op. loc. cit.*

(352) E. PICOZZA, *op. loc. cit.*

(353) E. PICOZZA, *op. loc. cit.*

(354) Sulla figura del litisconsorzio, cfr. E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960; G. FABBRINI, *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Roma, 1974, 810 ss.; G. COSTANTINO, *Litisconsorzio. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, 1 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988.

creando così un «rapporto giuridico complesso» ovvero un fascio di rapporti giuridici (355). A fronte di tali ipotesi, come, ad esempio, nei procedimenti di pianificazione, attuare il principio di completezza del contraddittorio con lo strumento ordinario del litisconsorzio, cioè con la notificazione a tutti i controinteressati del ricorso, è impossibile, essendo necessario adottare meccanismi alternativi, come la notificazione per pubblici proclami, la sostituzione processuale o la soggettivizzazione di nuove figure esponenziali (si pensi alle associazioni ambientaliste o consumeristiche) (356).

Al riguardo, l'art. 41, cod. proc. amm., ha introdotto un doppio regime di notifica, disponendo per le azioni di annullamento la notifica alla pubblica amministrazione (non più all'organo) che ha emanato l'atto e ad almeno uno dei controinteressati individuati nell'atto (non più ai controinteressati cui l'atto si riferisce), e per quelle di condanna l'obbligo di notifica anche ai beneficiari dell'atto.

Per quanto riguarda le azioni di annullamento, le scelte del codice si traducono in altrettante limitazioni al principio del contraddittorio, nei casi in cui l'organo che ha emanato l'atto non coincida con la pubblica amministrazione ovvero in cui vi siano controinteressati in senso sostanziale non indicati nell'atto, come avviene nei rapporti giuridici complessi (357).

In tali casi opereranno l'integrazione del contraddittorio *ex art. 49*, cod. proc. amm., ovvero la notificazione per pubblici proclami, *ex art. 41*, comma 4, cod. proc. amm., qualora essa sia particolarmente difficile per il numero di persone da chiamare, vale a dire proprio gli strumenti destinati ad entrare in scena laddove la nozione di litisconsorzio rivela i propri limiti.

b-7) Particolarmente rilevanti sono le criticità della vigente disciplina del contenzioso elettorale, soprattutto per ciò che essa non disciplina, in difformità da quanto previsto dalla legge delega sulla codificazione.

Il contenzioso elettorale, in particolare, consiste nel complesso delle contestazioni rivolte, in sede processuale, alla regolarità e legittimità del procedimento collegato all'elezione degli organi elettivi presenti nello Stato, quali, principalmente, il Parlamento e gli enti locali (358). Prima della codificazione del 2010, l'art. 6, l. n. 1034 cit., affidava al giudice amministrativo la competenza «a decidere sui ricorsi concernenti controversie in materia di operazioni

(355) E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., 125, che rinvia all'elaborazione di G.B. VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2000, 169 ss., e di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, *Struttura del giudizio e legittimazione al processo*, Milano, 1962, 72 ss..

(356) E. PICOZZA, *op. ult. cit.*, 126.

(357) E. PICOZZA, *Codice del processo amministrativo*, cit., 81 ss..

(358) P.M. SAVASTA, *Il contenzioso elettorale*, relazione al convegno di studi «La codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte», Siracusa 30 e 31 ottobre 2009, in www.giustizia-amministrativa.it. E più in generale N. SAITTA, *I giudizi elettorali*, Milano 2010.

per le elezioni dei consigli comunali, provinciali e regionali», con esclusione di quello afferente ai due rami del Parlamento. Come è noto, l'art. 44, l. n. 69 cit., sulla base del quale è stato adottato il d.lgs. n. 104 cit., nel conferire la delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo, prevedeva anche la revisione e razionalizzazione dei riti speciali e del contenzioso elettorale, «introducendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni».

Il ricorso contro l'ammissione o l'esclusione di liste alle elezioni politiche è uno dei problemi più gravi del contenzioso elettorale, specialmente sotto il profilo dell'individuazione del giudice da adire, la cui portata è esplosa proprio a ridosso dell'avvento del codice del processo amministrativo, il quale, nelle intenzioni del legislatore delegato, avrebbe dovuto porvi rimedio (359).

Per comprendere come, è necessario premettere che, ai sensi degli artt. 22 e 23, d.p.r. 30 marzo 1957 n. 361, il procedimento di esame delle liste elettorali è affidato in primo grado all'Ufficio centrale circoscrizionale e in secondo grado all'Ufficio centrale nazionale, secondo un procedimento aggravato rispetto all'analoga procedura di controllo relativa agli enti locali e che delinea un sistema compiuto, a carattere e natura paragiurisdizionale, di verifica delle operazioni preparatorie del procedimento elettorale (360). Il sistema di controllo delle operazioni preliminari, quindi, essendo affidato ad organi specializzati composti da magistrati di Corte d'Appello e di cassazione ed essendo scandito da tempi assai ristretti, è concepito per arrivare allo scrutinio con schieramenti politici immodificabili (361).

Se tale è la disciplina del procedimento preparatorio, viene in questione il disposto dell'art. 66 Cost., per il quale ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità, che ove interpretato nel senso di escludere dal sindacato parlamentare la fase di ammissione delle liste pone la questione dell'indivi-

(359) Sul punto, v. A. CARIOLA, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice: l'art. 66 Cost. alla prova del giusto processo*, nota a T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 22 aprile 2006, n. 629, in www.giustizia-amministrativa.it.

(360) P.M. SAVASTA, *op. ult. cit.*, il quale rileva che, per gli enti locali, ai sensi dell'art. 33, d.p.r. 16 maggio 1960 n. 570, l'ammissione delle liste è sottoposta al sindacato in unico grado della Commissione elettorale circondariale, essendo possibile soltanto, entro il ventiseiesimo giorno antecedente la data della votazione, l'audizione dei delegati delle liste contestate o modificate, l'ammissione di nuovi documenti e la deliberazione sulle modificazioni eseguite, nonché la ricusazione altresì delle liste per le quali non si sia provveduto a ripristinare il rapporto percentuale.

(361) P.M. SAVASTA, *op. ult. cit.*

duazione del giudice competente ad esprimersi sui relativi reclami e proteste (362). Un problema che, in difetto di una chiara affermazione, potrebbe ridondare in un *vulnus* del diritto di azione, di cui all'art. 24 Cost., e quindi degli artt. 117 Cost. e 6 CEDU per l'esistenza di un evidente vuoto di tutela.

In merito, l'art. 66 Cost. è stato inteso dalla giurisprudenza amministrativa come diretto a soddisfare la finalità di riservare in via esclusiva a ciascuna Camera «il potere di sindacare la regolarità e la validità degli atti pertinenti alla sequenza procedimentale che, dalla presentazione delle liste, conduce alla proclamazione degli eletti» (363). In questa ottica, il procedimento elettorale relativo alla formazione di un organo costituzionale è una materia che l'ordinamento non ha attribuito al giudice amministrativo, stante l'assenza sul punto di un'esplicita norma sulla giurisdizione (364). In effetti, tutte le volte in cui il legislatore ha disciplinato gli strumenti di impugnazione della fase preliminare di una consultazione elettorale, ne ha espressamente affidato la giurisdizione al giudice amministrativo, come si evince dagli artt. 83/11, d.p.r. 16 maggio 1960 n. 570, per le elezioni comunali, 7, l. 23 dicembre 1966 n. 1147, per quelle provinciali, 19, l. 17 febbraio 1968 n. 108, per quelle regionali e 42, l. 24 gennaio 1979 n. 18, per quelle del Parlamento europeo, nessuna delle quali applicabile in via analogica ad un'ipotesi non contemplata quale è quella delle elezioni dei rami del Parlamento.

Tuttavia, se certamente difetta la giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo, giudice naturale della fase preparatoria di tutte le altre elezioni, anche quella della giunte elettorali parlamentari è stata revocata in dubbio

(362) Sulla «verifica dei poteri», si rinvia ai seguenti contributi fondamentali: P. VIRGA, *La verifica dei poteri*, Palermo, 1949; L. ELIA, *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enc. dir.*, XIV, Roma, 1965, *ad vocem*; A. MANZELLA, *La prerogativa della verifica dei poteri*, in *Il Regolamento della Camera dei deputati. Storia, istituti, procedure*, 1968, 191 ss.; M.L. MAZZONI HONORATI, *Osservazioni sulla verifica dei poteri in Francia, Gran Bretagna, Germania federale e Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 4, 1412 ss.; V. LIPPOLIS, *Commento dell'art. 66 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1986, 115 ss.; V. DI CIOLIO, L. CIAURRO, *Elezioni. Elezioni politiche: contenzioso*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, *ad vocem*; M. MIDIRI, *Cause di ineleggibilità e garanzie nel procedimento parlamentare di verifica delle elezioni*, in *Giur. cost.*, 1990, 3, 911 ss.; V. CRISAFULLI, L. PALADIN, (a cura di), *Art. 66*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, *ad vocem*; C. DE CESARE, *Verifica dei poteri*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, *ad vocem*; G. LASORELLA, *Parlamento: la verifica dei poteri alla prova del nuovo sistema elettorale: nuove vicende e antiche perplessità*, in *Quad. cost.*, 1996, 2, 290 ss.; I. NICOTRA GUERRERA, *La verifica dei poteri e diritto alla difesa nel contenzioso elettorale politico*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 115, 87 ss.; F. LANCHESTER, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, in *Giur. cost.*, 1998, 5, 2859 ss.; C.P. GUARINI, *Contraddittorio e trasparenza nel nuovo regolamento della verifica dei poteri*, in *Rass. Parl.*, 1999, 3; M. CERASE, *Sviluppi e contrasti in materia di verifica dei poteri*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 666 ss.; L. TRUCCO, *Ammissibilità delle liste elettorali: un chiarimento "una volta per tutte"?*, in www.giurcost.org; E. LEHNER, *La verifica dei poteri nelle ultime legislature del Parlamento italiano*, in *Rass. parl.*, 2009, 2009, 419 ss.; P. TORRETTA, *Quale giudice per il contenzioso pre-elettorale politico? Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 2009*, in www.forumcostituzionale.it.

(363) Cons. Stato, sez. IV, 21 marzo 2006 (ord.za) n. 1386, in www.giustizia-amministrativa.it.

(364) T.A.R. Lazio, sez. II, 16 marzo 2006 (ord.za) n. 1573, in www.giustizia-amministrativa.it.

dall'esegesi restrittiva fornita dal Presidente della Giunta della Camera dei deputati in data 20 marzo 2006. Infatti, in quell'occasione venne precisato che i ricorsi volti all'ammissione delle liste sono una materia che esula del tutto dalle competenze della Giunta, le cui funzioni sono finalizzate alla verifica dei poteri per le elezioni precedenti (365). Anche la Corte costituzionale, con ordinanza del 23 marzo 2006 n. 117, si dichiarò incompetente a risolvere quello che, a tutti gli effetti, riteneva un conflitto di giurisdizione; conflitto sul quale le sezioni unite della Corte di cassazione, con ordinanze 6 aprile 2006 n. 8118-8119, hanno tuttavia dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione, sia del giudice ordinario che di quello amministrativo, con ciò realizzando l'ultimo dei presupposti di un inaccettabile vuoto di tutela.

In un simile contesto, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, con ordinanza depositata il 29 maggio 2008 n. 489, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 23 e 87, d.p.r. n. 361 cit. «nella parte in cui non prevedono l'impugnabilità davanti al giudice amministrativo delle decisioni emesse dall'Ufficio elettorale centrale nazionale, aventi, per effetto, l'arresto della procedura, a causa della definitiva esclusione del candidato o della lista dal procedimento elettorale», per violazione degli artt. 3, 24, comma 1, 51, comma 1, 103, comma 1, 113 e 117, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU (366). A sostegno della propria tesi, il Consiglio di giustizia amministrativa ha riaffermato la natura amministrativa e non paragiurisdizionale del provvedimento di esclusione dal procedimento elettorale nazionale adottato dall'Ufficio elettorale centrale nazionale e quindi la necessità della giurisdizione amministrativa in materia (367).

Tuttavia, la Corte Costituzionale, con sentenza 19 ottobre 2009 n. 259, si è limitata, in primo luogo, a ribadire la natura amministrativa dei controlli effettuati dall'Ufficio circoscrizionale e da quello centrale, sul rilievo che la collocazione di detti organi presso le Corti d'Appello e la Corte di Cassazione «non comporta che i collegi medesimi siano inseriti nell'apparato giudiziario, evidente risultando la carenza, sia sotto il profilo funzionale sia sotto quello strutturale, di un nesso organico di compenetrazione istituzionale che consenta di ritenere che essi costituiscano sezioni specializzate degli uffici giudiziari presso cui sono costituiti» (368). La Corte ha, poi, ricordato come la costante e uniforme giurisprudenza di legittimità abbia escluso la giurisdizione del giudice ordinario, come di ogni altro giudice, sul procedimento elettorale preparatorio, ritenendo gli Uffici elettorali centrali, circoscrizionale e nazionale,

(365) Il documento è citato da P.M. SAVASTA, *op. ult. cit.*

(366) E. LEHNER, *Osservazioni a Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana*, ord. 29 maggio n. 489, in www.associazioneeitalianacostituzionalisti.it.

(367) Cons. sic., 6 aprile 2006 (ord.za) n. 218, in www.giustizia-amministrativa.it.

(368) V. anche Corte cost. 20 maggio 2008 n. 164, 17 marzo 2006 n. 104, 4 febbraio 2003 n. 29, 5 novembre 1996 n. 387, tutte in www.cortecostituzionale.it.

degli «organi straordinari, temporanei e decentrati, di quelle stesse Camere legislative alla cui formazione concorrono, svolgendo una funzione contingente e strumentale, destinata ad essere controllata o assorbita da quella delle stesse Camere, una volta queste costituite» (369). Solo a partire dalla XIII Legislatura, la Camera dei deputati ha negato la propria competenza a conoscere i ricorsi riguardanti atti del procedimento elettorale preparatorio, dichiarandone l'inammissibilità, sulla base della considerazione che «la verifica dei titoli di ammissione degli eletti esclude per definizione che nella stessa possa ritenersi ricompreso anche il controllo sulle posizioni giuridiche soggettive di coloro i quali (singoli o intere liste) non hanno affatto partecipato alla competizione elettorale» (370).

La circostanza che la Camera dei deputati abbia negato la propria giurisdizione sulle controversie riguardanti gli atti del procedimento elettorale preparatorio implica che, sulla questione, possa sorgere un conflitto di giurisdizione, che spetta alle sezioni unite della Corte di Cassazione dirimere, ovvero, qualora ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi, un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato (371). In definitiva, non si verserebbe in presenza di un vuoto di tutela dipendente da una carenza normativa incolmabile con gli ordinari strumenti ermeneutici e processuali, ma di una controversia interpretativa, da considerare circostanza contingente e accidentale non riferibile alla norma in sé e che, pertanto, non dà luogo ad un problema di costituzionalità (372).

Da segnalare che la Corte non ha ritenuto di qualificare come interessi legittimi le situazioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo nel procedimento elettorale preparatorio, venendo piuttosto in questione il diritto di elettorato passivo, *sub specie* di diritto a prendere parte al procedimento elettorale, cioè un diritto soggettivo garantito da norma costituzionale, la cui tutela rientra in via di principio nella giurisdizione ordinaria ovvero, solo in presenza di un'esplicita attribuzione per legge, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (373).

Proprio questa è l'ottica che ha animato l'inclusione nel perimetro della delega, di cui all'art. 44, l. n. 69 cit., di una costituenda giurisdizione amministrativa esclusiva per la tutela avverso gli atti, aventi natura amministrativa, adottati dagli Uffici centrali a ciò preposti nel procedimento preparatorio delle

(369) Cass. civ., sez. un., 31 luglio 1967 n. 2036, in *Foro amm.*, 1968, I, 20 ss., 9 giugno 1997 n. 5135, in *Ced. Cass.*, rv. 505037, 22 marzo 1999 n. 172, *ibidem*, rv. 524393, 6 aprile 2006 (ord.za) n. 8118, in *Giust. civ.*, 2007, 12, 908 ss..

(370) Cfr. A.P. Camera dei Deputati, XVI legisl., Giunta delle elezioni, resoconto stenografico della seduta del 13 dicembre 2006, 6 ss..

(371) Corte cost. 19 ottobre 2009 n. 259, cit..

(372) P.M. SAVASTA, *op. ult. cit.*

(373) Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2002 n. 717, in *Ced. Cass.*, rv. 551734.

elezioni politiche. Purtroppo, l'omesso esercizio sul punto, da parte del Governo, della delega ha lasciato aperto un problema che, di là della sua qualificazione o meno come conflitto di giurisdizione, si risolve in uno stallo istituzionale che rischia di proiettare un cono d'ombra sull'integrità del voto dei cittadini in occasione delle consultazioni elettorali più importanti. Non essendovi, evidentemente, un accordo tra i massimi organi giurisdizionali dello Stato, al tortuoso sentiero del conflitto di attribuzioni era preferibile la soluzione politica dell'esercizio di una delega già conferita ed avente il pregio di uniformare all'insegna dell'esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo il regime dell'impugnazione degli atti preparatori del procedimento elettorale parlamentare. In difetto di ciò, non vi è chi non veda come la situazione attuale costituisca un'evidente violazione dei principi del giusto processo e di effettività della tutela, ai sensi degli artt. 6 e 13 CEDU, che espongono lo Stato italiano alla relativa responsabilità internazionale (374).

5. Conclusioni e prospettive: i tentativi di adeguamento del processo amministrativo ai principi di effettività e giusto processo sono ancora problematici.

In definitiva, stanti i molteplici profili di criticità sopra evidenziati, si può sinteticamente ritenere che il codice del processo amministrativo, pur compiendo un notevole sforzo di adeguamento del livello di tutela agli *standard* europei, presenta tutt'ora più zone grigie e, in più un caso, una vera e propria omissione di tutela.

A quest'ultimo riguardo, oltre alla particolare fattispecie relativa agli atti adottati nel procedimento preparatorio delle elezioni politiche, non può ignorarsi, più in generale, il perpetuarsi della storica aporia dell'atto «politico», ex art. 7, comma 1, cod. proc. amm., per il quale «non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico» (375). Si tratta, almeno nell'intenzione del legislatore, di una vera e propria zona franca dalla giurisdizione storicamente radicata nell'ordinamento italiano, sol che si consideri l'abrogato art. 31, t.u. 24 giugno 1924 n. 1054, in merito alla quale la più recente giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di fornire importanti puntualizzazioni (376). Infatti, la Corte Costituzionale ha avuto

(374) Nel medesimo senso P. TORRETTA, *Quale giudice*, cit. Al riguardo, si pensi che I. NICOTRA GUERRERA, *“Verifica dei poteri” e diritto di difesa*, cit., 87, ricava proprio dall'art. 66 Cost. «l'intento di voler creare una zona franca, sottratta perciò ai principi di tutela giudiziaria dei diritti».

(375) Sul tema della distinzione tra atto politico ed atto amministrativo, v. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 220 ss.; O. RANELLETTI, A. AMORTH, *Atti politici (o di governo)*, in *Nss. dig. it.*, I, Torino, 1958, 1511 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, spec. 188 ss. e, più recentemente, F. BILANCIA, *Ancora sull'“atto politico” e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Riv. AIC*, 2012, 4, 2 ottobre 2012; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 3, 329 ss..

(376) Cfr. Corte. cost., 5 aprile 2012 n. 81, in www.cortecostituzionale.it.

modo di ribadire che l'esistenza di spazi riservati alla scelta politica è sì «suffragata da elementi di diritto positivo» ma che questi «trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto» (377). Pertanto, un atto politico, espressivo di un potere di governo, se vincolato al rispetto di norme giuridiche, quale ne sia il rango, è sindacabile sempre nella misura in cui dalla violazione di tali norme derivi lesione di situazioni giuridiche soggettive di terzi o di ambiti di attribuzione o competenza di altri poteri o organi, essendo questa la sostanza del principio di legalità che si pone come principio supremo dell'ordinamento costituzionale (378). In proposito, al fine di limitare il perimetro applicativo dell'atto politico, la giurisprudenza ha elaborato la nota, ma opinabile, distinzione tra atti politici ed «atti di alta amministrazione», il cui discrimine sarebbe nel fatto che i secondi esprimono un'attività amministrativa immediatamente esecutiva dell'indirizzo politico, non sempre agevolmente distinguibile da questo (379).

Preso atto delle insufficienze dell'attuale codificazione, nelle more di ulteriori interventi legislativi volti a rimuoverle, è necessario individuare gli strumenti attraverso i quali, a normativa invariata, l'interprete può stimolare ed ottenere comunque l'adeguamento delle norme del codice ai principi di effettività e giusto processo.

In tal senso, in primo luogo può prospettarsi la possibilità che, nelle materie disciplinate in via esclusiva o concorrente dal diritto internazionale o comunitario, le norme del codice vengano interpretata in modo tale da qualificare le relative situazioni giuridiche soggettive in senso congruente coi principi generali di detti ordinamenti, tra i quali rientrano senz'altro l'effettività della tutela ed il giusto processo, secondo il noto paradigma della «interpretazione conforme» (380).

(377) Cfr. Corte. cost., 5 aprile 2012 n. 81, cit.

(378) R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in www.forumcostituzionale.it.

(379) V. Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2011 n. 4502, in www.giustizia-amministrativa.it.

(380) Come è noto, quello della «interpretazione conforme» è un canone ermeneutico introdotto dalla Corte Costituzionale per indirizzare l'interpretazione giudiziale verso la valorizzazione degli elementi contenuti nella Costituzione per individuare la portata dei testi legislativi, criterio che ha poi ricevuto estese applicazioni anche per l'esegesi della normativa europea e della CEDU. Al riguardo, cfr.: R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, 383 e ss.; M. RUVOLO, *Il giudice nazionale a confronto con la nozione di interpretazione conforme e con la sua particolare applicazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *N. aut.*, 2006, 249 e ss.; A. D'ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Seminario di studio, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella «morsa» delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 595 e ss.; P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione eu-*

In aggiunta a ciò, un altro strumento di adeguamento è quello dell'elaborazione pretoria della giurisprudenza, soprattutto mediante il potere nomofilattico dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma 5, cod. proc. amm. La nozione di «nomofilachia», in particolare è tracciata dall'art. 65, r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, che la articola su due funzioni: la garanzia dell'esatta attuazione della legge e la fornitura di indirizzi interpretativi uniformi ai giudici sottordinati, mantenendo così l'unità dell'ordinamento giuridico nell'uniformità della giurisprudenza (381). In tempi recenti, il legislatore è intervenuto sugli istituti che presidiano detta funzione, innovando sia il codice di procedura civile, mediante un rafforzamento dei poteri delle sezioni unite della Corte di cassazione con il d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, sia la legislazione processuale amministrativa, potenziando in modo analogo le prerogative dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, giusta l'art. 99, cod. proc. amm.

La linea di politica legislativa prescelta è stata quella di dare maggior peso alle pronunce delle sezioni unite e dell'adunanza plenaria, impedendo alle sezioni semplici di discostarsi da esse se non rimettendo motivatamente la questione ad una nuova pronuncia dell'organo supremo. Nel caso del processo amministrativo, sono state introdotte anche la pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge, pure in caso di rigetto del ricorso in rito, oltre che la potestà del presidente di deferire, prima della decisione, all'adunanza plenaria qualunque ricorso per risolvere «questioni di massima importanti ovvero per dirimere i contrasti giurisprudenziali», potere attribuito anche al primo presidente della Corte dei Conti, in merito alla legittimità del quale si è favorevolmente espressa la Corte Costituzionale (382).

ropea, Torino, 2008, 287 e ss.; R. MASTROIANNI, C. ACOCELLA, *Interpretazione conforme al diritto comunitario ed efficienza economica: il principio di concorrenza*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, 98 e ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, 208 e ss.; S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 419 e ss.; G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, 183 e ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 205 e ss..

(381) G.P. CIRILLO, *La nozione di nomofilachia*, in www.giustizia-amministrativa.it; S. OGGIANU, *op. cit.*

(382) Con riferimento alla Corte dei conti, sulla conformità di detto potere con la Costituzione, cfr. Corte Cost. 27 gennaio 2011 n. 30, in www.cortecostituzionale.it, in cui si legge che: «Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 7, terzo periodo, del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, nella legge 14 gennaio 1994, n. 19, come integrato dall'articolo 42, comma 2, della legge 18 giugno 2009, n. 69, nella parte in cui attribuisce al Presidente della Corte dei Conti il potere di deferimento di questioni di massima in relazione a giudizi pendenti innanzi a sezioni giurisdizionali d'appello, per ritenuta violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, primo comma, Cost.) e del principio del giusto processo (art. 111 Cost.) con riguardo al principio di terzietà del giudice. Infatti, la norma denunciata si limita a consentire il deferimento di una questione di diritto, avente carattere incidentale, ad un'articolazione interna della Corte dei Conti, quali sono, in effetti, le Sezioni riunite, dal momento che il principio di precostituzione del

Gli interventi di cui sopra, in ogni modo, non hanno reso la nomofilachia un appannaggio esclusivo degli organi supremi delle magistrature superiori, dato che anche le sezioni semplici della Corte di Cassazione o del Consiglio di Stato la esercitano, spesso con una presa maggiore sui giudici sottordinati, che più frequentemente trovano un orientamento nelle loro pronunce.

Infine, una terza via per il superamento delle persistenti aree di criticità del processo amministrativo rispetto ai principi di effettività della tutela e del giusto processo, peraltro strettamente collegata alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato è quella della rimessione della questione alle istanze giurisdizionali ancora sopraordinate e di volta in volta competenti, vale a dire la Corte Costituzionale, la Corte di Giustizia UE o la Corte di Strasburgo, per l'accertamento rispettivamente della costituzionalità della norma processuale amministrativa, della sua conformità al diritto comunitario o alla Convenzione di Roma del 1950.

Al riguardo, è stato efficacemente rilevato che gli effetti pervasivi del diritto comunitario e dei principi della CEDU hanno finito con l'assegnare specialmente ai giudici europei di Strasburgo e del Lussemburgo una specie di «super funzione nomofilattica», in quanto essi soltanto interpretano giustamente i propri ordinamenti, con una forza prevalente rispetto a quella dei giudici interni, anche di ultima istanza (383). In tal senso ha operato pure la sostanziale identità del modello internazionale e comunitario di effettività e giusto processo, elaborato dalle Corti CEDU ed UE, con quello interno, forgiato dalla Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza delle magistrature superiori, che tendenzialmente sposta verso l'alto il farsi della funzione nomofilattica. Emblematica è, al riguardo, la sentenza della Corte di Giustizia CE 5 ottobre 2010, C-173/09, la quale ha affermato che, spettando ad essa soltanto l'interpretazione del diritto europeo, il giudice di grado inferiore può non attenersi a quanto statuito dal giudice nazionale superiore, avendo la possibilità di rimettere la questione di interpretazione alla Corte di Giustizia, qualora ritenga che quanto da questi statuito non sia conforme al diritto europeo (384). Il che è precisamente avvenuto tra quei T.A.R. che non hanno ritenuto di condividere quanto stabilito dalla citata decisione del Consiglio

giudice naturale non può operare nella ripartizione, tra sezioni interne, «dei compiti e delle attribuzioni» spettanti ad un determinato ordine giurisdizionale. Non è, peraltro, esatto che il Presidente della Corte dei Conti possa d'ufficio, e dunque a prescindere da qualsiasi impulso di parte, «prelevare» un giudizio pendente presso una sezione giurisdizionale e portarlo, per la decisione, innanzi alle Sezioni riunite, in quanto il Presidente della Corte non ha il potere di «trasferire» il giudizio da una sezione giurisdizionale alle Sezioni riunite; può soltanto deferire a queste ultime l'esame della questione di massima, fermo restando, tuttavia, che il giudizio resta incardinato nella sezione davanti alla quale pende e alla quale - dopo la pronuncia delle Sezioni riunite - gli atti devono ritornare per l'ulteriore seguito, con la specificazione innanzi illustrata. Non possono, quindi, ritenersi violati da parte della norma censurata i principi di precostituzione e quello di terzietà del giudice».

(383) G.P. CIRILLO, *La nozione di nomofilachia*, cit..

di Stato in adunanza plenaria del 7 aprile 2011 n. 4, in tema di ricorso incidentale incrociato negli appalti pubblici, e che si sono rivolti alla Corte UE in merito alla compatibilità di questa soluzione coi principi in materia di parità delle parti (385).

Di là di tutto ciò, resta, in ogni modo, il valore simbolico dei due primi articoli del codice mercé i quali, nonostante l'impossibilità di stabilire una qualsivoglia gerarchia formale tra norme del medesimo atto, la collocazione al primo posto di detti principi dovrebbe orientare tutta l'attività del giudice amministrativo circa l'interpretazione e l'applicazione del proprio diritto processuale.

(384) Cfr. Corte CE, grande sezione, 5 ottobre 2010, C-173/09, in G.U.C.E. 4 dicembre 2010, C-328/6, per il quale «il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, al quale spetti decidere a seguito di un rinvio ad esso fatto da un organo giurisdizionale di grado superiore adito in sede d'impugnazione, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale di procedura, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione da esso richiesta alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione».

(385) V. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 10 gennaio 2012 n. 197 e T.A.R. Piemonte, sez. II, 9 febbraio 2012 n. 208, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

La tutela dei creditori nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: profili di giurisdizione e rimedi esperibili

Giulia Guccione*

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sulla amministrazione straordinaria - 2. Sulla disciplina dell'articolo 63 (D.Lgs. 270/1999) in particolare - 3. Problematiche sottese alla tutela dei creditori.

1. Brevi cenni sulla amministrazione straordinaria.

La procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (1) è stata introdotta con la L. 3 aprile 1979, n. 95 (Legge Prodi), oggi sostituita dal D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (Legge Prodi *bis*), poi affiancata dal recente D.Lgs. n. 347/2003 (decreto Marzano), convertito nella L. n. 39/2004.

Come precisato dal Consiglio di Stato, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi può essere considerata una «*misura diretta ad evitare il fallimento di tali imprese, sia nell'interesse dei creditori (come avviene per ogni altra procedura concorsuale) sia per evitare soluzioni traumatiche nell'ambito dell'economia nazionale, sia, infine, per proteggere i lavoratori addetti: la finalità precipua dell'amministrazione straordinaria è infatti quella di tentare di ricostruire un corpus aziendale funzionante ed economicamente valido*» (2).

La disciplina legislativa è sintetizzabile nei passaggi che seguono. L'impresa dichiarata insolvente viene ammessa dal Tribunale alla procedura di amministrazione straordinaria qualora diventi possibile recuperare l'equilibrio della sua attività economica, alternativamente: o attraverso la cessione dell'azienda, previa formulazione di un programma che consenta la prosecuzione dell'attività per una durata non superiore ad un anno (c.d. "programma di cessione dei complessi aziendali"); oppure attraverso la sua ristrutturazione economica e finanziaria, attuabile con un programma di risanamento che abbia una durata non superiore a due anni (c.d. "programma di ristrutturazione") (3).

(*) Avvocato del libero Foro, già praticante presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) Per una compiuta trattazione dell'istituto si rinvia a PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 841; DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 401; ABATE, *Gli organi delle procedure concorsuali*, Padova, 1999, 315 ss.; FERRARA - BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, 96.

(2) Cons. Stato 13 febbraio 1996, n. 69, in *Cons. Stato*, 1996, 2038.

(3) La predetta finalità di recupero è stata recepita e attuata appieno dalla giurisprudenza, che ne ha desunto un principio interpretativo nella disciplina dell'istituto, al fine di consentire all'impresa amministrata lo svolgimento di attività che sarebbero state possibili in assenza dello stato di decozione. Si veda, ad esempio, Cons. Stato 6 agosto 2001, n. 4241, in *App. urb. ed.*, 2002, 354, che ha ritenuto legittima, per l'impresa sottoposta ad amministrazione straordinaria, la partecipazione ad una gara d'appalto, sul presupposto che il provvedimento autorizzativo, rilasciato in osservanza di criteri economici e sociali finalizzati alla conservazione e al risanamento dell'impresa, deve consentire all'impresa autorizzata un'effettiva presenza sul mercato.

La procedura si svolge sotto la vigilanza di uno o tre commissari giudiziari straordinari nominati dal Ministro dell'industria entro cinque giorni dalla dichiarazione di apertura della procedura da parte del Tribunale, (artt. 37 e 38, D.Lgs. n. 270/1999).

Il commissario straordinario (4), che avuto riguardo alle sue funzioni è pubblico ufficiale, ha la gestione della impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore (D.Lgs. n. 270 del 1999, art. 40).

Entro sessanta giorni dal decreto di apertura della procedura il commissario è tenuto a presentare al Ministero della industria un programma redatto secondo uno dei due indirizzi alternativi indicati nell'art. 27.2, cioè o un programma di cessione (5) del complesso/complexi aziendali o un programma di ristrutturazione (art. 40).

Tale programma, sotto l'alta vigilanza del Ministero della industria, deve essere formulato in conformità degli indirizzi di politica industriale adottati dal Ministero e *"in modo da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali, tenuto conto degli interessi dei creditori"* (art. 55).

Se viene prescelto l'indirizzo della cessione del complesso/complexi aziendali, il programma, oltre alle indicazioni previste dell'art. 56, comma 1, lett. a), b), c), d), deve anche contenere *"le modalità della cessione, segnalando le offerte pervenute o acquisite, nonché le previsioni in ordine alla soddisfazione dei creditori"* (art. 56, comma 2).

L'esecuzione del programma deve essere previamente autorizzata con decreto del Ministero dell'industria, che provvede (art. 57) dopo avere acquisito il parere del comitato di sorveglianza nominato dal Ministro dell'industria ai sensi dell'art. 45.

Le attività di esecuzione del programma autorizzato sono compiute dal commissario straordinario (art. 61, comma 1) il quale, se deve procedere ad alienazione di aziende, deve essere nuovamente autorizzato dal Ministero della industria, che decide dopo avere sentito il comitato di sorveglianza (art. 42).

L'alienazione è disciplinata dagli artt. 62 e 63 del più volte citato D.Lgs. n. 270 del 1999.

2. Sulla disciplina dell'art. 63 in particolare.

Ai sensi di tale disposizione, il valore del bene da alienare deve essere preventivamente determinato da uno o più esperti nominati dal commissario straordinario e gli atti dell'alienazione devono espletarsi in conformità delle previsioni del programma autorizzato, con forme adeguate alla natura dei beni

(4) Per un approfondimento sulla natura giuridica di tale figura: FINARDI, *Legittimazione ad causam del commissario liquidatore*, in *Società*, 2005, 8, 1033.

(5) Sul tema: CIGLIOLA, *La vendita dell'azienda nel corso del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata*, in *Dir. fall.*, 1998, II, 426; P. LASCARO, *La vendita dell'azienda nell'amministrazione controllata*, in *Dir. fall.*, 1990, I, 308.

e finalizzate al miglior realizzo economico, in conformità dei criteri generali stabiliti dal Ministro dell'industria.

Se l'azienda è in esercizio la predetta valutazione terrà conto della redditività, anche se negativa, calcolata considerando sia l'epoca della stima che il biennio successivo.

Ciò significa che ad essere valutato è non tanto il valore patrimoniale astratto dei beni aziendali, quanto invece l'effettivo valore di mercato dell'azienda nel suo normale funzionamento con la conseguenza che, in caso di redditività negativa (ipotesi frequente, posto che l'unico caso di redditività non negativa è quello dell'impresa divenuta insolvente a causa di una crisi finanziaria), il prezzo finale potrebbe essere anche inferiore al valore assoluto dei beni che compongono l'azienda (6).

Ne deriva che nel caso di azienda in perdita, o che comunque in passato abbia prodotto un utile insufficiente, la valutazione dell'effettivo valore di cessione non potrà prescindere dalla considerazione dei flussi reddituali che l'azienda ha realizzato in precedenza.

Tuttavia, nella quantificazione del c.d. *avviamento negativo*, le perdite pregresse non vengono prese in considerazione in quanto tali, ma solo come proiezione per determinare le presumibili perdite future, cioè in conseguenza di una scarsa remunerazione del capitale investito. In altre parole, la valutazione riguarderà anche i costi per investimenti che l'acquirente dell'azienda dovrà necessariamente sostenere al fine di ripristinare quelle condizioni di equilibrio che sono in grado di assicurare la produzione di un valore aggiunto.

Il suddescritto meccanismo è stato così congegnato per assicurare il posizionamento sul mercato del bene ad un prezzo che - sebbene inferiore al valore dei beni materiali dell'azienda - sia comunque valido e concorrenziale, e consenta - in linea teorica - di evitare il ribasso tipico delle vendite coattive.

Ciò detto, è facile individuare gli obiettivi sottesi alla norma.

In via principale, infatti, si intende tutelare il mantenimento in attività dei complessi produttivi. Il ceto creditorio, secondo la prevalente dottrina (7), viene salvaguardato solo eventualmente e in seconda linea. Si ammette, anzi, che l'interesse creditorio possa essere sacrificato in nome del superiore interesse a mantenere l'attività aziendale.

(6) V. App. Milano, 3 maggio 2004, *D. Fall.* 04, II, 783.

(7) V. MAFFEI ALBERTI, *La liquidazione nell'amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 2003, I, 1724, 1728; L. PANZANI, *Cessione d'azienda in relazione al programma del commissario*, in questa *Rivista*, 2000, 1078, 1081 ss.; G. BOZZA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, ivi, 1993, 914, part. 922; C. CONSOLO, *Alienazione dell'attivo nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria e tutela d'urgenza in funzione «preventiva» di pregiudizi ai diritti dei creditori*, in *Giur. comm.*, 1987, II, 305 (in nota a Pret. Padova 14 maggio 1986), part. 307; M. RESCIGNO, *Norme urgenti ed amministrazione straordinaria: la legge 9 giugno 1984, n. 212, ibidem*, I, 556.

La disposizione, in ultima analisi, si propone di evitare che la cessione del complesso aziendale sia vanificata dalla mancanza di acquirenti disposti a corrispondere un prezzo congruo a fronte di un'azienda in perdita o scarsamente operativa. Inoltre, ammette che ai creditori si arrechi un pregiudizio, giustificato dalle suddette finalità sociali e costituito proprio dalla possibilità di decurtare il c.d. *badwill* dal valore astratto dei beni.

La particolare disciplina, tuttavia, ha attirato sulla norma varie censure.

Così, v'è chi ritiene eccessivo il sacrificio delle ragioni creditorie, soprattutto di quei soggetti che sono muniti di garanzia reale gravante sui beni maggiormente colpiti dalla decurtazione. Questi creditori, penalizzati da un'alienazione dei beni-garanzia a prezzo inferiore al loro valore intrinseco, e quindi da una sopravvenuta incapienza delle ipoteche, di necessità potranno fare affidamento solo sulle capacità reddituali dell'impresa.

Il riferimento della valutazione alla redditività complessiva anziché al valore di scambio dei singoli beni comporta, sostanzialmente, che il costo connesso al risanamento dell'impresa, di norma a carico dell'acquirente, venga invece scaricato sul cedente (Panzani, *contra* Bonsignori) e, di riflesso, sui creditori che sono immolati a sopportare non solo i costi della gestione commissariale, ma anche il rischio delle perdite future (8).

Il sacrificio degli interessi dei creditori è quindi imposto dalla suindicata finalità conservativa dell'impresa, enunciata negli artt. 1, 27 e 56 del D.Lgs. n. 270/1999 relativi al programma di cessione. Non si tratta tuttavia di un sacrificio da compiersi in ogni caso, ma quando valutato discrezionalmente dal Ministero delle Attività Produttive, al quale è demandata dalla legge la ponderazione degli interessi di portata generale, da preferire e anteporre a quelli particolari dei creditori volti al soddisfacimento delle proprie ragioni attraverso il risultato del maggior realizzo dell'attivo.

In sede di autorizzazione della vendita, pertanto, il Ministero compie valutazioni tecniche discrezionali, essendo chiamato a valutare la congruità delle condizioni di compravendita proposte dai diversi offerenti (come l'entità del prezzo e il merito del piano di prosecuzione delle attività produttive). Non solo, ma l'organo amministrativo decide anche con discrezionalità pura, quando nei casi concreti sceglie l'offerta più idonea a realizzare un equo temperamento tra le ragioni di interesse generale e quelle personali dei creditori. Ne consegue che, in virtù di una disciplina siffatta, la realizzazione delle finalità di conservazione dell'impresa, con eventuale sacrificio dei creditori, alla fine è affidata alla valutazione discrezionale dell'autorità amministrativa.

Passando dalla posizione del cedente a quella dell'acquirente, deve notarsi che questi ha l'obbligo di proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e di mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali regi-

(8) In tal senso, TAR Veneto, n. 95/84.

strati all'atto della vendita (è un'imposizione *ex lege*, indipendentemente dall'esistenza di un *badwill*). Difatti, la scelta dell'acquirente deve essere effettuata tenendo conto, oltre che dell'entità del prezzo offerto, anche dell'affidabilità dell'offerente e del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da lui presentato, con riguardo anche alla garanzia di mantenimento dei livelli occupazionali.

Si comprende bene, quindi, che il cessionario deve fornire serie garanzie in ordine alle proprie competenze imprenditoriali, alle sue disponibilità finanziarie e al mantenimento della forza lavoro.

Dall'insieme delle disposizioni traspare in tutta evidenza il fine primario della tutela dell'interesse pubblico, consistente nella volontà di prosecuzione dell'attività aziendale e di mantenimento dei livelli occupazionali. Dunque, nella ponderazione degli interessi contrapposti, tra l'interesse dei creditori e quello di continuazione dell'attività imprenditoriale, il legislatore ha dato decisiva preferenza a quest'ultimo (9).

Da siffatta analisi, in definitiva, emerge *ictu oculi* che la disciplina positiva prevede un sacrificio delle ragioni creditorie e origina comprensibili preoccupazioni di una miglior tutela delle istanze private. A tal proposito si sottolinea quanto segue.

3. Problematiche sottese alla tutela dei creditori.

L'art. 65 D.Lgs. n. 270/1999, uniformandosi ai comuni criteri in tema di riparto di giurisdizione, attribuisce al tribunale ordinario la giurisdizione per le impugnazioni dei soli atti «lesivi di diritti soggettivi», mentre l'impugnazione degli atti amministrativi è riservata al giudice amministrativo.

I creditori che si assumano pregiudicati possono quindi agire sia per l'annullamento degli atti amministrativi avanti al T.A.R., facendo valere il proprio interesse legittimo al corretto svolgimento della fase amministrativa che precede la vendita, sia impugnare *ex art. 65* gli atti e provvedimenti lesivi di diritti soggettivi avanti al tribunale (10).

Quando oggetto del processo è l'accertamento di vizi attinenti *in via diretta*

(9) Dato confermato anche dalla previsione dell'art. 64, secondo cui nei quindici giorni successivi al trasferimento dei beni il Ministero dell'industria deve ordinare la cancellazione delle iscrizioni relative a diritti di prelazione e delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi sui beni trasferiti.

(10) DE LISE, *L'Amministrazione straordinaria delle imprese in crisi*, su www.giustizia-amministrativa.it, 2011 precisa che per "i provvedimenti legislativi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, che hanno comportato - come si è visto - una sempre più incisiva "amministrativizzazione" delle relative procedure, ferma la giurisdizione del giudice ordinario su determinati aspetti (dalla dichiarazione dello stato di insolvenza alla formazione dello stato passivo, dalle azioni revocatorie alla cognizione dei provvedimenti relativi alla liquidazione dei beni *ex art. 65* della legge Prodi *bis*), per le questioni concernenti la fase pubblicistica e gli interventi della pubblica amministrazione la giurisdizione va riconosciuta al giudice amministrativo".

il contratto di compravendita, la questione di giurisdizione va quindi risolta nel senso della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario. Giurisprudenza (11) e dottrina la ammettono pacificamente sulla scorta del ragionamento secondo il quale oggetto dell'impugnazione non sono gli atti amministrativi di autorizzazione alla vendita, bensì il contratto di vendita dell'azienda, che configura una situazione di diritto soggettivo (diritto di credito)(12).

Quando, invece, venga in rilievo l'illegittimità dell'atto amministrativo di autorizzazione alla vendita quale motivo di invalidità del contratto ulteriore rispetto a quelli previsti dal codice civile, la giurisdizione del giudice ordinario dovrebbe essere declinata a favore di quello amministrativo. Ciò perché *"in questa materia vengono in rilievo interessi che, nella evoluzione del nostro ordinamento, anche in virtù dei principi di solidarietà sociale desumibili dalla Carta costituzionale, sono attratti nell'orbita pubblicistica e sono soggetti al potere di conformazione della pubblica amministrazione che si esprime mediante provvedimenti che sanciscono la misura, i limiti e le modalità della loro compatibilità con l'interesse pubblico"* (13).

Si segnala, in tal senso, una pronuncia TAR (14) secondo cui, per l'appunto, l'art. 65 del D.lgs. n. 270/99 - lungi dal costituire ipotesi di giurisdizione esclusiva dell'A.G.O - costituisce specificazione del generale criterio di riparto della giurisdizione; sicché esso demanda al giudice ordinario le controversie su atti e provvedimenti, relativi alla liquidazione dei beni dell'impresa in amministrazione straordinaria, lesivi di diritti soggettivi. Viceversa, permane su ogni controversia relativa alla legittimità dell'atto che abbia leso un interesse legittimo la giurisdizione del giudice amministrativo, quale "giudice naturale del potere pubblico" deputato dalla Carta Costituzionale a conciliare due esigenze egualmente rilevanti per lo Stato: la salvaguardia dell'apparato amministrativo, da un lato, e l'effettività della tutela giurisdizionale, dall'altro.

Recuperando e dando nuovo vigore alla definizione classica della dicoto-

(11) Confermata da ultimo dalle SS.UU. del 2009, di seguito ampiamente citate.

(12) In tal senso, numerose le pronunce di merito. Si veda, *ex plurimis*, Trib. Ancona Sez. II, 20 settembre 2013 secondo cui: "In tema di amministrazione straordinaria, la posizione giuridica del creditore che proponga impugnazione contro gli atti di liquidazione dei beni della procedura da parte del commissario straordinario è qualificabile come diritto soggettivo e non già come mero interesse legittimo, sostanzandosi nel diritto a che, dalla vendita dei beni del debitore, venga ricavato un prezzo quanto più possibile vicino a quello di mercato ai fini del soddisfacimento del credito; di conseguenza, la controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e, in presenza di violazioni nella fase di attuazione delle modalità di liquidazione, esse possono essere rilevate direttamente in sede di decisione del ricorso proposto ai sensi dell'art. 65 del D.Lgs. n. 270/1999 avanti a tale giudice, il quale, previa disapplicazione dell'atto di autorizzazione alla vendita, è autorizzato a decidere sulla situazione di diritto soggettivo dedotta e sull'impugnabilità e sulla validità dell'atto di liquidazione posto in essere, senza che sia indispensabile la preventiva impugnazione ed annullamento degli atti amministrativi che ne hanno costituito il presupposto di validità".

(13) DE LISE, *L'Amministrazione straordinaria delle imprese in crisi*, cit.

(14) TAR Lombardia, Sez. III, 16 giugno 2004, n. 2420.

mia diritto soggettivo\interesse legittimo (15), i giudici amministrativi hanno quindi dato rilievo alla finalità perseguita dalla norma alla quale l'atto si collega. Ne consegue che, qualora sia riscontrabile la volontà - da parte dell'ordinamento - di tutelare in via primaria un interesse pubblico, e in via secondaria i contrapposti interessi sostanziali dei privati solo quando la tutela di questi coincide con il superiore interesse pubblico, non può che essere riconosciuta la tipica protezione indiretta, mediata e riflessa accordata all'interesse legittimo.

Siffatta premessa rende, pertanto, necessaria una approfondita analisi delle finalità della norma, poichè è da queste che conseguono le importanti ricadute in tema di giurisdizione.

Orbene, le norme in materia di amministrazione straordinaria disciplinanti l'attività del commissario straordinario, contenute nel D.lgs. n. 270/99 e poc'anzi esaminate, descrivono un procedimento presidiato da esigenze di risanamento economico, di salvaguardia dei livelli occupazionali e di tutela dell'interesse dei creditori, ed affidano all'autorizzazione ministeriale la valutazione della rispondenza dell'atto alla molteplicità degli interessi coinvolti. Il provvedimento di autorizzazione, pertanto, esprime un potere autoritativo di carattere discrezionale, poichè è l'approdo di un momento di valutazione comparativa degli interessi in gioco; con esso l'Amministrazione procede, sulla base di un programma caratterizzato da apprezzamenti discrezionali, al contenimento tra le esigenze del mercato e quelle dei creditori, da un lato e l'interesse pubblico al risanamento economico e della salvaguardia dell'occupazione (artt. 54, 55 e 56 del D.lgs. n. 270/99).

Se quindi, gli interessi creditori costituiscono una posizione soggettiva protetta in occasione della tutela dell'interesse pubblico delineato nel D.lgs. n. 270/99, deve necessariamente concludersi che questi assumono la consistenza di interessi legittimi (16).

In altre parole, il rispetto delle finalità suindicate durante l'attività di dismissione dei beni aziendali presuppone valutazioni discrezionali da parte dell'Amministrazione, cui consegue una degradazione da diritti ad interessi delle posizioni giuridiche coinvolte (comprese quelle facenti capo ai singoli creditori) e la spettanza al giudice amministrativo della giurisdizione sulle controversie riguardanti ogni vicenda che si ricolleggi all'autorizzazione ministeriale (17).

(15) Impostazione secondo cui, come specificato dal Tribunale, "la posizione di interesse legittimo si ricollegerebbe all'esercizio di una potestà amministrativa rivolta, secondo il suo modello legale, alla cura diretta ed immediata di un interesse della collettività; il diritto soggettivo nei confronti della Pubblica Amministrazione trova, invece, fondamento in norme che pongono a suo carico obblighi a garanzia diretta ed immediata di un interesse individuale".

(16) Alle medesime conclusioni addiuvano: TAR Liguria, 25 novembre 1998, n. 836.

(17) Cons. Stato, VI, 25 marzo 2003, n. 4028; TAR Emilia Romagna, Parma, 19 marzo 2002, n. 159; TAR Lazio, Roma, III, 17 giugno 1993, n. 1138; Cons. Stato, VI, n. 1011/1997; Cass., Sez. Unite, 7 luglio 1989, n. 3229; TAR Veneto 9 marzo 1984, n. 95

Secondo ulteriore impostazione, dovrebbe poi distinguersi fra l'ipotesi in cui il creditore possa vantare una vera e propria posizione soggettiva di cui si lamenta la lesione, dal mero interesse alla capienza del patrimonio del debitore.

Pertanto, s'è affermato che per aversi lesione di una posizione giuridica tutelabile, devono venir in rilievo vizi incidenti sulla scelta del contraente e sulla determinazione del prezzo, tali però da provocare una diretta ricaduta sulle prospettive di soddisfacimento del creditore ricorrente e non più in generale sul maggior possibile realizzo dei beni. Deve, in altre parole, sussistere una immediata relazione tra il vizio che determina una compressione del ricavato dalla vendita dell'intero complesso aziendale ed il pregiudizio risentito dal creditore. La mancata sussistenza di una tale relazione fonderebbe, secondo questa prospettiva, un difetto di interesse (18).

Ciò detto in ordine alla giurisdizione, può esser utile una breve analisi dei rimedi esperibili e dei relativi effetti nell'ipotesi patologica in cui la valutazione discrezionale operata dalla Amministrazione presenti profili di illegittimità. In altre parole, sorge per l'interprete il problema di stabilire cosa succeda all'intera procedura nel caso in cui, ad esempio, la stima operata dall'esperto non corrisponda ai criteri fissati dall'art. 63.

Secondo una prima prospettiva, l'illegittimità dell'atto amministrativo, una volta dichiarata dal giudice amministrativo o rilevata incidentalmente dal giudice ordinario, può dare luogo ad una mera annullabilità della vendita (sulla falsariga di quanto accade nel fallimento per gli atti del curatore posti in essere senza la necessaria autorizzazione del giudice delegato).

Questa analisi della norma, basata principalmente sulla relazione governativa e condivisa dalla dottrina, ha subito di recente un "raddrizzamento" ad opera della giurisprudenza di legittimità. Le Sezioni Unite, infatti, ne hanno fornito una interpretazione tesa a recuperare il soddisfacimento delle ragioni creditorie.

Con una sentenza che non consta precedenti in termini (19), la Cassazione ha affermato che l'amministrazione straordinaria rientra fra le procedure concorsuali, e pertanto è necessario applicare anche ad essa i fondamentali principi che le caratterizzano.

Posto che quest'ultime hanno come finalità comuni la liquidazione del patrimonio del debitore ed il soddisfacimento dei creditori sul ricavato, rilevano due fondamentali interessi dei creditori: l'interesse, attinente alla fase liquidatoria, a che dalla vendita dei beni del debitore insolvente venga ricavato un prezzo quanto più possibile vicino a quello di mercato e fondante la pretesa di ogni singolo creditore a che la vendita avvenga nella forma più

(18) In tal senso, MARELLI, *Nullità della vendita di azienda nell'amministrazione straordinaria*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2010 fasc. 3, pp. 303 - 309.

(19) Cass. civ. Sez. Unite, 27 maggio 2009, n. 12247.

vantaggiosa e, quindi, nel rispetto di tutta la normativa diretta a garantire tale fondamentale interesse; l'interesse a che l'attivo ricavato venga ripartito nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*, proprio della fase di ripartizione dell'attivo.

Chiarisce la Cassazione che detti interessi vengono in considerazione anche nella amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, soprattutto nella ipotesi in cui la finalità del riequilibrio economico delle attività imprenditoriali venga perseguita tramite la procedura di predisposizione ed attuazione di un programma di cessione di beni aziendali.

Infatti, la circostanza che il programma redatto dal commissario straordinario debba tener conto degli interessi dei creditori e indicare le previsioni in ordine alla soddisfazione dei creditori, che l'alienazione dei beni debba essere effettuata come previsto dal succitato art. 62, non solo in conformità delle previsioni del programma e con forme adeguate alla natura dei beni, ma anche con forme finalizzate al migliore realizzo e se si tratta di vendita di un complesso aziendale, previo espletamento di idonee forme di pubblicità, porta necessariamente alla considerazione che la salvaguardia riguarda una pluralità di interessi così individuati dai giudici della legittimità: quello dei creditori; quello dei lavoratori, nonché l'interesse generale alla conservazione del patrimonio produttivo salvaguardando l'unità operativa dei complessi aziendali. Dette disposizioni, quindi, sono poste a tutela di interessi generali che non ammettono una difforme regolamentazione e, pertanto, costituiscono limite inderogabile al potere discrezionale sia del commissario straordinario che del Ministero dell'industria nell'espletamento delle attività richieste per pervenire all'alienazione dei beni dell'imprenditore insolvente.

L'inderogabilità delle norme in esame e la particolare natura degli interessi coinvolti imprime il carattere di norme imperative, alla cui violazione deve essere ricollegata, ai sensi dell'art. 1418 c.c., la nullità dell'attività negoziale conclusiva della procedura di vendita e la illegittimità degli atti prodromici (programma di cessione del complesso aziendale e autorizzazioni ministeriali alla esecuzione del programma ed alla vendita di detto complesso).

In altre parole, la Cassazione ha ritenuto affetti da nullità di tipo virtuale tutti gli atti della procedura: *in primis*, del contratto di compravendita, ai sensi dell'art. 1418 c.c., atteso che i vincoli ed i divieti imposti dalle disposizioni di legge in questione riguardano direttamente anche l'accordo negoziale delle parti, non potendo costituire oggetto del contratto di compravendita, indicandolo come complesso caratterizzato dall'essere in esercizio, un complesso aziendale che in realtà non lo è e viceversa, traducendosi tale accordo nella vendita di un oggetto da ritenersi illecito, perchè la vendita così realizzata determinerebbe la lesione della pluralità degli interessi (di carattere generale) coinvolti nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di

insolvenza e tutelati attraverso la imposizione dei menzionati vincoli e divieti; ma anche di tutti gli atti ad esso prodromici, incluso il decreto ministeriale di autorizzazione, affetto da palese illegittimità e dunque da disapplicare.

Nè può contestarsi, ad avviso della Cassazione, il potere di disapplicazione giudiziale.

Qualora il creditore voglia agire in giudizio per la tutela delle proprie ragioni - che ritiene lese da un procedimento di vendita illegittimo - agisce in quanto titolare del proprio diritto, di cui assume la avvenuta lesione, avverso i convenuti, da individuare nella impresa in amministrazione straordinaria, quale venditrice, e nell'impresa acquirente del bene; viceversa, la P.A., in un giudizio siffatto, non è parte del processo cui ascrivere direttamente la lesione, ma soggetto che ha emanato gli atti di autorizzazione alla esecuzione del programma di vendita ed alla conclusione del contratto di compravendita: il giudice, dunque, ne ha cognizione incidentale, essendo tenuto ad indagare gli effetti in relazione all'oggetto dedotto in giudizio (la lesione del diritto di credito) e se il comportamento lesivo del diritto soggettivo trovi giustificazione nelle autorizzazioni rilasciate dal Ministero.

Orbene, le conclusioni cui addivengono le SS.UU., sintetizzabili nell'aver riconosciuto a) la giurisdizione dell'A.G.O. anche per profili di illegittimità del provvedimento amministrativo e b) la sanzione della nullità radicale, sono senza dubbio corrette se riferite al caso sottoposto alla loro attenzione ma espongono i principi di diritto ivi enunciati al pericolo di applicazioni generalizzate non rispettose del criterio generale di riparto della giurisdizione (20).

Difatti, nel caso di specie ove a una azienda non più in esercizio era stata applicata la procedura *ex art. 63* anziché quella *ex art. 62*, con conseguente valutazione dell'azienda in termini di redditività negativa, anziché di valore di scambio ha comportato l'esercizio di un potere in carenza totale dei presupposti (difettando, in capo all'Amministrazione, un potere discrezionale di scelta in ordine alla disciplina applicabile nel procedere alle valutazioni tecniche) con la conseguenza che l'autorizzazione del Ministero dello Sviluppo Economico non ha comportato quella degradazione dei diritti soggettivi in interessi legittimi che avrebbe comportato la sussistenza della giurisdizione ammini-

(20) Non mancano infatti pronunce da parte di giudici ordinari del merito, i quali - richiamando i principi espressi dalle SS.UU. - hanno riconosciuto la propria giurisdizione sulla base della affermazione che l'interesse alla capienza patrimoniale sia posizione di diritto soggettivo. In realtà, opportuno sarebbe richiamare le conclusioni cui è approdata la giurisprudenza (amministrativa e civile) formatasi in materia di espropriazioni pubbliche la quale ha riconosciuto che da una medesima posizione (quella di proprietario) possono derivare contestualmente situazioni soggettive consistenti sia in interessi legittimi sia in diritti soggettivi a seconda del diverso atteggiarsi dell'interesse pubblico nel caso di specie (GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012, 114 e ss.).

strativa (21), con conseguente permanenza della giurisdizione dell'A.G.O.; non solo, ma un siffatto macroscopico travalicamento dei limiti del potere discrezionale spettante alla P.A. ha giustificato la scelta per la sanzione radicale.

L'applicazione di tutt'altra disciplina aveva reso, infatti, l'avvio della procedura di vendita dei beni e l'allegato regolamento per le offerte di acquisto palesemente illegittimi e lesivi degli interessi dei creditori. La cassazione, aggrancia la nullità virtuale all'oggetto del contratto, sottolineando che l'oggetto della vendita è un complesso aziendale, e una circostanza come quella dall'essere o non essere in funzione è idonea a mutare l'oggetto della vendita. Ciò perchè *"lo stesso complesso, considerato dal punto di vista giuridico non può considerarsi il medesimo bene tanto se sia in esercizio, quanto se non lo sia"*.

Dal momento, dunque, che nel caso di specie non venivano in considerazione soltanto vizi di atti che hanno preceduto la stipula del contratto, ma la illiceità dell'oggetto del contratto, atteso che si era venduto come se fosse in esercizio, uno stabilimento che in realtà non lo era (quindi un bene diverso), e che la violazione di norma imperativa era stata data proprio dall'applicazione di tutt'altra procedura valutativa, può discutersi cosa succeda invece nel differente caso in cui la illegittimità della procedura non derivi da vistose deviazioni, come avviene laddove la valutazione della stima sia sbagliata perchè parzialmente difforme ai criteri stabiliti dall'art. 63.

Posto infatti che il vizio radicale è stato causato dall'erroneità della disciplina applicata, può opinarsi se - per altre difformità - non sia applicabile l'art. 2929 c.c., il quale stabilisce che non ha effetto riguardo all'acquirente la nullità degli atti esecutivi che hanno preceduto la vendita (22).

Tuttavia l'applicabilità di siffatto articolo alle procedure di vendita di azienda sotto amministrazione straordinaria è tutt'altro che pacifica.

Se da un lato, infatti, la Cassazione non dubita che l'art. 2929 sia applicabile alle procedure concorsuali, posto che le vendite concorsuali continuano ad essere attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore fallito secondo il generale disposto dell'art. 2740, e l'esigenza di garantire il risultato

(21) Le stesse SS.UU., nel giustificare la giurisdizione ordinaria, esplicitamente affermano l'ineffettività del provvedimento - nel caso di specie - a degradare i diritti creditori: "In tema di liquidazione dei complessi produttivi nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, qualora il Ministero dello Sviluppo Economico abbia autorizzato la cessione di un complesso con le modalità di cui all'art. 63 del d.lgs. n. 270 del 1999, dettate per le aziende in esercizio, ed esso risulti invece non più in funzione, restano travalicati i limiti del potere discrezionale spettante alla P.A., con la conseguenza che l'atto posto in essere è viziato per violazione di legge, e le relative autorizzazioni vanno disapplicate ex art. 5 della legge n. 2248 del 1865, All. E, restando escluso che i diritti soggettivi lesi dall'atto di liquidazione (nella specie, il diritto del creditore avente ipoteca sul bene immobile facente parte del complesso liquidato) possano ritenersi degradati ad interessi legittimi".

(22) Sull'argomento: BONSIGNORI, *Effetti della vendita e dell'assegnazione*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1988, 279; BUSNELLI, in BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, FERRUCCI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, VI, 4, Torino, 1980, 345; TEDOLDI, *Vendita e assegnazione forzata*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999, 680.

raggiunto nel processo esecutivo, mediante la protezione dei terzi che hanno effettuato acquisti, salvo il caso di collusione con il soggetto precedente, ricorre anche nell'esecuzione concorsuale (23); dall'altro - con particolare riferimento alle vendite che abbiano luogo nell'ambito delle procedure (aventi natura amministrativa) di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (*ex art. 62, D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270*) - parte della dottrina (24) ritiene che l'art. 2929 non possa trovare applicazione, dovendosi escludere che si tratti di procedimenti aventi natura giurisdizionale esecutiva. Ciò comunque, non dovrebbe vietare una applicazione analogica, stante la sussistenza delle medesime esigenze di tutela e affidamento del terzo acquirente non colluso.

Ebbene, volendo ammettere in linea astratta l'applicabilità dell'art. 2929, bisogna però risolvere il quesito se una difformità della stima dai criteri *ex art. 63* provochi una nullità degli atti esecutivi che precedono la vendita o sia essa stessa nullità della vendita. A seconda che si aderisca all'una o all'altra tesi avremo una diversa sorte del contratto: nel primo caso deve, infatti, ritenersi impossibile la declaratoria di nullità ad opera dell'autorità giudiziaria.

Non solo, ma potrebbe sostenersi - con una interpretazione scevra da formalismi - l'esistenza di una residua area di discrezionalità per la P.A. con riguardo alla scelta del metodo di liquidazione dei beni della impresa assoggettata ad amministrazione straordinaria, a condizione che venga osservato il criterio della redditività negativa e non contraddetta la *ratio* sottesa alla norma.

Se, infatti, *ratio* deve essere quella di operare una offerta che incoraggi gli acquirenti e mantenere il livello occupazionale, una difformità della stima data dall'aver preso in considerazione quattro anni e non il prescritto biennio può costituire mera irregolarità se non addirittura esercizio della discrezionalità della P.A.; il carattere dell'imperatività, in altre parole, dovrebbe essere riconosciuto al criterio della redditività negativa e all'obbligo per la P.A. di applicare questo criterio ogni qualvolta si debba procedere alla vendita di azienda ancora in esercizio, ma non appare ragionevole sostenere la sanzione della nullità ogni qualvolta possano venire in rilievo diverse valutazioni tecniche. Dovrebbe darsi, piuttosto, rilievo alla mancata osservanza delle regole che comportino una palese contraddizione della *ratio* della norma.

Potrebbe invero sostenersi che la P.A. nell'esercizio della propria discrezionalità, valutata l'ipotesi che con la stima basata sul successivo biennio il prezzo di vendita non attirerebbe le offerte di nuovi investitori acquirenti, con grave penalizzazione dell'interesse generale al mantenimento del livello occupazionale, opti per una stima con proiezione futura a più ampio raggio. La

(23) V. Cass. n. 1258/2001; Cass. 9212/1999; Cass. 1302/1999; Cass. 4350/1997; Cass. 5751/1993; Cass. 3715/1980; Cass. 58/1979; Cass. 4039/1974.

(24) FERRI, *Le nullità delle vendite concorsuali*, in *RDP*, 2003, 440.

proiezione sul quadriennio, ad esempio, potrebbe presentare redditività negativa maggiore ma invogliare - proprio per il più basso prezzo d'acquisto - un numero maggiore di offerenti con conseguente salvaguardia dell'interesse generale a discapito delle ragioni creditorie. Ma un tale sacrificio, è permesso dal legislatore il quale ha chiaramente mostrato un *favor* per il mantenimento in vita dell'attività di impresa e ha rimesso in concreto, alla discrezionalità del Ministero dello Sviluppo Economico, la salvaguardia delle ragioni creditorie *per quanto possibile*.

Non deve, infatti, dimenticarsi che qualora all'offerta in vendita dell'azienda non si presenti alcun acquirente, allora l'azienda dovrà essere liquidata secondo lo stesso meccanismo di azienda non più in attività. Un simile esito sebbene auspicabile per i creditori che vedrebbero valutati al valore di mercato i beni ipotecati, tuttavia, non lo è per l'interesse generale, totalmente compromesso: appare dunque ragionevole fornire una interpretazione dei criteri *ex art.* 63 "elastica", tale per cui il Ministero ha, nel procedere alla propria valutazione, sì l'obbligo di prendere in considerazione il biennio successivo ma ha anche il potere discrezionale di prendere in considerazione altri elementi (quali un ulteriore biennio) che permettano di meglio modellare l'offerta nel caso concreto ai fini di una sostanziale salvaguardia dell'interesse pubblico tutelato.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2014
Servizi Tipografici Carlo Colombo s.r.l.
Vicolo della Guardiola n. 22 - 00186 Roma