

ISSN 2724-3273



Milan Law Review

Fascicolo 1/2022

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
CENTRO DI RICERCA
COORDINATO
"STUDI SULLA GIUSTIZIA"

EDITORE: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Gambaro

COMITATO DI DIREZIONE: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Claudio Luzzati, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüdiger, Roberto Sacchi, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano Zirulia (coordinatore), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trincherà, Silvia Zorzetto.

COMITATO SCIENTIFICO: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Natascia Marchei, Luca Masera, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) è una Rivista giuridica a vocazione multidisciplinare e multilingue, pubblicata con cadenza semestrale in modalità *open access*. La Rivista rappresenta uno spazio di discussione ed approfondimento aperto e pluralista, che si propone di superare gli steccati che tradizionalmente separano le discipline giuridiche e gli ordinamenti nazionali, promuovendo il dibattito scientifico su un ampio spettro di problematiche, da quelle classiche a quelle più strettamente contemporanee. Nata da un'iniziativa dei tre Dipartimenti afferenti alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano, la Rivista annovera tra i componenti dei propri organi studiosi provenienti da prestigiosi Atenei e Centri di ricerca di tutto il mondo.

Open Access Policy: Questa serie fornisce accesso aperto e senza restrizioni ai suoi contenuti. Chiunque ha il diritto di scaricare, riutilizzare, ristampare, modificare, distribuire e/o copiare i contenuti pubblicati.

La Rivista è distribuita con **licenza Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. Tale licenza consente di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare il materiale con qualsiasi mezzo e formato, purché venga espressamente riconosciuta la paternità dell'opera. Non è consentito l'utilizzo per scopi commerciali. Presentando un articolo alla Rivista l'autore ne accetta la pubblicazione in base a tale licenza.

Peer Review: I contributi sono sottoposti ad una procedura di referaggio anonimo (*double blind peer review*). Il Direttore responsabile, dopo avere svolto una previa valutazione di adeguatezza scientifica del contributo e di pertinenza all'area tematica della Rivista, invia gli stessi contributi, resi anonimi dal Comitato editoriale, al *referee* da lui scelto nell'ambito di un elenco di *referee* formato dal Comitato di direzione. Il *referee* esprime la propria valutazione, di regola, entro 20 giorni dall'attribuzione dell'incarico.

Codice etico: La Rivista si uniforma agli standard definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e adotta le relative linee guida. Il testo integrale del codice etico è disponibile sulla pagina web della *Milan Law Review*.

Modalità di citazione consigliata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Milan law review*, anno, n. X, p. XX-XX.

ISSN: 2724-3273

Iscrizione al **Registro della Stampa** con Decreto del 2 luglio 2021, Tribunale di Milano.

Luogo di pubblicazione: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italia.

Data di pubblicazione del fascicolo: settembre 2022.

PUBLISHER: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

EDITOR IN CHIEF: Antonio Gambaro

EDITORIAL BOARD: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Claudio Luzzati, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüdner, Roberto Sacchi, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

EDITORIAL STAFF: Stefano Zirulia (coordinator), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mamelì, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

SCIENTIFIC COMMITTEE: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Natascia Marchei, Luca Maserà, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) Milan Law Review (MLR) is a multidisciplinary and multilingual law journal, published on a six-monthly basis in open access mode. The Review provides an open and pluralist space for discussion and in-depth scholarship, which aims to overcome those pre-established barriers which conventionally separate legal disciplines and national legal systems and to promote the scientific debate on a wide range of issues, from traditional to more strictly contemporary ones. Created on the initiative of the three Departments composing the Faculty of Law of the University of Milan, MLR counts among the members of its academic bodies prestigious Universities and research centres from all over the world.

Open Access Policy: The Review provides open and unrestricted access to its contents. Anyone has the right to download, use, print, distribute and/or copy published content, in compliance with the adopted license (see below).

The Review is distributed under a **Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. This license allows to reproduce, distribute, communicate to the public, publicly display, perform and recite the material in any medium and format, provided that the authorship of the work is expressly acknowledged. Use for commercial purposes is not permitted. By submitting an article to the Review, the author accepts publication under this license.

Peer Review: Contributions are subject to double blind peer review. The Editor in Chief, after a preliminary evaluation of the scientific adequacy of the contribution and its relevance to the subject area of the Review, sends the contribution, made anonymous by the Editorial Staff, to the referee chosen from a list of referees formed by the Editorial Board. The referee shall express her or his evaluation within 20 days of the assignment unless otherwise agreed.

Publication Ethics: The Review has adopted its own standards on publication ethics (available on the MLR website), in compliance with the guidelines defined by the Committee on Publication Ethics (COPE).

Suggested Citation style: N. SURNAME, *Title*, in *Milan law review*, year, n. X, p. XX-XX.

ISSN: 2724-3273

Registration in the **Public Press Register** by Decree of July 2, 2021 - Court of Milan.

Place of Publication: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italy.

Date of Publication of this Issue: September 2022.



N. 1/2022

INDICE DEI CONTRIBUTI

AMAL ABU AWWAD, <i>L' autovalutazione dell'organo amministrativo nel Codice italiano di Corporate Governance</i>	1
MANFREDI BONTEMPELLI, <i>Lo "statuto" del pubblico ministero europeo italiano</i>	20
NOVELLA GALANTINI, <i>Giurisdizione e competenza nella disciplina della Procura europea: una sintesi della complessa disciplina di fonte regolamentare</i>	37
GIOVANNI FORNABAIO, <i>Chi inquina, paga</i>	49
BARBARA KNOLL, <i>Il diritto al parto in anonimato</i>	93
JAN SVOBODA, <i>Public Procurement and Vendor Lock-in within the Area of Data Migration</i>	116





L'autovalutazione dell'organo amministrativo nel Codice italiano di *Corporate Governance*

The board self-evaluation in the Italian Corporate
Governance Code

AMAL ABU AWWAD

Professore Associato di Diritto commerciale

Università eCampus

amal.abuawwad@amdlaw.eu

ABSTRACT

Nell'articolo si affronta il tema dell'autovalutazione dell'organo gestorio, al fine di soffermarsi sulla funzione che assolve e sui principali problemi che pone. Preliminarmente, si delinea in modo sintetico il quadro delle esperienze di altri ordinamenti giuridici, tentando di enucleare le tendenze comuni, gli elementi di difformità e il maggiore o minor grado di dettaglio delle regole dettate da ciascuno dei sistemi esaminati. Si focalizza poi l'attenzione sulla previsione che assume rilievo ai fini dell'analisi: l'art. 4 del Codice di Corporate Governance di Borsa Italiana. Infine, si esaminano alcune delle possibili conseguenze che derivano dall'autovalutazione dell'organo gestorio, ritenendo opportuno dare un rilievo concreto dei relativi esiti come metro di giudizio sull'operato degli amministratori.



DOI: 10.54103/milanlawreview/18731

MILAN LAW REVIEW, Vol. 3, No. 1, 2022

ISSN 2724 - 3273

Parole chiave: autovalutazione dell'organo gestorio; *Corporate governance*; voto di lista; revoca degli amministratori; assetti adeguati.

The article deals with the self-evaluation of the board pursuant to Article 4 of the Italian Corporate Governance Code, in order to focus on the function it performs and the main problems it arises. First, the paper briefly summarizes the approaches to the problem followed by corporate governance codes in some other jurisdictions, with purpose of showing similarities and differences with the Italian solution. The analysis proceeds with examining the provision of Article 4 of the Italian Corporate Governance Code in detail. Finally, the study outlines some of the consequences that the actual self-assessment carried out by the board may carry under Italian corporate law, suggesting that the specific outcomes of the board self-evaluation may become relevant for the purpose of its removal by the shareholders' general meeting as well as within the judicial review of the directors' conduct.

Keywords: board self-evaluation; corporate governance; list voting; removal of directors; adequate organization.

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

L'autovalutazione dell'organo amministrativo nel Codice italiano di *Corporate Governance*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.2. I principi XIII e XIV del Codice di Corporate Governance. – 2.1. I destinatari: la lista dell'organo amministrativo. – 2.2. (Segue). La rilevanza interna dell'autovalutazione sull'efficacia dell'operato. 3. – Soggetti e oggetto. – 4. Le modalità. – 5. Le “conseguenze” dell'autovalutazione.

1. Introduzione.

Il presente lavoro si concentra sull'autovalutazione dell'organo amministrativo, al fine di svolgere qualche considerazione sulla funzione che assolve e sui principali problemi che pone¹ e, in particolare, sull'individuazione delle sue eventuali conseguenze.

L'autovalutazione dell'organo gestorio è – come è stato sottolineato anche nella letteratura straniera – uno dei temi del dibattito internazionale sulla *corporate governance* e trova le sue origini negli Stati Uniti², in cui è stata letta da alcuni come

¹ In questa sede non si tratta del tema dell'autovalutazione dei comitati, né si affronta l'autovalutazione nelle banche, con riferimento alla quale si rinvia a M. Irrera, *L'autovalutazione del consiglio di amministrazione tra soft law, prescrizioni regolamentari, aspirazioni e limiti intrinseci*, in *Riv. dir. soc.*, 2022, pp. 303 ss.

² Cfr. J. Conger-D. Finegold a. E. Lawler, *Appraising Boardroom Performance*, in *Harvard Business Review*, gennaio-febbraio 1998, pp. 1 ss., ove un esame delle ragioni sottese alla necessità di procedere con una valutazione della *performance* dell'organo gestorio; J. Conger a. E. Lawler *Evaluating the directors: the next step in boardroom effectiveness*, in *Iveybusinessjournal*, settembre-ottobre 2002, pp. 1 ss.; A. Minichilli-J. Gabriellson a. M. Kuse, *Board Evaluations: making a fit between the purpose and the system*, in *Corporate Governance: An International Review*, vol. 15 No. 4 (2007), pp. 609 ss.; G.C. Kiel a. G.J. Nicholson, *Evaluating Boards and Directors*, in *Corporate Governance: An International Review*, vol. 13 No. 4, (2005), pp. 613 ss.; T. Brunzell, *Board Evaluation and Its Effect on Board Composition and Board Work*, in *Ssrn*, 6.2.2012, pp. 1 ss.; M. Lückcrath-Rovers, *Learning Mores And Corporate Governance: The Importance Of Soft Controls And Board Evaluations*, in *Ssrn*, 4.6.2012, pp. 1 ss. V., nell'ordinamento spagnolo, S. Barba Fau, *La evaluación del Consejo de Administración como instrumento al servicio del gobierno corporativo*, in *InDret*, 2/2014, pp. 1 ss. Cfr., in merito all'autovalutazione del consiglio di sorveglianza nell'ordinamento tedesco, v. A. Werder, *Selbstevaluation*, in *Deutscher Corporate Governance Kodex, Kommentar*⁷, C.H. Bech, München, 2018, *Rdn.* 1494, pp. 378 ss. V., nell'ordinamento italiano, Cfr. M. Irrera, (nt. 1), p. 294; M. Ventrone, *Note sulla lista del consiglio uscente per l'elezione degli amministratori nelle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2020, pp. 1398 ss.; M. Stella Richter jr, *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 416 ss., in part. pp. 425 ss.; F. Barachini, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, in *Giur. comm.*, 2018, I, pp. 592 ss.; G. Cuttillo-F. Orlando,

espressione del passaggio da un sistema incentrato sulla figura del *chief executive officer* ad uno in cui assume importanza il consiglio nella sua collegialità, ove divengono rilevanti le dinamiche di gruppo, l'architettura informativa e la discussione³.

È frequente l'affermazione secondo cui essa è uno degli strumenti per rendere efficiente l'operato degli amministratori⁴, essendo un meccanismo che dovrebbe essere volto a prevenire i rischi di assunzione di decisioni inefficienti sul piano strategico, di insufficienza dei controlli (tanto che – si vedrà – si configura un nesso fra autovalutazione e predisposizione di assetti adeguati: *ultra* § 5), i rischi etici e di compromissione delle relazioni interpersonali⁵.

Si anticipa che una parte della dottrina ha sottolineato la resistenza dei gestori a sottoporsi ad una simile valutazione⁶, nonostante la sua importanza, anche per i possibili conflitti che potrebbero derivarne, oltre che (talvolta) per l'assenza di informazioni necessarie per potervi procedere, e altra parte della dottrina – come si vedrà – nutre qualche perplessità sulla sua utilità.

Nei diversi sistemi, la maggior parte dei codici di autodisciplina prevede una verifica di efficienza da parte dell'organo amministrativo, in funzione della composizione e della nomina dell'organo gestorio, anche attraverso la predisposizione di piani per la successione.

Il § 303A.04, "Corporate Governance Standards", del New York Stock Exchange, *Listed Company Manual*, dispone che il *nominating/corporate governance Committee* debba individuare le persone qualificate per assumere la carica di membri del consiglio, coerentemente con i criteri approvati da quest'ultimo, e di selezionare, o raccomandare al consiglio di selezionare i candidati da nominare in vista del rinnovo. Il § 303A.09 prevede che le società quotate debbano adottare e pubblicare sul proprio sito le proprie *corporate governance guidelines*⁷. A tal fine, l'organo gestorio deve svolgere un'autovalutazione per verificare se esso e i suoi comitati funzionano in modo efficiente⁸.

Come si valuta una buona governance? Il modello teorico ottimo, la composizione e l'autovalutazione del board, in *Bancaria*, 2014, pp. 58 ss.

³ V. R. Charon, *Boards That Deliver: Advancing Corporate Governance From Compliance to Competitive Advantage*, San Francisco, 2005, *passim*; sul punto, v. anche T. Brunzell, (nt. 2), p. 4. Sulla diversa funzione dell'autovalutazione nel sistema statunitense e su quello italiano, v. M. Irrera, (nt. 1), pp. 311 s.

⁴ J. Conger a. E. Lawler, (nt. 2), pp. 1 ss.; J.A. Sonnenfeld, *What Makes Great Boards Great*, in *Harvard Business Review*, settembre 2002, pp. 1 ss., 13 s.; T. Brunzell, (nt. 2), p. 3.

⁵ G.C. Kiel a. G.J. Nicholson, (nt. 2), p. 614.

⁶ J. Conger a. E. Lawler, (nt. 2), pp. 2 ss.

⁷ In generale, sulle *corporate governance guidelines*, L. Bebchuk-R. Tallarita, *Will Corporations Deliver Value to All Stakeholders?*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 75 (2022), pp. 14 ss.

⁸ Sul punto, v. T. Griffin, D.F. Larcker, S.A. Miles a. B. Tayan, *Board Evaluations and Boardroom Dynamics*, 1, in *Stanford.edu*, marzo 2017, pp. 1 ss., i quali sottolineano che l'obiettivo sotteso a tale previsione è assicurare che l'organo gestorio sia adeguato sul piano

L'autovalutazione dell'*Aufsichtsrat*, quale *Supervisory Board*, è stata introdotta anche nell'ordinamento tedesco, ma è modellata sulla *Board Performance Evaluation* (che rinviene la propria origine nella prassi di numerose e ben note società del sistema ora ricordato: gli Stati Uniti). Anche in tale ordinamento è acquisito che l'autovalutazione, il cui processo deve essere reso noto, è diretta a rendere efficiente il funzionamento dell'organo (v. *Grundsatz 18* e Racc. D.13 del *Deutscher Corporate Governance Kodex*)⁹.

Nell'ordinamento francese, il Codice *Afep-Medef* prevede, al § 10, che il consiglio di amministrazione debba valutare la sua capacità di soddisfare le aspettative degli azionisti e che, periodicamente, debba verificare la sua composizione ed organizzazione, nonché il suo operato. Gli obiettivi dell'autovalutazione sono individuati nello stabilire il modo in cui l'organo opera, se vi è stata un'adeguata istruttoria degli argomenti di discussione e qual è il contributo di ciascun membro rispetto al funzionamento dell'organo collegiale (§ 10.2). Si danno altresì indicazioni sulla tempistica consigliata (si vedano le analogie con quella individuata dal Codice di *Corporate Governance* italiano): è annuale per la valutazione sull'operato, e gli azionisti devono esserne informati nella relazione sulla *corporate governance*; mentre è triennale per valutazione in funzione del rinnovo.

Nel sistema inglese, in particolare, viene in considerazione il Principio L. dello *UK Corporate Governance Code*, ai sensi del quale, in sintesi, la valutazione deve essere annuale e deve concernere la composizione, anche di genere, e l'efficienza dell'operato del consiglio e dei suoi membri anche individualmente. Quanto alle *Provisions*, l'organo gestorio deve rappresentare sul piano documentale le ragioni sottese alla nomina di ciascun amministratore, specificando le ragioni per cui il contributo di ognuno è e rimane fondamentale per gli obiettivi di successo sostenibile nel lungo termine della società (*Provision 17.*). Deve poi esservi una valutazione annuale, formale e rigorosa, e il presidente deve essere oggetto di una valutazione esterna (*Provision 21.*). Vi è un obbligo di agire sulla base dei risultati della valutazione, assumendo tutte le iniziative che si rivelino idonee a conseguire gli obiettivi di miglioramento individuati (*Provision 22.*)

Nell'ordinamento spagnolo, la Racc. 22 del *Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, in tema di valutazione periodica, prevede che, annualmente, il consiglio valuti l'efficienza delle sue attività quale organo, disponendosi poi una verifica dell'operato del presidente e dell'amministratore esecutivo.

dimensionale e che gli amministratori, individualmente o collegialmente, adempiano ai propri obblighi e che siano predisposte procedure idonee a prevenire e comunicare i rischi strategici, gestori, finanziari, anche nella prospettiva di valutare l'operato e di predisporre i piani per la successione. Sul punto, v. altresì *ultra* § 5.

⁹ A. Werder, (nt. 2), *Rdn.* 1493 ss., pp. 378 ss.

Infine, in Belgio, ai sensi del Principio 9 del *Code belge de gouvernance d'Enterprise*, l'organo gestorio deve procedere con l'autovalutazione ogni tre anni relativamente alle *performance* e ai flussi informativi fra *Board* e amministratori esecutivi, tenuto conto della dimensione, della composizione e del funzionamento dell'organo. Al termine del mandato, il comitato nomine valuta il consiglio uscente con riferimento alla partecipazione dei suoi componenti alle riunioni, al loro contributo nelle discussioni e nell'assunzione delle decisioni, anche in ragione dell'evoluzione delle questioni che possono porsi. Il risultato della valutazione costituisce la base per non procedere alla rielezione dei consiglieri ed impone di adottare ogni misura appropriata per rendere efficace l'operato dell'organo.

Il quadro comparatistico potrà fornire alcuni spunti per svolgere alcune riflessioni nel sistema interno.

1.2. I principi XIII e XIV del Codice di *Corporate Governance*

Nell'ordinamento italiano, l'autovalutazione è prevista dall'art. 4 del Codice di *Corporate Governance* di Borsa Italiana del 2020 che consta di due principi: il principio XIII e il principio XIV.

Secondo il principio XIII, l'organo gestorio cura che il processo di nomina e di successione degli amministratori «sia trasparente e funzionale a realizzare la composizione ottimale dell'organo amministrativo secondo i principi dell'articolo 2»¹⁰.

In base al principio XIV del Codice di Autodisciplina, l'organo di amministrazione svolge una valutazione periodica sull'«efficacia della propria attività» e sul «contributo portato dalle sue singole componenti, attraverso procedure formalizzate di cui sovrintende l'attuazione». Si tratta di un monitoraggio interno in merito all'attività esercitata dai gestori non solo dall'organo nel suo complesso, ma anche dei singoli componenti¹¹. A tale ultimo riguardo, si sottolinea in dottrina che sarebbe opportuno fissare dei parametri che indichino quali sono le aspettative con riferimento ad ogni amministratore, indipendentemente dalla sua esperienza, in termini di conoscenza del *business*; di rapporti con il *chief executive officer* e gli amministratori esecutivi, di capacità di assumere iniziative, di preparazione rispetto allo svolgimento delle riunioni, di partecipazione ad un numero sufficiente di riunioni del consiglio e dei comitati, di carattere costruttivo delle opinioni espresse e di integrità¹².

¹⁰ Per un esame delle previsioni sul punto prima del Codice di *Corporate Governance* del 2020, M. Irrera, (nt. 1), pp. 294 ss.

¹¹ Sulla necessità di una qualche forma di valutazione individuale nel processo di valutazione generale del consiglio v. J. Conger *a. E. Lawler*, (nt. 2), pp. 3 s.

¹² J. Conger-D. Finegold *a. E. Lawler*, (nt. 2), pp. 4 s.

Dalla lettura di tali principi appare chiaro che l'autovalutazione è funzionale all'individuazione della composizione ottimale del consiglio di amministrazione¹³, anche – ma non solo – nella prospettiva della sua successione.

Si anticipa che l'autovalutazione può essere annuale o triennale. Infatti, il contenuto e la cadenza per lo svolgimento del *test* si articolano diversamente a seconda di due variabili: le dimensioni della società e il grado di concentrazione proprietaria. In particolare, è opportuno distinguere – in ragione di quanto previsto dalla Racc. 22 – fra società grandi, diverse da quelle a proprietà concentrata, e società che non sono grandi o che, pur essendo grandi, sono a proprietà concentrata.

Tutte le società, anche se non sono grandi¹⁴ o se sono a proprietà concentrata¹⁵, sono tenute all'autovalutazione, con cadenza triennale, in vista del rinnovo dell'organo gestorio.

Invece, le società grandi, non a proprietà concentrata, dovranno svolgere ogni anno anche la c.d. autovalutazione sull'efficacia dell'operato. Ed è consentito procedere «con modalità differenziate nell'arco del mandato dell'organo, valutando l'opportunità di avvalersi almeno ogni tre anni di un consulente indipendente».

La diversità fra le due relazioni non è di poco conto, non tanto per ragioni di contenuto e di cadenza nella redazione, quanto perché – come si dirà fra poco – solo l'orientamento in vista del rinnovo dell'organo, sulla sua composizione quantitativa e qualitativa ritenuta ottimale, tenendo conto degli esiti dell'autovalutazione, è oggetto di pubblicazione in senso proprio, per quanto entrambe siano inserite nella relazione sul governo societario e gli assetti proprietari di cui all'art. 123-*bis* t.u.f.¹⁶. Si può dire che vi è un nucleo di raccomandazioni “comune”, la c.d. “autovalutazione sull'efficacia dell'operato”, e

¹³ Si discute in letteratura su come “strutturare in modo adeguato” il consiglio di amministrazione e in che misura la composizione dell'organo possa influenzare le azioni di quest'ultima o la *performance* dell'impresa. Le tre caratteristiche principali che assumono rilievo sono le dimensioni dell'organo, la sua composizione e la sua struttura decisionale: L.A.A. Van den Berghe a. A. Levrau, *Evaluating Boards of Directors: what constitutes a good corporate board?*, in *Corporate Governance: An International Review*, vol. 12 No. 4 (2004), pp. 461 ss., p. 464. In sintesi, l'evidenza dimostrerebbe che i consigli di amministrazione più grandi sono meno efficienti e quindi influenzano negativamente le prestazioni aziendali.

¹⁴ Sono tali, secondo quanto definito dal Codice di *Corporate Governance*, «la società la cui capitalizzazione è stata superiore a 1 miliardo di euro l'ultimo giorno di mercato aperto di ciascuno dei tre anni solari precedenti».

¹⁵ E cioè – sempre in base al Codice di *Corporate Governance* – le «società in cui uno o più soci che partecipano a un patto parasociale di voto dispongono, direttamente o indirettamente (attraverso società controllate, fiduciari o interposta persona), della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria».

¹⁶ V., sul punto, il *Format* per la relazione sul governo societario e gli assetti proprietari pubblicato da Borsa Italiana, consultabile su www.borsaitaliana.it, pp. 27 ss.

uno che concerne solo il processo di nomina e di successione degli amministratori in caso di rinnovo del consiglio, la c.d. "autovalutazione per la successione in caso di rinnovo".

Da un esame delle raccomandazioni emergerà che le due "tipologie" di valutazioni perseguono una diversa funzione.

Si premette altresì che si configura un minimo comun denominatore di raccomandazioni per le due citate "tipologie" di valutazioni: tale nucleo, in cui per lo più si esaurisce il contenuto dell'autovalutazione sull'efficacia dell'operato (v. anche la Racc. 22, secondo inciso), è costituito dalle Racc. 19, lett. a), b), e) e 21. All'autovalutazione, in vista del rinnovo dell'organo, sono altresì dedicate le Racc. 19, lett. c), d), e), 22), primo inciso, e 23.

Preliminarmente ad ogni considerazione si rende tuttavia opportuno delineare il quadro che caratterizza, sul piano sostanziale e procedimentale, l'autovalutazione nell'ordinamento italiano.

Tale analisi verrà svolta, applicandosi quattro criteri. Si condivide, infatti, l'approccio di chi ha individuato i quesiti a cui l'interprete deve rispondere quando s'interroga sulla portata dell'autovalutazione. Si rende necessario chiedersi: (i) a chi saranno comunicati gli esiti dell'autovalutazione, se solo all'organo gestorio o anche a terzi (gli azionisti o, in generale, il mercato); (ii) chi svolgerà l'autovalutazione (se il consiglio o soggetti terzi); (iii) che cosa forma oggetto di valutazione e (iv) infine, come si procede a quest'ultima¹⁷.

L'obiettivo del presente lavoro – come si è anticipato – è quello affrontare le diverse questioni che si pongono (§§ 2.1, 2.2, 3 e 4), e in particolare se e quali possano essere le "conseguenze" che derivano dall'autovalutazione (§ 5).

2.1. I destinatari: la lista dell'organo amministrativo.

Soffermarsi anzitutto sui "destinatari" consente di svolgere qualche riflessione – come si è detto – sulla funzione delle due sopra individuate tipologie di autovalutazione.

Quanto all'autovalutazione per il rinnovo, in base alla Racc. 23 (da cui sono tratte le citazioni che seguono) l'organo di amministrazione, esprime, in vista di ogni suo rinnovo, «un orientamento sulla sua composizione quantitativa e qualitativa ritenuta ottimale, tenendo conto degli esiti dell'autovalutazione», potendo anche presentare una lista per l'elezione degli amministratori¹⁸.

¹⁷ A. Minichilli-J. Gabrielsson *a.* M. Kuse, (nt. 2), pp. 611 ss., ove ulteriori riferimenti.

¹⁸ Sul punto, cfr. M. Ventoruzzo, (nt. 2), pp. 1401 ss.; M. Stella Richter *jr.*, (nt. 2), pp. 425 ss.; ID., *Il quadro legislativo italiano in materia di nomina ed elezione del consiglio di amministrazione: un modello o un'anomalia?*, in ODCC, 2017, pp. 187 ss.; ID., *In principio sono sempre le funzioni*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 20 ss., p. 26 s.; ID., *Voto di lista per la elezione delle cariche sociali e legittimazione dell'organo amministrativo alla presentazione di candidati*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, pp. 1 ss.; M. Irrera, (nt. 1), pp. 311 ss.; G. Ballerini, *La lista del consiglio di amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 745 ss.; G. Sandrelli, *Il dialogo degli amministratori con gli azionisti dopo*

Lo stesso organo amministrativo richiede altresì «a chi presenta una lista che contiene un numero di candidati superiore alla metà dei componenti da eleggere di fornire adeguata informativa, nella documentazione presentata per il deposito della lista, circa la rispondenza della lista all'orientamento espresso dall'organo di amministrazione, anche con riferimento ai criteri di diversità previsti dal principio VII e dalla raccomandazione 8, e di indicare il proprio candidato alla carica di presidente dell'organo di amministrazione, la cui nomina avviene secondo le modalità individuate nello statuto».

L'orientamento del consiglio di amministrazione è soggetto a pubblicità, mediante pubblicazione sul sito *internet* della società «con congruo anticipo rispetto alla pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea relativa al suo rinnovo». Esso «individua i profili manageriali e professionali e le competenze ritenute necessarie, anche alla luce delle caratteristiche settoriali della società, considerando i criteri di diversità indicati dal principio VII e dalla raccomandazione 8 e gli orientamenti».

L'autovalutazione per il rinnovo, posto che – si è detto – è oggetto di pubblicazione, ha come propri destinatari gli azionisti, e in generale il mercato. Ne deriva che una prima e generale istanza da soddisfare è senz'altro quella della trasparenza del processo di nomina nella prospettiva di riconoscere tutela agli azionisti e alle altre parti interessate, creando altresì fiducia nell'operato dell'organo amministrativo.

Vi è, tuttavia, un secondo possibile profilo di rilevanza che viene in considerazione: l'eventuale possibilità per l'organo gestorio uscente di individuare candidati, i quali direttamente soddisfino i criteri risultanti dall'orientamento che il medesimo organo ha espresso. In questa prospettiva, la presentazione della lista da parte dell'organo gestorio uscente sarebbe infatti, come rilevato da parte della dottrina, lo strumento «per rendere effettive» le autovalutazioni del consiglio di amministrazione¹⁹, mentre, chi si esprime in termini critici sulla possibilità di presentare la lista del consiglio in presenza di una lista “lunga” dei soci distingue fra indicazione sulle modalità di composizione del nuovo consiglio (rientranti nel dovere degli amministratori in tema di conformazione degli assetti) e indicazioni dei singoli candidati (ammissibile solo alla condizione precedentemente esposta per chi si esprime a favore della funzione residuale della lista del cda).

In questa sede non ci si sofferma sul punto, oggetto attualmente in Italia, come noto, di un vivace dibattito²⁰, essendo possibile individuarne vantaggi e svantaggi, anche in ragione dei diversi *agency problems* che possono venire in

il codice di corporate governance, in *Riv. dir. comm.*, 2021, pp. 695 ss.; S. Cacchi Pessani, *Il voto di lista per la nomina degli amministratori nelle società a controllo “fluidico”: prassi, problemi interpretativi*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 705 ss.

¹⁹ M. Stella Richter *jr*, (nt. 2), p. 425.

²⁰ Sul punto, si veda il richiamo di attenzione n. 1/22 del 21 gennaio 2022, consultabile su www.consob.it.

considerazione²¹, a seconda – come noto – del grado di concentrazione proprietaria. Ci si limita a rilevare che, nell'ambito di tale dibattito, da un lato, si sottolinea che la lista del cda potrebbe rendere più incisiva la funzione gestoria, rafforzando l'autonomia dell'organo e il rapporto con gli azionisti, dall'altro, risulta tuttavia evidente il rischio di «autoreferenzialità» del consiglio, con un conseguente depotenziamento degli investitori istituzionali e dei soci²², soprattutto nell'ipotesi in cui vi sia una dialettica fra maggioranza e minoranza, tanto che parte della dottrina ritiene che la presentazione della lista da parte degli amministratori abbia una «funzione meramente residuale e suppletiva»²³. Il meccanismo delle liste induce altresì a riflettere sui nuovi sviluppi della grande impresa azionaria²⁴.

2.2. (Segue). La rilevanza interna dell'autovalutazione sull'efficacia dell'operato.

I destinatari dell'autovalutazione sull'efficacia dell'operato sono per lo più gli stessi amministratori. Il che potrebbe limitarne notevolmente l'effettività e la portata, che potrebbero esaurirsi in una dimensione meramente interna²⁵. L'obiettivo perseguito è quello del miglioramento della struttura e delle procedure decisionali.

Peraltro, la circostanza che l'autovalutazione sia comunque inserita nella relazione sul governo societario e gli assetti proprietari potrebbe farne emergere un qualche ulteriore rilievo.

Se la nomina implica un giudizio prognostico sulla gestione futura dell'impresa, l'autovalutazione annuale sull'efficacia dell'operato dell'organo potrebbe avere un'ulteriore utilità sul piano operativo. Si pensi ai casi, ipotizzati da alcuni, in cui emergano una scarsa contezza dei profili di rischio della società, una «scarsa partecipazione dei consiglieri al processo di definizione della strategia aziendale» o flussi informativi inadeguati²⁶.

La valutazione, al pari di quanto avviene nel sistema belga in cui – come sopra rilevato – essa può essere posta a fondamento della decisione di non

²¹ R. Sacchi, *La capacità propulsiva della s.p.a. quotata è andata esaurendosi?*, in ODCC, 2021, pp. 581 ss.

²² M. Ventoruzzo, (nt. 2), p. 1423; sull'opportunità di una previsione statutaria facoltizzante la presentazione di liste da parte del consiglio, v. già M. Stella Richter *jr*, *Voto di lista*, (nt. 18), 1 ss.; cfr. anche M. Irrera, (nt. 1), pp. 311 ss. Per un esame generale delle diverse clausole di voto di lista, v. N. Ciocca, *Il voto di lista nelle società per azioni*, Milano, 2018, pp. 32 ss.

²³ G. Ballerini, (nt. 2), p. 745.

²⁴ V., sul punto, R. Sacchi, (nt. 21), pp. 581 ss.

²⁵ Sottolineano che, se il destinatario è lo stesso organo gestorio, l'interesse a condurre la valutazione è motivata dalla volontà di migliorare i processi decisionali e l'organizzazione interna: A. Minichilli-J. Gabrielsson *a.* M. Kuse, (nt. 2), pp. 611 ss., ove ulteriori esemplificazioni degli interessi di cui sono portatori altri soggetti con riferimento all'autovalutazione.

²⁶ M. Irrera, (nt. 1), p. 314.

rieleggere membri del consiglio di amministrazione, potrebbe divenire uno degli elementi su cui fondare le decisioni non solo sulla nomina dei nuovi amministratori, ma anche sull'eventuale esercizio del potere di revoca da parte dell'assemblea: revoca che, come noto, costituisce un meccanismo preventivo e successivo di controllo di merito sulla gestione, potendosi in tal modo individuare un ulteriore profilo di effettività rilevante dell'autovalutazione. Naturalmente, la possibilità di far ricorso alla revoca è strettamente collegata al grado di completezza e analiticità della valutazione.

3. Soggetti e oggetto.

I soggetti che sono tenuti allo svolgimento dell'autovalutazione sono gli stessi nelle due tipologie di relazione sopra menzionate. È l'organo amministrativo, nella persona del suo presidente, ad avere piena capacità decisionale, per quanto il Comitato nomine abbia il compito di coadiuvarlo in dette attività.

Assumono altresì rilievo le Racc. 12 e Racc. 19, che attribuiscono al presidente dell'organo di amministrazione, con l'ausilio del segretario dell'organo, la cura dell'adeguatezza e della trasparenza del processo di autovalutazione dell'organo di amministrazione. In tale contesto, il Comitato nomine è chiamato a svolgere un'attività di supporto.

Per quanto l'autovalutazione sulla base delle informazioni fornite dallo stesso organo²⁷ sia il modo più tradizionale di procedere²⁸, non si possono negare i vantaggi connessi all'esternalizzazione della valutazione, affidando quest'ultima a soggetti diversi dai componenti dell'organo gestorio: se per un verso, il consiglio è l'organo in grado di cogliere in modo più diretto e profondo le proprie debolezze, per l'altro, è chiaro che affidarsi all'etero-valutazione ha il vantaggio di una maggiore oggettività e indipendenza del processo²⁹. Parte della dottrina ritiene, anche per siffatte ragioni, fortemente opportuno che le autovalutazioni debbano essere bilanciate dalle "valutazioni degli altri"³⁰.

Si è detto che la valutazione concerne anche i singoli membri; sorge allora il quesito se debba trattarsi di un'autovalutazione di ciascun membro o se possa essere una valutazione (anche) da parte degli altri membri dell'organo

²⁷ G.C. Kiel *a.* G.J. Nicholson, (nt. 2), p. 620, i quali sottolineano che anche il mercato o altri soggetti (clienti, fornitori etc.) potrebbero, in realtà detenere informazioni rilevanti, per quanto alcune valutazioni non possano che essere interne: v. quella sui flussi informativi.

²⁸ A. Minichilli-J. Gabrielsson *a.* M. Kuse, (nt. 2), pp. 612 s., per ulteriori riferimenti.

²⁹ J. Conger-D. Finegold *a.* E. Lawler, (nt. 2), p. 3, dovendosi evitare una "valutazione egoistica"; A. Minichilli-J. Gabrielsson *a.* M. Kuse, (nt. 2), p. 613.

³⁰ J. Conger *a.* E. Lawler, (nt. 2), p. 5.

amministrativo (c.d. *peer review*)³¹. In altri sistemi, si suggerisce di combinare autovalutazioni interne e valutazioni esterne, che tra l'altro possono includere anche valutazioni da parte dei comitati sulla capacità di cooperazione con l'organo amministrativo³². Non è un caso che, nelle società grandi non a proprietà concentrata, la Racc. 22 preveda l'opportunità di avvalersi almeno ogni tre anni di un consulente indipendente.

In merito all'oggetto, la Racc. 21 specifica che l'autovalutazione riguarda la dimensione, la composizione e il concreto funzionamento dell'organo di amministrazione (e dei suoi comitati), considerando anche il ruolo che esso ha svolto nella definizione delle strategie e nel monitoraggio dell'andamento della gestione e dell'adeguatezza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

In ordine alla dimensione del consiglio, parte della dottrina ha osservato, con riferimento al sistema statunitense, che i consigli di amministrazione più grandi sono meno efficienti e quindi influenzano negativamente la gestione dell'impresa, pur non potendosi al contempo ignorare che è necessario un numero minimo di amministratori per garantire anche la diversità di competenze e una rappresentanza dei diversi gruppi di interesse all'interno del consiglio³³.

Tale ultimo rilievo si collega a quello della composizione dell'organo, con riferimento alla quale è acquisito che debba esserci un equilibrio fra amministratori interni, esterni e indipendenti, applicandosi anche criteri di diversità di genere³⁴.

Quanto al funzionamento, si discute in altri sistemi, come quello statunitense – ma il punto non è pacifico – sulla separazione dei ruoli, ad esempio, fra *chief executive officer* e presidente del consiglio, al fine di “diluire” il potere del primo, riducendone il potenziale dominio sul consiglio³⁵. La questione, secondo parte della dottrina, non può essere impostata in questi termini nell'ordinamento italiano, in ragione della peculiarità del contesto alla luce della diversità del rapporto fra soci e amministratori nei due ordinamenti³⁶.

In sintesi, l'autovalutazione si sostanzia in un controllo interno sulla conformità dell'agire gestorio, a garanzia del rispetto della legge e dello statuto. Al

³¹ La questione è ampiamente discussa nella letteratura di riferimento sul tema: G.C. Kiel *a.* G.J. Nicholson, (nt. 2), pp. 618 ss.; A. Minichilli-J. Gabrielsson *a.* M. Kuse, (nt. 2), p. 616; A. Werder, (nt. 2), *Rdn.* 1499, p. 380.

³² Cfr. nell'ordinamento tedesco sempre A. Werder, (nt. 2), *Rdn.* 1499, p. 380.

³³ L.A.A. Van den Berghe *a.* A. Levrau, (nt. 13), p. 462.

³⁴ Sul punto, L.A.A. Van den Berghe *a.* A. Levrau, (nt. 13), pp. 462 s. Cfr., F. Bordiga, *L'organo gestorio e l'organo di controllo nel sistema dualistico*, destinato a A. ABU AWWAD-F. BORDIGA (a cura di), *Commentario al Codice di autodisciplina*, di prossima pubblicazione, consultato grazie alla cortesia dell'Autore. Sulla diversità di genere, v. Desana, *Gender diversity e revoca di un CDA di soli uomini: la riscossa delle donne?*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 126 ss.; M. Callegari-E. Desana, *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, in *Riv. Soc.*, 2021, pp. 1442 ss.

³⁵ L.A.A. Van den Berghe *a.* Levrau, (nt. 13), p. 463.

³⁶ M. Irrera, (nt. 1), pp. 311 s.

contempo, il riferimento all'efficacia dell'attività e al contributo dei singoli componenti impone al consiglio di amministrazione di valutare le proprie attività in termini di successo nella prospettiva di implementare le proprie prestazioni³⁷.

4. Le modalità.

Di "modalità" si può parlare in due accezioni: processo di valutazione e metodo con cui quest'ultima viene effettuata. Se sulla tempistica il Codice italiano di *Corporate Governance* fornisce, come si è visto, alcune indicazioni, non vi è invece alcun riferimento al processo e al tipo di valutazione.

Sotto il primo profilo (: processo di valutazione), parte della dottrina tedesca sottolinea, in ogni caso, che il processo dovrebbe constare di quattro fasi³⁸. Nella prima fase, deve essere fissato l'oggetto della valutazione: gli aspetti organizzativi come la dimensione, la composizione dell'organo e la frequenza delle riunioni e la qualità del confronto interno. Ulteriori criteri possono essere individuati caso per caso. Nella seconda fase, devono essere definiti i criteri di valutazione, che devono essere applicati, i quali sono diversi in ragione degli obiettivi perseguiti: si opera una distinzione tra criteri di conformità e *test di performance*. La verifica di conformità ha lo scopo di monitorare il grado di rispetto delle regole. Quanto ai *test di performance*, e cioè gli effetti sulla *performance* di come si articola la *governance*, è stata evidenziata la difficoltà a valutarne l'impatto. Nella terza fase, si deve fissare "lo stato dell'arte" nel processo di valutazione. Infine, la conclusione del processo di valutazione è l'esame degli approfondimenti; in particolare, se emergono *deficit di compliance* o di *performance*, è essenziale trarne delle conseguenze. Ne deriva la necessità di discutere i risultati della valutazione.

Sotto il secondo profilo (: tipo di valutazione), gli strumenti per svolgere la verifica sarebbero influenzati da una serie di variabili: dal tempo dedicato alla stessa; dalla conoscenza che il soggetto incaricato di svolgere la valutazione ha del consiglio; dalla possibilità che il medesimo ha di prendere parte alle attività del *board*³⁹.

I meccanismi utilizzati nella prassi⁴⁰ possono essere interni (discussioni, questionari⁴¹, etc.) o esterni (procedure predisposte da terzi, quali società di

³⁷ Cfr. M. Irrera, (nt. 1), p. 294.

³⁸ V. sempre A. Werder, (nt. 2), pp. 380 ss.

³⁹ A. Minichilli-J. Gabrielsson a. M. Kuse, (nt. 2), pp. 618 ss.

⁴⁰ Per un esame dei quali v. M. Irrera, (nt. 1), p. 309, il quale rileva che la valutazione si svolge in prevalenza tramite questionari.

⁴¹ V. il Gruppo Saba, che ha optato per la distribuzione, compilazione, raccolta ed elaborazione di questionari e la successiva discussione dei risultati nella riunione del consiglio di amministrazione (V. Relazione sul governo societario e gli assetti proprietari del 22 marzo 2022).

consulenza, etc.)⁴², per quanto ciascuna di tali modalità abbia, naturalmente, vantaggi e svantaggi⁴³.

5. Le “conseguenze” dell'autovalutazione.

Parte della dottrina ha affrontato il tema delle “conseguenze” dell'autovalutazione in una duplice prospettiva: (a) quella che investe la portata della Racc. 23, nella parte in cui impone – come si è detto – a chi presenta una lista (che potremmo definire) “rilevante” sul piano quantitativo del numero componenti da eleggere di fornire adeguata informativa, nella documentazione presentata per il deposito della lista, circa la rispondenza della lista all'orientamento espresso dall'organo di amministrazione; (b) quello della possibile responsabilità degli amministratori⁴⁴.

Quanto al primo profilo, si è condivisibilmente ritenuto di escludere che la mancata indicazione nella citata documentazione circa la rispondenza della lista all'orientamento del consiglio uscente possa integrare un vizio tale da inficiare la delibera di nomina, non potendo ricorrere una violazione di legge⁴⁵.

Potrebbe forse delinarsi un'altra possibilità per attribuire una portata effettiva all'autovalutazione: ritenere che, a fronte dell'insussistenza di quella documentazione, non sia configurabile la citata rispondenza, con la conseguenza che potrebbe ricorrere una causa di ineleggibilità e di decadenza dell'amministratore nominato sulla base della lista. Ad un simile risultato si potrebbe pervenire, muovendo dall'idea che ricorra una causa implicita di decadenza, la quale opera nella misura in cui la società ha dichiarato di aderire al Codice di *Corporate Governance*. In questa prospettiva, non sembra rinvenirsi alcun ostacolo nell'impianto del codice civile, nella misura in cui, all'indomani della riforma del diritto societario, si è altresì ritenuto che la previsione dell'art. 2387 c.c. possa essere integrata dall'autonomia statutaria e che lo statuto, seppur in modo espresso e inequivocabile, possa fare riferimento a codici esterni⁴⁶. L'operatività della clausola è quindi collegata alla stessa adesione al Codice.

⁴² Un possibile scenario – ritenuto preferibile – potrebbe essere rappresentato dalla costituzione di un sistema di cc.dd. *external evaluation practices* esterna affidato ad agenzie di *rating* esterne e indipendenti, possibilmente con un accreditamento sul mercato azionario finanziario: v. A. Minichilli-J. Gabrielsson a. M. Kuse, (nt. 2), p. 613.

⁴³ Ad esempio, sottolineano che la discussione nell'ambito del cda potrebbe recare con sé il rischio di divenire “formale”, nel senso che potrebbero prevalere le preoccupazioni per preservare l'armonia all'interno del gruppo su un approccio più costruttivo e critico: A. Minichilli-J. Gabrielsson a. M. Kuse, (nt. 2), p. 618.

⁴⁴ M. Irrera, (nt. 1), in part. pp. 313 ss. e 319 ss.

⁴⁵ M. Irrera, (nt. 1), in part. p. 320.

⁴⁶ D. Regoli, *Art. 2387*, in D.U. SANTOSUOSSO, *Commentario del Codice Civile*, **, Milanofiori Assago, 2015, 232 ss.; L. Nazzicone-S. Providenti, *Società per azioni*, in G. LO CASCIO, *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1 ss., p. 76.

Quanto al secondo profilo, ci si è chiesti se gli esiti negativi della valutazione possano avere una qualche conseguenza in punto di responsabilità degli amministratori. La risposta è stata negativa⁴⁷, ritenendosi di dover impostare il problema in termini diversi: gli esiti della valutazione, se fossero negativi, potrebbero determinare la disapplicazione della *business judgment rule* nell'ipotesi di scelte di amministrazione che risultino dannose *ex post*⁴⁸.

Si condivide la configurabilità di un nesso con l'adeguatezza degli assetti organizzativi della società, nel senso che l'autovalutazione non è un obbligo «autonomo», ma rientra nell'obbligo di istituire e curare assetti organizzativi adeguati⁴⁹. Anche nell'ordinamento statunitense – come si è accennato – si è sottolineata l'importanza dell'autovalutazione in funzione dell'adeguatezza degli assetti. Si muove dal presupposto – acquisito – che l'organo gestorio, oltre ad essere responsabile della sussistenza di un processo di pianificazione e sviluppo delle scelte strategiche (dovendosi curare che vengano prese decisioni conformi al piano), deve assicurarsi che l'impresa abbia amministratori competenti e professionali nonché un piano per successione. Non ultimo, il consiglio deve verificare che sussistano adeguati sistemi di informazione, controllo e *audit*, tali da consentire di verificare il conseguimento degli obiettivi, garantendo il rispetto degli *standard* legali ed etici e prevenendo e gestendo le eventuali crisi. Alla luce di

⁴⁷ M. Irrera, (nt. 1), pp. 313 s.

⁴⁸ M. Irrera, (nt. 1), p. 316.

⁴⁹ In questa prospettiva, v. M. Irrera, (nt. 1), in part. pp. 311 ss. e p. 316. Qualifica l'autovalutazione in termini di potere-dovere F. Barachini, (nt. 2), p. 572. In generale, sull'obbligo degli amministratori di predisporre di assetti organizzativi adeguati v. V. Calandra Buonauro, *Ruolo e responsabilità degli organi di controllo societari nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2021, I, pp. 791 ss.; N. Atlante-M. Maltoni-A. Ruotolo, *Il nuovo art. 2475 c.c. Prima lettura*, Studio CNN n. 58-2019/I, pp. 1 ss.; N. Abriani-A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, pp. 393, pp. 400 ss.; P. Benazzo, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 274 ss., pp. 303 s.; O. Cagnasso, *Diritto societario e mercati finanziari*, in *Nuovo dir. soc.*, 2018, pp. 849 ss., p. 852; P. Montalenti, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, in *Nuovo dir. soc.*, 2018, pp. 482 ss.; G.A.M., Trimarchi, *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, in *Notariato*, 2019, pp. 115 ss.; D. Latella, *Nuovi assetti organizzativi societari e Codice della crisi d'impresa*, in *Federnotizie*, 29.5.2019, pp. 1 ss.; L. Stanghellini, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, pp. 450 ss.; D. Cillo, *La gestione delle società di persone e a responsabilità limitata nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. Not.*, 2019, pp. 1381 ss.; N. Riccardelli, *Il sistema di amministrazione nelle s.r.l. dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuovo dir. soc.*, 2019, pp. 1002 ss.; M.S. Spolidoro, *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 271 ss.; P. Montalenti, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 829 ss.

tali precisazioni, si sottolinea che i consigli di amministrazione devono in via preliminare fissare obiettivi per se stessi⁵⁰.

Da siffatta premessa si potrebbero far discendere ulteriori corollari nel caso in cui il consiglio riduca nella sostanza la valutazione ad un mero formalismo.

Invero, per quanto essa abbia – come si è anticipato – un «ruolo crescente»⁵¹, non si può sottacere il problema della scarsa utilità che può rivestire l'autovalutazione sotto un duplice aspetto.

Infatti, parte della dottrina statunitense nutre, anzitutto, perplessità in ragione del fatto che molte società non utilizzano le valutazioni del consiglio per ottimizzare il contributo dei propri membri⁵².

In secondo luogo, possono aversi dei dubbi sull'utilità dell'autovalutazione se quest'ultima si esaurisce in formule stereotipate e sintetiche. Detto rilievo trova una qualche conferma da un rapido esame delle relazioni presentate da alcune società nel sistema italiano. Molte di esse si caratterizzano per l'impiego di formule generiche, anche ove vengano ravvisati profili di criticità⁵³.

Se l'obiettivo – come si ritiene – è quello di promuovere la trasparenza e la responsabilizzazione degli amministratori e se la valutazione deve prevenire la “crisi” della *governance*, e quindi dell'organizzazione, si devono rafforzare le conseguenze che discendono da una valutazione sostanzialmente inadeguata. Le conseguenze in questione si ravvisano nella possibilità di ritenere che sia integrata una violazione dell'obbligo di istituire assetti adeguati se il processo di valutazione si riduce ad un mero cerimoniale, finendo per avere un rilievo esclusivamente formale. Si ritiene che ad assumere rilievo ai fini di un'eventuale responsabilità degli amministratori siano non gli esiti della valutazione di per sé, quanto la procedimentalizzazione dell'istruttoria, analogamente a ciò che si verifica in applicazione della c.d. *business judgment rule*.

Bibliografia

N. Abriani-A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, pp. 393 ss.

N. Atlante-M. Maltoni-A. Ruotolo, *Il nuovo art. 2475 c.c. Prima lettura*, *Studio CNN* n. 58-2019/I, pp. 1 ss.

G. Ballerini, *La lista del consiglio di amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 745 ss.

⁵⁰ J. Conger-D. Finegold a. E. Lawler, (nt. 2), pp. 5 s.

⁵¹ Così, M. Ventrizzo, (nt. 2), p. 1403.

⁵² T. Griffin, D.F. Larcker, S.A. Miles a. B. Tayan, (nt. 8), pp. 1 ss., ove un'analisi statistica sul punto.

⁵³ Tali relazioni sono state definite “superficiali” nell'ordinamento statunitense: T. Griffin, D.F. Larcker, S.A. Miles a. B. Tayan, (nt. 8), p. 3.

- F. Barachini, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, in *Giur. comm.*, 2018, I, pp. 592 ss.
- S. Barba Fau, *La evaluación del Consejo de Administración como instrumento al servicio del gobierno corporativo*, in *InDret*, 2/2014, pp. 1 ss.
- L. Bebchuk-R. Tallarita, *Will Corporations Deliver Value to All Stakeholders?*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 75 (2022), pp. 14 ss.
- P. Benazzo, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 274 ss.
- F. Bordiga, *L'organo gestorio e l'organo di controllo nel sistema dualistico*, destinato a A. ABU AWWAD-F. BORDIGA, *Commentario al Codice di autodisciplina*, Torino, Giappichelli
- T. Brunzell, *Board Evaluation and Its Effect on Board Composition and Board Work*, in *ssr*, 6 febbraio 2012, pp. 1 ss.
- S. Cacchi Pessani, *Il voto di lista per la nomina degli amministratori nelle società a controllo "fluidico": prassi, problemi interpretativi*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 705 ss.
- O. Cagnasso, *Diritto societario e mercati finanziari*, in *Nuovo dir. soc.*, 2018, pp. 849 ss.
- V. Calandra Buonauro, *Ruolo e responsabilità degli organi di controllo societari nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2021, I, pp. 791 ss.
- M. Callegari-E. Desana, *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, in *Riv. Soc.*, 2021, pp. 1442 ss.
- R. Charon, *Boards That Deliver: Advancing Corporate Governance From Compliance to Competitive Advantage*, Jossey-Bass, San Francisco, 2005
- D. Cillo, *La gestione delle società di persone e a responsabilità limitata nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. Not.*, 2019, pp. 1381 ss.
- N. Ciocca, *Il voto di lista nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2018
- J. Conger a. E. Lawler *Evaluating the directors: the next step in boardroom effectiveness*, in *Iveybusinessjournal*, settembre-ottobre 2002, pp. 1 ss.
- J. Conger-D. Finegold a. E. Lawler, *Appraising Boardroom Performance*, in *Harvard Business Review*, gennaio-febbraio 1998, pp. 1 ss.
- G. Cuttillo-F. Orlando, *Come si valuta una buona governance? Il modello teorico ottimo, la composizione e l'autovalutazione del board*, in *Bancaria*, 2014, pp. 58 ss.
- E. Desana, *Gender diversity e revoca di un CDA di soli uomini: la riscossa delle donne?*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 126 ss.

- T. Griffin, D.F. Larcker, S.A. Miles a. B. Tayan, *Board Evaluations and Boardroom Dynamics*, 1, in *Stanfordedu*, marzo 2017, pp. 1 ss.
- M. Irrera, *L'autovalutazione del consiglio di amministrazione tra soft law, prescrizioni regolamentari, aspirazioni e limiti intrinseci*, in *Riv. dir. soc.*, 2022, pp. 291 ss.
- G.C. Kiel a. G.J. Nicholson, *Evaluating Boards and Directors*, in *Corporate Governance: An International Review*, vol. 13 No. 4, (2005), pp. 613 ss.
- D. Latella, *Nuovi assetti organizzativi societari e Codice della crisi d'impresa*, in *Federnotizie*, 29 maggio 2019
- M. Lückerath-Rovers, *Learning Mores And Corporate Governance: The Importance Of Soft Controls And Board Evaluations*, in *Ssrn*, 4 giugno 2012, pp. 1 ss.
- A. Minichilli-J. Gabriellson a. M. Kuse, *Board Evaluations: making a fit between the purpose and the system*, in *Corporate Governance: An International Review*, vol. 15 No. 4 (2007), pp. 609 ss.
- P. Montalenti, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, in *Nuovo dir. soc.*, 2018, pp. 482 ss.
- P. Montalenti, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 829 ss.
- L. Nazzicone-S. Providenti, *Società per azioni*, in G. LO CASCIO, *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1 ss.
- D. Regoli, *Art. 2387*, in D.U. SANTOSUOSSO, *Commentario del Codice Civile*, **, Giuffrè, Milanofiori Assago, 2015, pp. 226 ss.
- N. Riccardelli, *Il sistema di amministrazione nelle s.r.l. dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuovo dir. soc.*, 2019, pp. 1002 ss.
- R. Sacchi, *La capacità propulsiva della s.p.a. quotata è andata esaurendosi?*, in *ODCC*, 2021, pp. 581 ss.
- J.A. Sonnenfeld, *What Makes Great Boards Great*, in *Harvard Business Review*, settembre 2002, pp. 1 ss.
- M.S. Spolidoro, *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 271 ss.
- L. Stanghellini, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, pp. 450 ss.
- M. Stella Richter jr, *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2021, I, pp. 425 ss.
- M. Stella Richter jr, *Il quadro legislativo italiano in materia di nomina ed elezione del consiglio di amministrazione: un modello o un'anomalia?*, in *ODCC*, 2017, pp. 187 ss.

- M. Stella Richter jr, *In principio sono sempre le funzioni*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 20 ss.
- M. Stella Richter jr, *Voto di lista per la elezione delle cariche sociali e legittimazione dell'organo amministrativo alla presentazione di candidati*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, pp. 1 ss.
- G. Sandrelli, *Il dialogo degli amministratori con gli azionisti dopo il codice di corporate governance*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, pp. 695 ss.
- G.A.M. Trimarchi, *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, in *Notariato*, 2019, pp. 115 ss.
- L.A.A. Van den Berghe a. A. Levrau, *Evaluating Boards of Directors: what constitutes a good corporate board?*, in *Corporate Governance: An International Review*, vol. 12 No. 4 (2004), pp. 461 ss.
- M. Ventoruzzo, *Note sulla lista del consiglio uscente per l'elezione degli amministratori nelle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2020, pp. 1398 ss.
- A. Werder, *Selbstevaluation*, in *Deutscher Corporate Governance Kodex, Kommentar*⁷, C.H. Bech., München, 2018, Rdn. 1494, pp. 378 ss.



Lo “statuto” del pubblico ministero europeo italiano

The statute of the Italian European Public Prosecutor

MANFREDI BONTEMPELLI

Professore ordinario di diritto processuale penale

Università degli Studi di Milano

manfredi.bontempelli@unimi.it

ABSTRACT

I poteri e lo statuto dei pubblici ministeri italiani che operano nella Procura europea devono essere definiti non solo alla luce della disciplina sovranazionale di riferimento, ma anche dei principi costituzionali sul pubblico ministero. La limitazione dell'indipendenza funzionale interna del procuratore europeo delegato è compatibile con le norme della Costituzione, con criticità residue riguardanti il meccanismo di supervisione da parte dei procuratori europei. Va, invece, analizzata criticamente la tesi della dottrina che esclude l'applicazione della regola della « piena autonomia » del magistrato in udienza.

Parole chiave: indipendenza; autonomia; pubblico ministero europeo.

The powers and status of the Italian prosecutors operating in the European Public Prosecutor's Office must be defined not only on the basis of the supranational discipline, but also of the constitutional Principles on the public prosecutor. The



DOI: 10.54103/milanlawreview/18732

MILAN LAW REVIEW, Vol. 3, No. 1, 2022
ISSN 2724 - 3273

limitation of the internal functional independence of the European Delegated Prosecutor is compatible with the rules of the Constitution, with residual criticalities regarding the supervision mechanism by the European prosecutors. Instead, the thesis of the doctrine that excludes the application of the rule of the "full autonomy" of the magistrate at the hearing must be critically analyzed.

Keywords: independence; autonomy; European public prosecutor.

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Lo “statuto” del pubblico ministero europeo italiano*

SOMMARIO: 1. La questione dei poteri e dello *status* del procuratore europeo delegato italiano – 2. Organizzazione dell’EPPO e indipendenza funzionale del procuratore europeo e del procuratore europeo delegato italiano. – 3. L’indipendenza funzionale dei procuratori europei delegati nella disciplina di adeguamento italiana. – 4. Margini di autonomia del procuratore europeo delegato nell’udienza. – 5. Profili dell’autonomia statutaria dei magistrati italiani della Procura europea.

1. La questione dei poteri e dello *status* del procuratore europeo delegato italiano

Il tema assegnato, riguardante i profili statutari del “pubblico ministero europeo italiano”, richiede qualche precisazione preliminare relativa ai poteri dei pubblici ministeri italiani che operano nella Procura europea, alla luce delle fonti sovranazionali e di quelle interne, facendo quindi riferimento al regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017¹, al regolamento interno della Procura europea² e al d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 9³. La questione comprende sia i magistrati italiani che svolgono l’incarico di procuratore europeo, con sede nell’ufficio centrale dell’EPPO, sia quelli che vengono designati quali procuratori europei delegati, con sede decentrata in Italia (art. 8 reg. 2017/1939).

Il punto di partenza è la considerazione dei poteri e dello *status* del procuratore europeo delegato, figura centrale in EPPO, come si desume dal criterio generale di scelta del diritto nazionale applicabile, costituito dal “diritto dello Stato membro il cui procuratore europeo delegato è incaricato del caso ai sensi

* Testo rielaborato dell’intervento al Convegno dal titolo “*La Procura europea tra presente e futuro*”, organizzato dal Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale e dal Centro di Ricerca coordinato “*Studi sulla Giustizia*” dell’Università degli Studi di Milano, il 16 marzo 2022.

¹ Regolamento relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata sull’istituzione della Procura europea («EPPO»).

² Regolamento 2021/C 22/03, adottato dal collegio della Procura europea il 12 ottobre 2020.

³ Decreto recante disposizioni per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/1939.

dell'articolo 13, paragrafo 1" (art. 5 par. 3 reg. 2017/1939)⁴. Si può parlare di uno "statuto ibrido" dei procuratori europei delegati, in quanto questi soggetti sono investiti "degli stessi poteri dei procuratori nazionali in materia di indagini, azione penale e atti volti a rinviare casi a giudizio, *in aggiunta* e fatti salvi i poteri specifici e lo *status* conferiti loro e alle condizioni stabilite dal presente regolamento" (art. 13 par. 1 reg. 2017/1939). I poteri e lo *status* conferiti dal regolamento si aggiungono, quindi, per un verso, a quelli del p.m. nel sistema italiano, in quanto è impensabile che a un magistrato interno vengano attribuiti poteri investigativi e d'azione penale, ma non le garanzie previste dal sistema costituzionale per l'esercizio di tali poteri.

Questo assetto è coerente con l'ulteriore scelta normativa sovranazionale di consentire ai procuratori europei delegati di "espletare anche le funzioni di pubblici ministeri nazionali", sempre che "ciò non impedisca loro di assolvere gli obblighi derivanti dal [...] regolamento" (art. 13 par. 3 reg. 2017/1939). Non sembra dirimente l'impostazione sin qui seguita di non attribuire in concreto ai procuratori europei delegati funzioni anche nazionali⁵. Conta che la legge contempra l'eventualità che nell'accordo concluso fra il Ministro della giustizia e il procuratore capo europeo, in ordine al numero dei procuratori europei delegati e alla ripartizione funzionale e territoriale delle competenze tra i procuratori stessi all'interno dello Stato⁶, sia previsto che essi esercitino "anche le funzioni di pubblico ministero nazionale", "presso la procura della Repubblica di assegnazione" (art. 6 comma 2 d.lgs. n. 9/2021). Ciò è quanto basta per affermare la «contemporanea appartenenza organica» dei procuratori europei delegati «a una procura – o comunque all'ordinamento giuridico nazionale – e all'EPPO»⁷.

Il fine dell'attività dei procuratori italiani resta, quindi, quello di coltivare l'interesse alla persecuzione penale, sotteso all'art. 112 Cost., anche nell'ambito della Procura europea⁸. L'interesse di cui all'art. 112 Cost. va attuato, in sede sovranazionale, con quella imparzialità prevista dall'art. 5 par. 4 reg. 2017/1939, da intendersi come obiettività dell'operato del p.m., in linea con la disciplina del nostro ordinamento ricavata, secondo l'interpretazione preferibile, dal principio

⁴ V., su questo punto, E. TRAVERSA, [I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea \(EPPO\): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza](#), in *Archivio penale*, 2019, n. 3, versione Web.

⁵ La scelta di rendere esclusivo l'incarico dei procuratori europei delegati presenta un rischio di «autoreferenzialità dell'articolazione nazionale della procura europea». V. R. BELFIORE, [I procuratori 'super distrettuali' per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea: un nuovo 'terzo binario' investigativo](#), in *Sistema penale*, n. 12/2021, p. 69.

⁶ V. artt. 13 par. 2 reg. 2017/1939 e 4 comma 1 d.lgs. n. 9/2021.

⁷ G. BARROCU, *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2021, p. 63.

⁸ Per i problemi di compatibilità con l'art. 112 Cost. rispetto al potere di archiviazione dell'EPPO, v. S. RUGGERI, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Processo penale e giustizia*, n. 3, 2018, p. 611 s.

d'imparzialità sancito dall'art. 97 Cost.⁹. La normativa costituzionale interna limita, in un certo senso, la stessa garanzia di indipendenza dell'EPPO affermata dall'art. 6 par. 1 reg. 2017/1939, anche con riguardo ai rapporti con le altre istituzioni europee e con le istituzioni nazionali, laddove la disposizione richiede che tutte le componenti (giudiziarie e amministrative) dell'EPPO agiscano "nell'interesse dell'Unione nel suo complesso, come definito per legge"¹⁰. I procuratori europei delegati non potrebbero perseguire l'interesse dell'UE in conflitto con l'interesse di persecuzione penale, salvo che ciò non avvenga per tutelare un interesse con copertura costituzionale ritenuto prevalente¹¹.

Per altro verso, i poteri e lo *status* conferiti dal regolamento distinguono la collocazione dei procuratori europei delegati all'interno della Procura europea, rispetto a quella dei procuratori nazionali negli uffici di procura interni. I procuratori europei delegati "sono responsabili delle indagini e delle azioni penali da essi stessi avviate", secondo l'art. 13 par. 1 reg. 2017/1939, ma sono assoggettati sia ai poteri di monitoraggio e indirizzo delle indagini e delle azioni penali attribuiti alle camere permanenti, a norma dell'art. 10 par. 2 reg. 2017/1939, sia ai poteri di supervisione delle indagini e delle azioni penali attribuiti ai procuratori europei, in base all'art. 12 par. 1 reg. 2017/1939. Emerge, quindi, una subordinazione dei procuratori europei delegati, sia ai procuratori europei che alle camere permanenti, coerente con la struttura gerarchica della Procura europea, organizzata come "ufficio unico" seppur "con struttura decentrata" (art. 8 par. 1 reg. 2017/1939). Va precisato che i procuratori europei agiscono "per conto della camera permanente" (art. 12 par. 1 reg. 2017/1939). Sono, pertanto, il mezzo con cui le camere permanenti monitorano e indirizzano le indagini e le azioni penali, come si ricava dall'art. 10 par. 5 del regolamento che attribuisce alla competente camera permanente il potere di "fornire istruzioni" al procuratore europeo delegato incaricato del caso, "agendo tramite il procuratore europeo incaricato di supervisionare l'indagine o l'azione penale".

La stessa responsabilità dei procuratori europei delegati "di portare casi in giudizio", e lo stesso "potere di formulare l'imputazione" (art. 13 par. 1 reg. 2017/1939), coesistono con il potere delle camere permanenti di decidere se

⁹ O. DOMINIONI, *Giudice e pubblico ministero. Le ragioni della "separazione" delle carriere*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2007, p. 2752.

¹⁰ Riguardo al tema dell'indipendenza dell'EPPO v., ad es., L. DE MATTEIS, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, in *Questione giustizia*, n. 2/2021, p. 112. Con riferimento ai rapporti tra indipendenza della Procura europea e questione delle "guidelines programmatiche", v. B. PIATTOLI GIRARD, *La Procura europea: B) Il nuovo quadro delle regole di procedura interne*, in *Processo penale e giustizia*, n. 4, 2021, p. 955.

¹¹ Infatti, «nella Costituzione l'interesse alla persecuzione penale [...] è tutelato dall'art. 112 Cost. in un quadro sistematico plurale di valori e relativizzato in tale contesto di salvaguardie». V. O. DOMINIONI, [Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria](#), in *Penale - Diritto e Procedura. Rivista trimestrale*, 2020, n. 2, p. 263.

“portare un caso in giudizio” o archiviario, ovvero applicare una procedura semplificata di azione penale o rinviare un caso alle autorità nazionali o riaprire un’indagine (art. 10 par. 3 reg. 2017/1939), mentre il procuratore europeo delegato incaricato del caso presenta “un progetto di decisione di esercitare o no l’azione penale davanti a un organo giurisdizionale nazionale” (art. 35 par. 1 reg. 2017/1939)¹². Il potere-dovere di azione penale non è quindi conferito al titolare dell’ufficio, a differenza del procuratore della Repubblica italiano, che è il “titolare esclusivo dell’azione penale”, secondo gli artt. 1 e 2 d.lgs. n. 106/2006. La figura di “vertice dell’EPPO”, il procuratore capo europeo, “dirige le sue attività” (art. 11 par. 1 reg. 2017/1939), ma non esercita il potere di azione penale, demandato a una figura intermedia a composizione collegiale¹³, quale è la camera permanente, definita «il vero fulcro decisionale dell’attività requirente condotta dalla procura europea»¹⁴. Questa, a sua volta, non è nemmeno concepita quale figura di “raccordo” fra il vertice e i procuratori europei delegati. È semmai il procuratore europeo incaricato di supervisionare l’indagine e l’azione penale a fungere da “raccordo” fra la camera permanente e il procuratore europeo delegato¹⁵.

2. Organizzazione dell’EPPO e indipendenza funzionale del procuratore europeo e del procuratore europeo delegato italiano

Si tratta, a questo punto, di capire come l’organizzazione dell’EPPO incida sull’esercizio dei poteri del procuratore europeo e del procuratore europeo delegato, anche con riguardo all’attività di udienza del pubblico ministero (profilo dell’indipendenza funzionale interna)¹⁶, e di comprendere, ulteriormente, la configurazione statutaria dei magistrati italiani investiti delle funzioni di pubblico

¹² Dispone lo stesso art. 35 reg. 2017/1939 che, “se la camera permanente [...] decide conformemente a quanto proposto dal procuratore europeo delegato, quest’ultimo procede di conseguenza”.

¹³ Le camere permanenti sono infatti composte dal presidente (il procuratore capo europeo o un suo sostituto ovvero un procuratore europeo all’uopo nominato) e da due membri permanenti (art. 10 par. 1 reg. 2017/1939).

¹⁴ G. BARROCU, *La procura europea*, cit., p. 56. In altro passo dell’opera, l’A. afferma che «il ruolo delle camere permanenti è proprio quello di vero titolare, in ultima istanza, del potere requirente» (p. 206). Il procuratore europeo delegato viene pertanto a trovarsi «di fatto spogliato di ogni veste decisionale»: F. LOMBARDI, *La Procura europea: A) Dal Corpus Juris al Decreto legislativo n. 9 del 2021*, in *Processo penale e giustizia*, n. 4, 2021, p. 932.

¹⁵ Secondo l’art. 12 par. 5 reg. 2017/1939, “i procuratori europei fungono da collegamento e canali di informazione tra le camere permanenti e i procuratori europei delegati nei rispettivi Stati membri di origine”. Cfr. anche il considerando n. 28 del regolamento.

¹⁶ Al riguardo, v. il par. 4.

ministero europeo (profilo dell'autonomia di statuto interna ed esterna)¹⁷. Va precisato, quanto al profilo dell'autonomia statutaria¹⁸, che si dovrebbe porre, a rigore, non solo un problema di rapporti interni ed esterni alla magistratura italiana ed europea, ma anche di rapporti della magistratura italiana con quella europea. È, infatti, implicito al sistema costituzionale italiano che l'autonomia di statuto venga garantita, tanto al giudice, quanto al pubblico ministero, nei rapporti interni ed esterni alla magistratura italiana. È, del resto, noto che la nozione di autonomia della magistratura è strettamente collegata all'esistenza del Consiglio superiore della magistratura¹⁹. Pertanto, vi sarebbero attriti della disciplina europea dell'EPPO con le garanzie costituzionali, in presenza di interferenze di organi diversi dal Consiglio superiore della magistratura nelle materie di cui all'art. 105 Cost. La questione non si esaurisce, quindi, con la scelta di attribuire all'organo di governo autonomo della magistratura la competenza a designare i candidati all'incarico di procuratore europeo e i procuratori europei delegati, sul piano della disciplina interna di adeguamento al reg. 2017/1939 (artt. 2 e 5 d.lgs. n. 9/2021).

Sulla questione dell'organizzazione interna dell'EPPO, bisogna innanzitutto escludere che la strutturazione gerarchica della Procura europea confligga, di per sé, con il sistema costituzionale interno, che anzi impone la strutturazione gerarchica dei rapporti interni alla Procura della Repubblica, in particolare fra procuratore e sostituti, attraverso il buon andamento dei pubblici uffici garantito dall'art. 97 comma 1° Cost.²⁰. Solo che tale caratteristica, nella Procura europea, non si rinviene nei rapporti fra il vertice dell'ufficio (procuratore capo europeo) e i procuratori europei delegati²¹, ma in quelli già richiamati fra la camera permanente e i procuratori europei delegati incaricati del caso nel rispettivo Stato membro di origine, per il tramite dei procuratori europei che supervisionano le indagini e le azioni penali. In ciò si annidano più profili problematici, dal punto di vista dell'efficienza dell'azione investigativa e dell'azione penale della Procura europea e da quello della compatibilità con i principi costituzionali sul pubblico ministero.

¹⁷ Sui diversi aspetti del fenomeno dell'indipendenza del pubblico ministero (esterna e interna; di statuto e funzionale), v. O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 79 ss.

¹⁸ Cfr. il par. 5.

¹⁹ N. ZANON, *L'autonomia della magistratura*, in N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V ediz., Zanichelli, Bologna, 2019, p. 25.

²⁰ O. DOMINIONI, *Giudice e pubblico ministero*, cit., p. 2752. «Si tratta, in particolare, di una disciplina tendenzialmente gerarchizzata, il cui fondamento ultimo è da rinvenire nella necessità di assicurare un'efficiente organizzazione e un buon andamento dell'ufficio, sotto la responsabilità del Procuratore titolare»: N. ZANON, *Il pubblico ministero*, in N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 282.

²¹ Sul principio gerarchico enunciato, a livello interno, dall'art. 70 comma 3 ord. giudiz., v. M. SCAPARONE, *L'ordinamento giudiziario*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 83.

Quanto al primo aspetto, vi è innanzitutto il rischio che la natura collegiale delle camere permanenti e la stessa organizzazione delle riunioni secondo le procedure degli artt. 23 e 24 reg. interno della Procura europea, rallentino il funzionamento dell'organo, a scapito dell'efficiente svolgimento delle funzioni di monitoraggio e indirizzo delle indagini e delle azioni penali, e di coordinamento nei casi transfrontalieri²². C'è insomma il rischio che la complessa trama organizzativa della Procura europea crei «una struttura dai connotati eccessivamente burocratici»²³. Si pensi all'eventualità in cui occorra tempestivamente riassegnare il caso a un procuratore europeo delegato di un altro Stato membro, ovvero riunire o separare i casi scegliendo il procuratore europeo delegato, in base all'art. 26 reg. 2017/1939, o all'ipotesi in cui, altrettanto tempestivamente, debbano essere fornite istruzioni conformemente al diritto nazionale applicabile al procuratore europeo delegato incaricato del caso, ai sensi dell'art. 10 comma 5 reg. 2017/1939. Inoltre, la partecipazione di magistrati non italiani alle decisioni collegiali delle camere permanenti potrebbe mettere a rischio il valore dell'efficienza investigativa, correlato all'efficiente promovimento dell'azione penale, in quanto non si basa su capacità investigative analoghe a quelle dei magistrati italiani, alla luce della mancanza di esperienza pratica nei procedimenti penali interni.

Quanto al secondo aspetto, concernente la compatibilità della disciplina UE con l'impianto di fondo della Costituzione italiana, va considerato che la disciplina sovranazionale comporta che un caso per il quale sia incaricato un procuratore europeo delegato italiano venga assegnato a una camera permanente di cui facciano parte magistrati sia italiani, che non italiani. È vero che alle deliberazioni della camera permanente deve prendere parte, in base all'art. 10 par. 9 reg. 2017/1939, in aggiunta ai membri permanenti, il procuratore europeo incaricato della supervisione dell'indagine o dell'azione penale a norma dell'art. 12 par. 1 reg. 2017/1939, incarico rivestito da un magistrato italiano, dato che la supervisione è attribuita ai procuratori europei appartenenti allo Stato membro di origine dei procuratori europei delegati (v. art. 12 par. 1 reg. 2017/1939). Ma va precisato che i membri permanenti non possono essere magistrati italiani, in quanto il sistema di assegnazione casuale dei casi alle camere permanenti di cui all'art. 19 par. 1 reg. interno esclude che la camera permanente competente a monitorare e dirigere le indagini e le azioni penali sia quella di cui è membro permanente il procuratore europeo incaricato della supervisione²⁴. Pertanto, si verifica una partecipazione di

²² Cfr., in materia, A. BERNARDI, [Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea](#), in *Sistema penale*, n. 11/2021, p. 30.

²³ L. PRESSACCO, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, in *Cassazione penale*, 2018, vol. 12, p. 4407. Cfr. anche F. LOMBARDI, *La Procura europea*, cit., p. 932-933.

²⁴ Il sistema prevede "un'assegnazione casuale, automatica e alternata dei casi" ed "è concepito in modo da escludere la possibilità che un caso sia assegnato a una camera

magistrati non italiani, in qualità di membri permanenti delle camere permanenti, a decisioni assunte collegialmente a maggioranza dalle camere, variamente correlate all'esercizio dei poteri-doveri di azione penale e d'indagine, come tali assoggettati alla sfera d'influenza dell'art. 112 Cost. nell'ordinamento interno, vale a dire le decisioni di portare un caso in giudizio o archivarlo, applicare una procedura semplificata di azione penale, rinviare un caso alle autorità nazionali o riaprire un'indagine (art. 10 par. 3 reg. 2017/1939), e, se necessario, le decisioni di incaricare il procuratore europeo delegato di avviare un'indagine ovvero di esercitare il diritto di avocazione, assegnare un caso a fronte dell'inerzia dei procuratori europei delegati o riassegnare un caso, ovvero approvare la decisione di un procuratore europeo di condurre esso stesso l'indagine (art. 10 par. 4 reg. 2017/1939). Senza trascurare il menzionato potere della competente camera permanente di fornire istruzioni al procuratore europeo delegato, "ove sia necessario per l'efficiente svolgimento dell'indagine o dell'azione penale, nell'interesse della giustizia, o per assicurare il funzionamento coerente dell'EPPO" (art. 10 par. 5 reg. 2017/1939)²⁵.

Questa costruzione normativa determina una limitazione dell'indipendenza funzionale dei procuratori europei delegati che non appare, di per sé, inconciliabile con la Costituzione. Va tenuto conto che la Carta assimila il pubblico ministero al giudice dal punto di vista dell'indipendenza di statuto, ma secondo l'interpretazione preferibile non si occupa dell'indipendenza funzionale del pubblico ministero, rinviando alle norme sull'ordinamento giudiziario, attraverso l'art. 107 comma 4° Cost.²⁶. La Costituzione ammette, pertanto, una compressione dell'indipendenza funzionale interna dei singoli magistrati del pubblico ministero, rispetto al titolare del potere-dovere di azione penale (procuratore della Repubblica)²⁷, e non sembra vietare che l'indipendenza funzionale dei magistrati del pubblico ministero venga limitata attraverso una subordinazione a figure giudiziarie delineate dalla disciplina sovranazionale, a patto che tali figure conservino lo *status* di magistrato italiano. La Costituzione richiede, infatti, che il pubblico ministero, al pari del giudice, abbia lo statuto di

permanente di cui il procuratore europeo incaricato della supervisione è membro permanente" (art. 19 parr. 1 e 2 reg. interno).

²⁵ Sul carattere vincolante delle istruzioni delle camere permanenti, v. L. DE MATTEIS, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, cit., p. 114.

²⁶ O. DOMINIONI, *Giudice e pubblico ministero*, cit., p. 2751; N. ZANON, *Il pubblico ministero*, cit., p. 252. *Contra*, M. SCAPARONE, *L'ordinamento giudiziario*, cit., p. 46-47.

²⁷ Anche chi ritiene che il p.m. debba godere della stessa indipendenza esterna riconosciuta dalla Costituzione ai giudici, attraverso il principio di soggezione soltanto alla legge (art. 101 comma 2° Cost.), ammette che l'art. 107 comma 4° Cost. abbia «la funzione di consentire che la legge neghi ai magistrati del pubblico ministero l'indipendenza interna, e quindi conferisca al pubblico ministero una struttura gerarchica sia nei rapporti interni al singolo ufficio sia nei rapporti tra uffici». M. SCAPARONE, *L'ordinamento giudiziario*, cit., p. 48.

magistrato²⁸. Non confligge, pertanto, con il sistema l'ipotesi della supervisione esercitata da un procuratore europeo italiano, sul presupposto che questi mantenga la veste di magistrato italiano²⁹, nonostante venga assunto come agente temporaneo dell'EPPO ai sensi dell'art. 96 par. 1 reg. 2017/1939³⁰.

Il magistrato italiano procuratore europeo, da un lato, costituisce il "tramite" con cui la camera permanente fornisce istruzioni al procuratore europeo delegato incaricato. In altre parole, il potere di fornire istruzioni viene esercitato tramite un magistrato italiano³¹. Dall'altro lato, tali istruzioni vengono fornite "conformemente al diritto nazionale applicabile" (art. 10 par. 5 reg. 2017/1939), e su ciò vigila il procuratore europeo supervisore³², tanto da legare con una sorta di «filo rosso» il delegato al supervisore³³. Al procuratore europeo il procuratore capo europeo può delegare il coordinamento delle attività dei procuratori europei delegati dei rispettivi Stati membri, "compresi i loro programmi di lavoro, in modo da garantire l'esercizio delle relative funzioni" (art. 34 reg. interno)³⁴. Inoltre, alla

²⁸ O. DOMINIONI, *Giudice e pubblico ministero*, cit., p. 2750; N. ZANON, *Il pubblico ministero*, cit., p. 250.

²⁹ «Si tratta pur sempre di magistrati che operano presso le sedi giudiziarie italiane secondo la normativa interna»: F. LOMBARDI, *La Procura europea*, cit., p. 945.

³⁰ La prospettiva è quindi diversa da quella seguita da chi afferma «il carattere del necessario (ancorchè solo temporaneo) distacco che [il magistrato procuratore europeo] deve assicurare rispetto al proprio ordinamento nazionale al fine di rendere effettivo quel requisito di *indipendenza* a gran voce proclamato dall'art. 6 del regolamento 2017/1939 e confermato da diverse disposizioni dello stesso». L. SALAZAR, [L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini](#), in *Sistema penale*, n. 4/2021, p. 66-67 (corsivo nel testo).

³¹ Secondo G. BARONE, *L'entrata in funzione dell'EPPO tra nodi (ancora) da sciogliere e dubbi di effettività*, in *Cassazione penale*, 2020, vol. 12, p. 4773, la supervisione da parte del procuratore europeo dello Stato membro di origine farebbe dubitare «in ordine a quella che sarà la reale indipendenza del PED».

³² Cfr. il considerando n. 28, ult. per., del reg. 2017/1939, secondo cui «il procuratore europeo incaricato della supervisione dovrebbe altresì verificare la conformità di ogni istruzione con la legislazione nazionale e informare la camera permanente in caso di non conformità delle istruzioni».

³³ F. LOMBARDI, *La Procura europea*, cit., p. 932, secondo il quale si tratterebbe di «un legame funzionale invero capace di assorbire la gestione e l'andamento dell'intera indagine, relegando ad un ruolo di secondo piano, se non escludendo di fatto, i restanti procuratori della camera permanente, il cui apporto risulterà svilito dalla scarsa conoscenza della cultura giuridica dello Stato membro di rilievo per l'indagine e/o per il processo».

³⁴ Si v., al riguardo, la ricostruzione di L. DE MATTEIS, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, cit., p. 114-115, il quale condivisibilmente afferma che «la scelta di rafforzare il ruolo del procuratore europeo nei confronti dei procuratori europei delegati italiani non era scontata alla luce del regolamento EPPO: ispirata dalla necessità di salvaguardare la natura sovranazionale dell'EPPO e della sua azione, nonché di assicurare l'ordinato svolgimento delle indagini negli Stati membri, essa aggiunge

base delle decisioni delle camere permanenti che influiscono sull'esercizio dell'azione penale, vi è comunque una determinazione del procuratore europeo delegato incaricato del caso il quale, alla chiusura delle indagini, presenta al procuratore europeo supervisore "una relazione di sintesi del caso e un progetto di decisione di esercitare o no l'azione penale davanti a un organo giurisdizionale nazionale" (art. 35 par. 1 reg. 2017/1939). L'esercizio dell'azione penale dipende, quindi, in ultima analisi, da un provvedimento del pubblico ministero europeo italiano, il che sembra consentire un allineamento della disciplina sovranazionale al principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.

Altro discorso va fatto per l'ipotesi prevista in via eccezionale dall'art. 12 par. 2 reg. 2017/1939, in cui il procuratore europeo chiede "che la supervisione delle indagini e azioni relative a singoli casi trattati da procuratori europei delegati nel proprio Stato membro di origine sia assegnata ad altri procuratori europei, fatto salvo l'assenso di questi ultimi". In tal caso, le istruzioni al procuratore europeo delegato italiano verrebbero impartite, in osservanza del diritto nazionale, secondo l'art. 12 par. 3 reg. 2017/1939, da un magistrato non italiano. Si verrebbe, così, a delineare un rapporto di dipendenza funzionale inconciliabile con la disciplina costituzionale della magistratura italiana, che, pertanto, potrebbe essere invocata come contro-limite per escludere l'applicazione diretta dell'art. 12 par. 2 reg. 2017/1939 nell'ordinamento interno³⁵.

3. L'indipendenza funzionale dei procuratori europei delegati nella disciplina di adeguamento italiana

In base alla disciplina italiana di adeguamento di cui al d.lgs. n. 9/2021, i procuratori europei delegati sono i soggetti che "esercitano, in via esclusiva e fino alla definizione del procedimento", "le funzioni e i poteri spettanti ai pubblici ministeri nazionali", "in relazione ai procedimenti per i quali la Procura europea

tuttavia un livello di complessità nella definizione dello statuto dei procuratori europei delegati, in particolare per ciò che riguarda la loro indipendenza interna». Tuttavia, risulta meno convincente l'ulteriore osservazione secondo cui «tale ricostruzione andrà fatta esclusivamente alla luce del diritto dell'Unione applicabile, a prescindere da quello che è oggi lo statuto dei pubblici ministeri 'nazionali'». Pronostica, invece, L. TAVASSI, [Il primo anno di EPPO: appunti per una revisione critica](#), in *Sistema penale*, n. 5/2022, p. 53, «che quando l'EPPO entrerà in funzione a pieno regime, le questioni di compatibilità della sua disciplina sia con i principi europei sia con quelli costituzionali saranno portate all'attenzione delle giurisdizioni superiori con il rischio concreto di interventi demolitori capaci di mandare in frantumi l'intero sistema».

³⁵ È significativo che l'art. 12 par. 1 reg. 2017/1939 escluda che il sostituto procuratore europeo possa svolgere l'indagine di persona consentita al supervisore proveniente dal medesimo Stato membro di origine del procuratore europeo delegato, ai sensi dell'art. 28 par. 4.

ha assunto la decisione di avviare o avocare un'indagine" (art. 13 comma 1 cit.). La disciplina in discorso deroga, quindi, all'ordinamento giudiziario italiano, che concepisce il titolare dell'ufficio (procuratore della Repubblica) come il soggetto che esercita tutte le funzioni ricomprese nel concetto di "esercizio" dell'azione penale, ivi incluse le funzioni investigative, anche con riguardo al potere di avviare l'indagine preliminare. Coerentemente, l'art. 13 comma 3 d.lgs. n. 9/2021 dispone che "i procuratori europei delegati, nell'esercizio delle funzioni di cui al comma 1, non sono soggetti ai poteri di direzione attribuiti ai procuratori della Repubblica" (art. 70 ord. giudiz., nonché artt. 1, 2, 3 e 4 comma 1 d.lgs. n. 106/2006), "né all'attività di vigilanza del procuratore generale presso la corte di appello" (art. 6 d.lgs. n. 106/2006).

Il senso della norma è quello di escludere che l'indipendenza funzionale interna dei procuratori europei delegati possa essere limitata dai capi degli uffici giudiziari italiani, che, rispetto ai procuratori europei delegati, non possono neppure esercitare i poteri di direzione e organizzazione, nonché di coordinamento previsti dalla normativa processuale interna, anche con riguardo al potere di avocazione, in quanto l'art. 13 comma 1 d.lgs. n. 9/2021 esclude che si applichino gli artt. 53, 371-bis, 372, 412, 413 e 421-bis commi 1, secondo periodo, e 2 c.p.p.³⁶. Ma non si può parlare di una "personalizzazione" delle funzioni investigative e d'accusa in capo al procuratore europeo delegato, in quanto la normativa UE attribuisce alle camere permanenti penetranti poteri di monitoraggio, indirizzo e coordinamento, e lo stesso potere di decidere se portare un caso in giudizio, il che si traduce nella titolarità effettiva del potere di azione penale. In aggiunta, nella conduzione delle indagini e delle azioni penali, insistono le istruzioni che possono essere impartite dalla camera permanente, per il tramite del procuratore europeo incaricato della supervisione, in termini più penetranti rispetto ai "criteri" di esercizio dell'attività investigativa e d'accusa previsti dall'ordinamento giudiziario interno. Questi possono essere stabiliti dal procuratore della Repubblica "con l'atto di assegnazione per la trattazione di un procedimento" a uno o più magistrati dell'ufficio (artt. 2 comma 1 e 2 d.lgs. n. 106/2006). La limitazione dell'indipendenza funzionale interna del pubblico ministero europeo è quindi più accentuata rispetto a quella del pubblico ministero italiano.

4. Margini di autonomia del procuratore europeo delegato nell'udienza

Una precisazione va fatta con riguardo al richiamo dell'art. 53 c.p.p. ad opera dell'art. 9 comma 3 d.lgs. n. 9/2021, che sembrerebbe deporre per l'inconciliabilità della "piena autonomia" nell'esercizio delle funzioni del magistrato del p.m. in udienza, prevista dall'art. 53 comma 1 c.p.p., «con la

³⁶ Cfr., al riguardo, F. LOMBARDI, *La Procura europea*, cit., p. 946.

struttura gerarchica e la genesi dei processi decisionali che si manifestano nella dinamica EPPO delegato-supervisore-camera permanente»³⁷. Si è affermato, in quest'ottica, che «l'autonomia del delegato, soprattutto in udienza, così come concepita nel nostro ordinamento risulta anzi ontologicamente incompatibile con la struttura della procura europea, sorta come risposta alla disomogeneità e all'inefficacia dell'accertamento rimesso ai singoli stati membri. In un simile contesto, pensare di confinare i poteri degli organi incardinati presso la sede dell'EPPO come "istruzioni" generali oltre ad essere utopistico appare il preludio del conflitto»³⁸. La tesi sembra, tuttavia, provare troppo, in quanto anche l'ordinamento interno configura, come si è ricordato³⁹, una struttura di carattere gerarchico dell'ufficio di Procura, che convive con un temperamento del principio con riguardo alle funzioni esercitate dal magistrato "nell'udienza", «con la finalità di salvaguardarne l'obiettività. La ragione dell'art. 53 c.p.p. è insomma che nell'udienza solo il magistrato che vi è presente ad adempiere le funzioni di pubblico ministero è in grado di apprezzare le risultanze che il processo esprime nell'immediatezza e oralità tipiche di questa fase, tanto che qualsiasi direttiva eteronoma non ne potrebbe tener conto in modo adeguato, e mancherebbe quindi di obiettività. Di qui la previsione della tassatività dei casi in cui il capo dell'ufficio può sostituire il magistrato designato per l'udienza (grave impedimento, rilevanti esigenze di servizio, i casi di astensione obbligatoria riferibili al pubblico ministero, ricorrenza del consenso del magistrato interessato) e il procuratore generale presso la corte d'appello, in mancanza di un provvedimento del procuratore della Repubblica, può designare in sostituzione un magistrato del proprio ufficio»⁴⁰.

Su questa premessa, può essere proposta una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 9 comma 3 d.lgs. n. 9/2021, che salvaguardi l'applicazione ai procuratori europei delegati dell'"autonomia del pubblico ministero nell'udienza" di cui all'art. 53 comma 1 c.p.p.⁴¹. Da un lato, l'autonomia va concepita, alla luce delle considerazioni della dottrina che si è sopra richiamata, come garanzia strumentale alla piena attuazione dei principi dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio nella formazione della prova, essenziali in chiave epistemica. Senza tralasciare la dialettica tipica del processo di parti, che reca «l'esigenza di tutelare lo spazio decisionale autonomo di una parte processuale quale è il p.m.,

³⁷ G. BARROCU, *La procura europea*, cit., p. 203.

³⁸ G. BARROCU, *La procura europea*, cit., p. 207.

³⁹ Cfr. il par. 1.

⁴⁰ O. DOMINIONI, *Giudice e pubblico ministero*, cit., p. 367.

⁴¹ V., però, nel senso della non applicazione della regola dell'autonomia, L. SALAZAR, *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, cit., p. 61; R. BELFIORE, *I procuratori 'super distrettuali' per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea*, cit., p. 73; M.R. MARCHETTI, *Procura europea: la normativa interna di collegamento*, in *Diritto penale e processo*, 2021, vol. 7, p. 864.

che in udienza, davanti al giudice terzo, svolge (deve svolgere) le sue funzioni in condizioni di parità con la difesa della parte privata, anch'essa libera di determinarsi autonomamente. Del resto, le mutevoli e imprevedibili risultanze dibattimentali impongono che il p.m. goda di una certa discrezionalità nell'impostazione della strategia processuale dell'ufficio»⁴². L'autonomia di udienza del magistrato del p.m. è, pertanto, il portato della discrezionalità tecnica che consente al p.m. stesso di adempiere al dovere di proseguire l'azione penale, dopo che questa sia stata iniziata, attraverso lo svolgimento doveroso dell'attività probatoria⁴³. Nell'obbligo di proseguire l'azione penale è, infatti, insito il «dovere del pubblico ministero di inserirsi nella dialettica processuale con le iniziative che sono necessarie perché la fondatezza dell'accusa sia accertata, nonché di chiedere al giudice quella decisione che dagli elementi acquisiti risulti conforme alla legge»⁴⁴. Dall'altro lato, ritenere che l'art. 9 comma 3 d.lgs. n. 9/2021 si riferisca alla sola disciplina dei "casi di sostituzione" del magistrato del p.m., dettata dai commi 2 e 3 dell'art. 53 c.p.p., sembra coerente con le ulteriori disposizioni menzionate nella stessa clausola di esclusione applicativa, di cui agli artt. 371-*bis*, 372, 412, 413 e 421-*bis* commi 1, secondo periodo, e 2 c.p.p., tutte disposizioni riguardanti i poteri del capo dell'ufficio di procura o del procuratore generale presso la corte di appello, al pari di quelle di cui all'art. 53 commi 2 e 3 c.p.p., ovvero i poteri del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo.

5. Profili dell'autonomia statutaria dei magistrati italiani della Procura europea

Si spiega, quindi, alla luce dei fattori limitativi dell'indipendenza funzionale interna dei magistrati che compongono la Procura europea, a livello decentrato o centrale, la configurazione statutaria derivante dalla disciplina sovranazionale che fa dipendere la nomina e la rimozione dei procuratori europei e dei procuratori europei delegati da decisioni del Consiglio e della Corte di giustizia dell'Unione europea e, rispettivamente, del collegio della Procura europea (artt. 16 e 17 reg. 2017/1939). La salvaguardia dell'autonomia di statuto dei magistrati italiani è peraltro assicurata dall'attribuzione al Consiglio superiore della magistratura del compito di designare i candidati all'incarico di procuratore europeo e i procuratori europei delegati, in base agli artt. 2 e 5 d.lgs. n. 9/2021. È quindi fatto salvo il disposto dell'art. 105 Cost., nella parte in cui riserva al predetto organo "le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni [...] nei

⁴² N. ZANON, *Il pubblico ministero*, cit., p. 283.

⁴³ Sul dovere di prova del p.m. quale componente della prosecuzione dell'azione penale, v. L. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2020, p. 207 ss.

⁴⁴ O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, cit., p. 85.

riguardi dei magistrati"⁴⁵, in quanto, per un verso, con la nomina al posto di procuratore europeo, il magistrato "è collocato fuori dal ruolo organico della magistratura", a norma dell'art. 3 d.lgs. n. 9/2021, senza che la successiva carriera interna del magistrato ne possa essere pregiudicata. Per altro verso, il problema non si pone con riguardo alla nomina al posto di procuratore europeo delegato, effettuata dal collegio della Procura europea su designazione dello stesso C.S.M., che provvede alla destinazione alla sede dei magistrati nominati procuratori europei delegati (art. 6 d.lgs. n. 9/2021). La disciplina europea, si noti, precisa che con la nomina i magistrati restano "membri attivi delle procure o della magistratura dei rispettivi Stati membri che li hanno designati" (art. 17 par. 2 reg. 2017/1939). Dopo la cessazione dall'incarico, resta inoltre garantito il diritto del magistrato "ad essere riassegnato, a domanda, alla sede di provenienza, con le precedenti funzioni" (art. 6 comma 3 d.lgs. n. 9/2021).

Quanto ai provvedimenti disciplinari riguardanti i procuratori europei delegati, il sistema prevede una competenza, per così dire, concorrente del C.S.M. rispetto a quella degli organismi U.E., finalizzata a salvaguardare l'art. 105 Cost., nella parte in cui riserva all'organo di governo autonomo della magistratura anche i procedimenti disciplinari. Infatti, sia i procedimenti disciplinari iniziati o definiti in sede europea, sia le decisioni del procuratore europeo supervisore di svolgere le indagini di persona vengono comunicate al C.S.M., su richiesta con cadenza annuale alla Procura europea (art. 6 comma 4 d.lgs. n. 9/2021), mentre il procuratore europeo delegato deve informare senza ritardo il procuratore generale presso la Corte di cassazione e il Ministro della giustizia dell'avvio di un procedimento disciplinare, nonché della decisione di riassegnazione del caso adottata dalla camera permanente e della decisione di svolgere l'indagine di persona adottata dal procuratore europeo (art. 6 comma 5 d.lgs. n. 9/2021). Il fine è quello di consentire al C.S.M. l'esercizio del potere disciplinare nei confronti dei procuratori europei delegati, anche per motivi connessi alle responsabilità derivanti dal regolamento europeo, in base all'art. 13 d.lgs. n. 9/2021⁴⁶.

Va, inoltre, considerato che l'inizio del procedimento disciplinare è subordinato all'acquisizione del consenso del procuratore capo europeo, secondo l'art. 13 comma 1 d.lgs. n. 9/2021. Non si può, tuttavia, dire che il dissenso dell'organo di vertice dell'EPPO basti a rendere inoperante il potere disciplinare del C.S.M. Anche al di là del meccanismo di sindacato del dissenso del procuratore capo europeo, tramite il riesame al collegio della Procura europea previsto dall'art. 13 comma 3 d.lgs. n. 9/2021, è dirimente l'introduzione della causa sospensiva dei termini di prescrizione di cui al comma 4 del cit. art. 13, fino alla "cessazione dell'incarico di procuratore europeo delegato, di cui il Consiglio superiore della

⁴⁵ Cfr., al riguardo, L. SALAZAR, *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, cit., p. 55.

⁴⁶ Sul punto, M.R. MARCHETTI, *Procura europea: la normativa interna di collegamento*, cit., p. 862.

magistratura informa tempestivamente il procuratore generale presso la Corte di cassazione ai fini dell'avvio del procedimento disciplinare". Resta, quindi, possibile procedere nei confronti del procuratore europeo delegato, anche ove il magistrato italiano abbia subito un procedimento disciplinare in sede sovranazionale⁴⁷. Un punto critico è, invece, costituito dal divieto d'iniziare o proseguire l'azione penale sancito dall'art. 13 comma 5 d.lgs. n. 9/2021, "quando la sussistenza dei fatti oggetto di addebito o della responsabilità del magistrato è stata esclusa dal collegio della Procura europea con decisione irrevocabile". La regola sembra confliggere con l'art. 105 Cost., nella misura in cui è idonea a sottrarre al C.S.M. una componente essenziale dell'autonomia statutaria dei magistrati italiani del pubblico ministero.

Per la stessa ragione, non dovrebbe nemmeno escludersi che il potere disciplinare del C.S.M. venga esercitato nei confronti dei procuratori europei. L'ipotesi di sottrarre tali figure al controllo disciplinare delineato dalla Costituzione potrebbe spiegarsi sul piano formale, alla luce del collocamento "fuori ruolo" dei magistrati italiani, ma non sul piano sostanziale, considerando che si tratta di magistrati che esercitano funzioni nei procedimenti penali interni, secondo il diritto nazionale⁴⁸. La conservazione dello *status* di magistrato italiano in capo al procuratore europeo, necessaria per armonizzare con la Costituzione le limitazioni all'indipendenza funzionale dei procuratori europei delegati⁴⁹, postula che entrambe le figure possano essere chiamate a rispondere disciplinarmente del loro operato davanti al C.S.M.

Bibliografia

G. Barone, *L'entrata in funzione dell'EPPO tra nodi (ancora) da sciogliere e dubbi di effettività*, in *Cassazione penale*, 2020, vol. 12

G. Barrocu, *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2021

R. Belfiore, [*I procuratori 'super distrettuali' per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea: un nuovo 'terzo binario' investigativo*](#), in *Sistema penale*, n. 12/2021

A. Bernardi, [*Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*](#), in *Sistema penale*, n. 11/2021

⁴⁷ V., ancora, M.R. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 865.

⁴⁸ La contraddittorietà insita nella scelta normativa del collocamento fuori ruolo è segnalata da F. LOMBARDI, *La Procura europea*, cit., p. 945.

⁴⁹ V., *supra*, par. 2.

- O. Dominioni, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milano, 1985
- O. Dominioni, *Giudice e pubblico ministero. Le ragioni della "separazione" delle carriere*, in E. Dolcini, C.E. Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2007
- O. Dominioni, [Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria](#), in *Penale - Diritto e Procedura. Rivista trimestrale*, 2020, n. 2
- F. Lombardi, *La Procura europea: A) Dal Corpus Juris al Decreto legislativo n. 9 del 2021*, in *Processo penale e giustizia*, n. 4, 2021
- M.R. Marchetti, *Procura europea: la normativa interna di collegamento*, in *Diritto penale e processo*, 2021, vol. 7
- B. Piattoli Girard, *La Procura europea: B) Il nuovo quadro delle regole di procedura interne*, in *Processo penale e giustizia*, n. 4, 2021
- L. Pressacco, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, in *Cassazione penale*, 2018, vol. 12
- S. Ruggeri, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Processo penale e giustizia*, n. 3, 2018
- L. Salazar, [L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini](#), in *Sistema penale*, n. 4/2021
- M. Scaparone, *L'ordinamento giudiziario*, Giappichelli, Torino, 2012
- L. Tavassi, *L'onere della prova nel processo penale*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2020
- L. Tavassi, [Il primo anno di EPPO: appunti per una revisione critica](#), in *Sistema penale*, n. 5/2022
- E. Traversa, [I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea \(EPPO\): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza](#), in *Archivio penale*, 2019, n. 3, versione Web
- N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V ediz., Zanichelli, Bologna, 2019



**Giurisdizione e competenza nella disciplina
della Procura europea: una sintesi della complessa
disciplina di fonte regolamentare**

Jurisdiction of the European Public Prosecutor's Office: a
summary of Council Regulation implementing enhanced
cooperation on the establishment of the European Public
Prosecutor's Office ("the EPPO")

NOVELLA GALANTINI

Ordinario di diritto processuale penale

Università degli Studi di Milano

novella.galantini@unimi.it

ABSTRACT

Lo scritto esamina la disciplina della Procura europea alla luce del Regolamento attuativo e della normativa interna di adeguamento. Si evidenzia in particolare la complessità delle regole in tema di individuazione della 'competenza per materia e per territorio', basate su criteri non sempre determinati e spesso sovrapposti.

Parole chiave: criteri giurisdizione; tutela interessi finanziari dell'Unione europea; organizzazione uffici EPPO.



DOI: 10.54103/milanlawreview/18733

MILAN LAW REVIEW, Vol. 3, No. 1, 2022
ISSN 2724 - 3273

The paper examines the rules of the European Public Prosecutor's Office under the Implementing Regulation and national rules. It highlights in particular the complexity of the rules regarding the identification of jurisdiction, based on criteria not always determined and often overlapping.

Keywords: jurisdiction criteria; protecting the European Union's Financial Interests; organization of EPPO's offices.

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Giurisdizione e competenza nella disciplina della Procura europea: una sintesi della complessa disciplina di fonte regolamentare*

SOMMARIO: 1. Terminologia, organi deputati e ‘contrastisti’. – 2. Difficoltà interpretative tra indeterminatezza e varietà dei criteri individuativi della ‘competenza per materia’. – 3. La ‘competenza per territorio’. – 4. Complessità e criticità della disciplina.

1. Terminologia, organi deputati e ‘contrastisti

Il primo rilievo, condiviso già dagli iniziali commenti alla normativa contenuta nel Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, ha riguardato la terminologia utilizzata che fa capo al vocabolo ‘competenza’, da riferirsi tecnicamente al giudice, secondo almeno la configurazione interna del differente ruolo del pubblico ministero. L’improprietà del termine è stata tuttavia giustificata da una scelta per così dire ‘obbligata’ dall’esigenza di adattare la disciplina alla diversità degli ordinamenti coinvolti. Quella sorta di ‘inversione logica dell’attrazione giudice-pubblico ministero’¹ sembra peraltro scomparire là dove si ribadiscono le regole sulla competenza del giudice (art. 9 comma 2 d.lgs. n. 9/2021) da applicarsi su tutti i fronti, posto che il procedimento è destinato a svolgersi davanti alla giurisdizione nazionale². Ad inquadrare il ruolo della Procura europea

* Testo della relazione svolta all’Incontro di studio “*La Procura europea tra presente e futuro*”, Centro di ricerca coordinato ‘Studi sulla giustizia’, Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano, 16 marzo 2022.

¹ G. BARROCU, *La Procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Cedam, Padova, 2021, p. 77.

² L. SALAZAR, *L’adeguamento interno da parte italiana al regolamento Eppo alla vigilia dell’avvio delle prime indagini*, in *Sistema penale*, n. 4/2021, p. 53 ss. V., inoltre, E. ZANETTI, *La via italiana alla procura europea nella delega per l’implementazione del Regolamento (UE) 2017/1939*, in *Proc. pen. giust.*, 1/2020, p. 264 ss.; G. MELILLO, *Il ruolo delle Procure della Repubblica di fronte alla nuova normativa sulla Procura europea*, in *Questione giustizia*, 29 aprile 2021; L. DE MATTEIS, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, *ivi*, 24 marzo 2021, par. 4; L. CAMALDO, *L’istituzione della procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, n. 3/2018, p. 958; L. PRESSACCO, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, *ivi*, n.12/2018, p. 4399; F. SPIEZIA,

ci si potrebbe forse riferire al termine ‘competenza giurisdizionale’, risalente al lessico delle prime espressioni del diritto penale internazionale nel trattare i conflitti di giurisdizione che a ben vedere, se pure meglio tradotti in ‘contrasti di competenza’, possono determinarsi in sede di attività della Procura europea sul piano in particolare della ‘competenza per materia’³, mentre in relazione alla ‘competenza per territorio’ non si parla specificamente di contrasti, ravvisandosi la prioritaria considerazione della unicità dell’ufficio, così che le eventuali difficoltà di individuazione del Ped di un determinato Stato membro possono risolversi in base ad un intervento della Camera permanente.

Quanto alla ‘competenza per materia’⁴, a richiamare la eventualità di un contrasto sono le stesse disposizioni, regolamentari e interne. Si stabilisce in effetti che in determinati casi in cui vi sia disaccordo tra l’EPPO e le procure nazionali, sarà una autorità nazionale - incaricata a ‘decidere sulla attribuzione delle competenze per l’esercizio dell’azione penale a livello nazionale’ - a stabilire chi procede alla indagine (art. 25.6 Regolamento). Le norme di adeguamento interno hanno poi individuato nella Procura generale presso la Corte di cassazione l’organo deputato a dirimere gli eventuali ‘contrasti di competenza’ tra la Procura europea e una o più procure della Repubblica’ (art. 16 d.lgs. n.9/2021). Su un diverso piano in cui entrino in gioco le giurisdizioni di più Stati membri, i poteri sono riferiti alla camera permanente (art. 36.3.4.5 Regolamento).

2. Difficoltà interpretative tra indeterminatezza e varietà dei criteri individuativi della ‘competenza per materia’.

La complessità della disciplina, destinata forse a stemperarsi nella prassi – come emerso dalla chiara relazione del dr. Scudieri nell’incontro del corso di

Il pubblico ministero europeo e i rapporti con Eurojust, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2018; F. FALATO, *L’azione penale verso le nuove misure d’indagine europee. Metodo e contenuti di una categoria dommatica rivisitata alla luce dell’entrata in funzionamento della procura europea tra fisiologie regolamentari e difetti della legge delega*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 3; D. CAVALLINI, *Analisi della disciplina e prime riflessioni sui profili ordinamentali della procura europea, alla luce del d.lgs. n. 9 del 2021 di adeguamento della normativa nazionale al regolamento europeo*, in *Diritto di difesa*, 14 maggio 2021; A. BERNARDI, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, in *Sistema penale*, 2021, n. 11, p. 33.

³ Il Regolamento vi si riferisce in termini di ‘disaccordo’ tra procura europea e procura nazionale (art. 25.6 Regolamento).

⁴ Sulla scelta ‘politica’ di riconoscere un primato agli interessi finanziari dell’Unione europea, S. MANACORDA, *Il P.M. europeo e le questioni aperte di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 663.

dottorato su 'Processo penale e Unione europea'⁵ - offre comunque un quadro aperto ai contrasti, potenzialmente determinati in particolare dai criteri sulla 'competenza per materia' che, come rilevato da autorevole dottrina, è delineata con ampi margini di indeterminatezza per via di parametri generali, ma talvolta sovrapposti o subordinati a eccezioni e contro-eccezioni⁶. Criteri non fissati gerarchicamente, né individuati tassativamente, possono così generare una singolare 'competenza allargata', sussidiaria o accessoria', una sorta di competenza 'in divenire' sulla scorta delle diverse variabili.

In relazione alla 'competenza per materia', esercitabile da Eppo in via originaria o per avocazione, essendo il sistema delle 'competenze concorrenti' tra la prima e le procure nazionali basato sul diritto di avocazione di Eppo (Regolamento, Considerando 13), emergono varie difficoltà interpretative. Premesso il parametro di coordinamento della competenza per reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE comunque qualificati secondo il diritto nazionale (art. 22.1 Regolamento)⁷, i criteri si presentano variamente articolati. Basti riferirsi alla previsione secondo cui la competenza Eppo sussiste per il reato che compori o possa comportare un danno inferiore a 10.000 euro se "il caso ha ripercussioni a livello dell'Unione che richiedono lo svolgimento di una indagine da parte di Eppo" (art. 25.2 Regolamento). Oppure, per un diverso esempio, si può evidenziare la disposizione per cui "Eppo si astiene dall'esercitare la sua competenza se "vi è motivo di presumere che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione causato da un reato di cui all'art. 22 non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato ad altra vittima" (art. 25.3 b)⁸.

Minori difficoltà, almeno apparentemente, può comportare l'ulteriore criterio quale ad esempio l'attribuzione della 'competenza per materia' "anche per i reati relativi alla partecipazione a una organizzazione criminale definiti nella decisione quadro 2008/841/GAI, quale attuata dal diritto nazionale, se l'attività criminosa di tale organizzazione criminale è incentrata sulla commissione dei reati" lesivi degli interessi finanziari UE (art. 22.2 Regolamento). Al contrario, non sempre lineare il riscontro

⁵ Incontro tenutosi presso il Dipartimento di Scienze giuridiche 'Cesare Beccaria' dell'Università degli Studi di Milano in data 2 febbraio 2022.

⁶ G. DE AMICIS, 'Competenza' e funzionamento della Procura europea nella cognizione del giudice, SSM – Corte di Cassazione, 29 novembre 2021, p. 2. V., inoltre, L. PRESSACCO, *Indagini e promovimento dell'azione penale del pubblico ministero europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1354 ss.

⁷ L'Eppo è competente per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui alla direttiva (UE) 2017/1371, quale attuata dal diritto nazionale, indipendentemente dall'eventualità che la stessa condotta criminosa possa essere qualificata come un altro tipo di reato ai sensi del diritto nazionale (art. 22.1).

⁸ R. BELFIORE, *I procuratori 'super distrettuali' per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea: un nuovo 'terzo binario' investigativo*, in *Sistema penale*, n. 12/2021, p. 69.

della 'competenza' per qualsiasi altro reato *indissolubilmente connesso* a una condotta criminosa rientrante nell'ambito delle attribuzioni di base (art. 22.3 Regolamento)⁹, esercitabile tra l'altro in presenza di altri parametri, relativi alla misura della sanzione o al danno (22.3 – 25.3 Regolamento). Al di là di poter difficilmente definire genericamente la 'connessione europea' secondo i casi dell'art. 12 c.p.p., la discussione ha riguardato la possibile individuazione di un collegamento tra i reati di natura teleologica, ma non probatoria o facendo rinvio ai criteri indicati per altre fattispecie¹⁰. Il parametro individuato dal Considerando 54, che parifica la 'indissolubilità' alla '*identità dei fatti materiali come insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro nel tempo e nello spazio*', sembra invece contrastare con l'obiettivo di ampliare le attribuzioni di Eppo nel momento in cui ricorre ad un criterio che meglio si adatta ad evitare doppie azioni, così restringendo l'ambito operativo della Procura europea¹¹.

In ogni caso, a dirimere i potenziali contrasti determinati dalle regole sulla 'competenza per materia' ex art. 22 Regolamento, è stato destinato il Procuratore generale presso la Corte di cassazione che secondo l'art. 16 del decreto di adeguamento, è competente a decidere quale procura, europea o nazionale, deve procedere secondo l'art. 25.6 Regolamento, così richiamando i casi che spaziano dalla competenza per i reati associativi, alla connessione indissolubile, e alle relative subordinate (art. 25.6 con rinvio all'art. 22 paragrafi 2 o 3 o all'art. 25 paragrafi 2 o 3).

Il rinvio alle disposizioni che dovrebbero guidare le decisioni della Procura generale (artt. 54, 54 bis, 54 ter e 54 quater c.p.p.), se pure richiamate "*in quanto compatibili*", ha suscitato riserve in ordine allo stesso ruolo che è stato attribuito all'organo di vertice. Tra consensi e dissensi rispetto alla scelta legislativa anche a fronte del quesito se sia ammissibile fissare, in caso di contrasto negativo, un obbligo di procedere verso un procuratore europeo delegato, si è rilevata la diversa configurazione e finalità del contrasto tra uffici, diretto a risolvere questioni di carattere territoriale e organizzativo, salva poi la verifica giurisdizionale. Inoltre, il dubbio riguarda la eventuale legittimazione della Procura generale, in quanto organo non giurisdizionale, a sollevare questione pregiudiziale alla Corte di giustizia a cui compete di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla "*interpretazione*

⁹ In tema, D. CECCARELLI, *The Eppo and the Fight against VAT Fraud: a Legal Obstacle in the Regulation?*, *Eu crim - The European Criminal Law Association Forum*, n. 1/2021, p. 47-48; M.R. MARCHETTI, *Procura europea: la normativa interna di collegamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 7, p. 859.

¹⁰ Ci si riferisce al Regolamento Eurojust 2018/1727/UE.

¹¹ In tema, R. SICURELLA, *Spazio europeo e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 849.

degli artt. 22 e 25...relativamente ad eventuali conflitti di competenza tra Eppo e autorità nazionali competenti" (art. 42.2 b) Regolamento)¹².

Un ulteriore compito attribuito alle determinazioni della Procura generale riguarda la soluzione di casi che tuttavia, pur riguardando la individuazione di specifiche legittimazioni a procedere, non viene indicato come contrasto in quanto le scelte adottate risultano in sostanza frutto di decisioni condivise. L'art. 18 del decreto di adeguamento si riferisce semplicemente alle previsioni degli artt. 25.4 e 34.5 e 6, così aprendo alla difficile composizione e raccordo tra le disposizioni. Al di là del primo caso in cui dovrebbe individuarsi, in Eppo, l'organo in posizione migliore per intervenire in sede di indagini o di esercizio dell'azione penale a fronte di una 'competenza' sussistente, ma non esercitabile (25.4 Regolamento) o del secondo caso della assunzione del procedimento da parte della procura nazionale quando Eppo riconosca la insussistenza di condizioni per la sua competenza (art. 34.5 Regolamento), sembra meglio incisivo il ruolo eventuale della Procura generale nell'ultima ipotesi in cui Eppo chieda alla procura nazionale di assumere il caso in quanto "valuti l'archiviazione... e l'autorità nazionale lo richieda" (art. 34.6 Regolamento). In questo caso si evidenzia un ruolo autonomo e attivo della Procura generale quale diretta interlocutrice della Procura europea alla quale presenterà la richiesta affinché il caso non venga chiuso, ma rinviato alla procura nazionale¹³. Il rilievo delle determinazioni assunte emerge intanto dalla loro necessaria comunicazione al Ministro della giustizia (art. 18 comma 2 d.lgs n.9/2021) a fronte dei particolari effetti che ne possono derivare. Stabilisce infatti l'art. 19 d.lgs. n. 9/2021 che se "in conseguenza delle determinazioni assunte dal Procuratore generale...ai sensi dell'art. 18, sono trasferiti nello Stato procedimenti relativi a indagini condotte da procuratori europei delegati di altri Stati", si applicano le disposizioni correlate ai casi di trasferimento. Se è vero che non si tratta di un caso tipico di trasferimento di procedimenti penali secondo le regole codicistiche (art. 646 bis ss. c.p.p.), è tuttavia previsto che la "assunzione di procedimenti della Procura europea" come definita dalla rubrica dell'art. 19 d.lgs. n. 9/2021, determina l'applicazione di alcune disposizioni correlate, quali l'utilizzabilità delle prove già acquisite se non contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento (art. 746 ter comma 7 c.p.p.) o il computo del 'presofferto' in sede cautelare estera (art. 746 ter comma 6 c.p.p.) o, ancora, il mantenimento di efficacia della querela già presentata (art. 746 ter comma 4 c.p.p.). Il ricorso alla disciplina codicistica opera quindi nel senso di favorire una speciale forma di assunzione del procedimento interna alla Procura europea.

¹² Sul punto, L. SALAZAR, *L'adeguamento interno*, cit., p. 65; E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in *Arch pen.*, 2019, n. 3, p. 62.

¹³ G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 12.

3. La ‘competenza per territorio’

Quanto alla ‘competenza per territorio’ così come delineata dall’art. 23 Regolamento, se è vero che non sono rinvenibili disposizioni su un eventuale ‘contrasto’ tra Ped di Stati diversi, si rinviene tuttavia il riconoscimento del ruolo della Camera permanente a fronte di criteri che, su un piano statico (art. 23 Regolamento) e anche dinamico (art. 26.5 e 36.3 Regolamento), hanno il compito di gestire la transnazionalità che caratterizza i reati di attribuzione Eppo. Secondo l’art. 26 comma 4 Regolamento *“un caso di norma è aperto e trattato da un procuratore europeo delegato dello Stato membro in cui si trova il centro dell’attività criminosa oppure, se sono stati commessi più reati connessi di competenza Eppo, dello Stato membro in cui è stata commessa la maggior parte dei reati”*. Il che non toglie che la Camera permanente, nel caso in cui sia avviata una indagine da parte di un Ped di altro Stato membro in ‘deviazione’ *‘debitamente giustificata’* dai criteri indicati e basandosi su vari criteri di priorità (art. 26 comma 4 lett. a, b, e c), possa decidere di riassegnare il caso a Ped di altro Stato membro o di riunire o separare i casi e per ogni caso scegliere il Ped. Tutto ciò *‘finché non sia deciso di esercitare l’azione penale’* e se *‘tali decisioni sono nell’interesse generale della giustizia e conformi ai criteri di scelta del Ped incaricato del procedimento’* (art. 26 comma 5). Inoltre, ai fini dell’azione penale, nel caso di più Stati membri aventi giurisdizione, la Camera permanente decide che essa sia esercitata nello stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso (art. 36 comma 3), anche se, *“prima di decidere di portare un caso in giudizio, la camera permanente può, su proposta del procuratore europeo delegato incaricato del caso, decidere di riunire vari procedimenti, qualora diversi procuratori delegati abbiano condotto indagini nei confronti della stessa o delle stesse persone, affinché l’azione penale sia esercitata dinanzi agli organi giurisdizionali di un unico Stato membro che, in conformità del suo diritto, ha giurisdizione per ciascuno di detti procedimenti”* (art. 36.4 Regolamento)¹⁴.

L’unicità dell’ufficio, che spesso viene richiamata al fine di escludere i contrasti, è d’altra parte alla base del ruolo delle Camere permanenti che *“garantiscono inoltre il coordinamento delle indagini e delle azioni penali nei casi transfrontalieri”* (art. 10.2 Regolamento), sulla scorta anche di una *“previa consultazione con i procuratori europei e/o i procuratori europei delegati interessati”* (art. 26.5 Regolamento). Si tratta di un ruolo di rilievo nel cui ambito vengono adottate decisioni che generano effetti equiparati al trasferimento dei procedimenti: l’art. 19 comma 2 d.lgs. n.9/2021 stabilisce infatti la *“assunzione di procedimenti della Procura europea”* nel caso in cui sono trasferiti nello Stato procedimenti relativi ad indagini condotte da procuratori europei delegati di altri Stati *“in forza di provvedimenti assunti dalle camere permanenti della procura europea ai sensi degli artt. 26 paragrafo 5, e 36, paragrafi 3 e 4”*. Come nel caso delle *“determinazioni”* assunte dal procuratore generale

¹⁴ Sul margine discrezionale riservato alle Camere permanenti, S. RUGGERI, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 603; G. BARROCU, *op. cit.* p. 84 ss.

presso la Cassazione, già prima richiamate, operano le previsioni in ambito di trasferimento dei procedimenti quali l'utilizzabilità delle prove già acquisite se non contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento (art. 746 *ter* comma 7 c.p.p.) o il computo del 'presofferto' in sede cautelare estera (art. 746 *ter* comma 6 c.p.p. c.p.p.) o, ancora, il mantenimento di efficacia della querela già presentata (art. 746 *ter* comma 4 c.p.p.). (art. 19 comma 1 d.lgs. n.9/2021).

Se il tema della cosiddetta 'competenza per territorio' è solitamente individuato sul piano dei rapporti tra Ped di Stati diversi e si canalizza nelle attribuzioni delle Camere permanenti, si è peraltro talvolta ipotizzato che un coordinamento debba avvenire anche tra Ped dello stesso Stato membro. Un argomento a favore potrebbe essere rinvenuto nella disposizione secondo cui *"la camera permanente può, su proposta del procuratore europeo incaricato della supervisione, decidere di riassegnare un caso ad un altro procuratore europeo delegato dello stesso Stato membro se il procuratore europeo incaricato del caso: a) non può svolgere indagini o avviare l'azione penale; o b) omette di seguire le istruzioni della camera permanente o del procuratore europeo"* (art. 28.3 Regolamento). L'ipotesi di un potenziale 'contrasto interno'¹⁵, categoricamente esclusa negli interventi presentati all'Incontro di studio in cui si è svolta la presente relazione, è stata peraltro considerata in dottrina là dove si è ritenuto possibile il ruolo della Procura generale della cassazione in caso di operatività di diversi Ped dello stesso Stato¹⁶. In realtà, pur considerando che a livello territoriale lo stesso art. 26.1 Regolamento delinea la competenza secondo il diritto nazionale, le norme di adeguamento stabiliscono che *"ferme in ogni caso le regole ordinarie sulla competenza del giudice, i Ped esercitano le funzioni requirenti sull'intero territorio nazionale, indipendentemente dalla sede di assegnazione"* (art. 9. d.lgs. n.9/2021). Un contrasto si prospetterebbe quindi solo potenzialmente e tale da essere risolto in base al sistema di coordinamento che la disciplina regolamentare ha tenuto a sottolineare (art. 34 Regolamento interno)¹⁷.

4. Complessità e criticità della disciplina.

La complessa disciplina che si è considerata sui vari piani, tanto articolata quanto specifica, non riesce tuttavia a nascondere le criticità che da più parti si sono evidenziate. Sia in ordine alla attribuzione dei singoli casi per 'materia', che in relazione alla loro individuazione sul piano territoriale, emerge una fluidità delle regole che difficilmente può essere ricondotta ad un principio di 'legalità

¹⁵ In tema, G. BARROCU, *op. cit.* p. 236.

¹⁶ A. BALSAMO, *Il coordinamento tra la Procura generale della Corte di cassazione e la Procura europea*, in *Sistema penale*, 4 dicembre 2019.

¹⁷ V. art. 34 Regolamento interno della procura europea (2021/C22/03) :*"Il procuratore capo europeo può delegare ai procuratori europei il coordinamento delle attività dei procuratori europei delegati dei rispettivi Stati membri, compresi i loro programmi di lavoro, in modo da garantire l'esercizio delle relative funzioni"*.

dinamica'. La impossibilità del Ped di definire da solo, in autonomia, l'indagine che ha condotto, emerge a fronte della decisione della camera permanente sul rinvio a giudizio che "comporta l'adozione di una scelta molto importante: quella della scelta del foro del processo"¹⁸.

Anche sul fronte di una eventuale archiviazione, sulla base peraltro di criteri comunque non bene determinati - azione penale impossibile, mancanza di prova pertinente - al di là dei casi *ex art. 39 Regolamento*, il Ped dovrà ottenere la approvazione della Camera permanente

Se è vero che il controllo 'interno' all'ufficio Eppo non potrà poi sfuggire al controllo giurisdizionale della autorità nazionale, posto che le regole applicabili, come già si è ricordato, sono quelle 'domestiche' è evidente come il principio di obbligatorietà dell'azione penale, nelle sue declinazioni di tutela dei canoni di indipendenza, uguaglianza e legalità, si veda piegato a scelte basate su criteri sostanzialmente indeterminati, anche se controllabili in ultima battuta¹⁹. Da qui un indebolimento delle garanzie difensive sminuite dalla individuazione, sostanzialmente discrezionale, della autorità che deve procedere²⁰.

Prescindendo dai massimi principi e riferendoci alla realtà processuale, può essere evidenziato come per la difesa si possa prospettare più complesso monitorare gli esiti *in itinere*, quando conoscibili, delle operazioni investigative. Anche se, come è stato illustrato con chiarezza nel già richiamato Incontro di dottorato, la individuazione di un diverso giudice competente non comporta il cambiamento del Ped che continua a svolgere il suo ruolo, magari itinerante, permane una sorta di incertezza non stemperata dalle rassicurazioni circa l'operatività immutata delle regole processuali interne anche in fase preliminare, che dovrebbero consentire di misurare comunque durata, termini e proroghe delle indagini e conseguente verifica della utilizzabilità *ex art. 407 comma 3 c.p.p.* Il che non toglie i dubbi sugli effetti della 'doppia comunicazione' delle notizie di reato e sui relativi adempimenti (art. 14 d.lgs. n.9/2021)²¹.

¹⁸ A. VENEGONI, *La struttura ed il funzionamento dell'EPPO*, Parte I, in *Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del ruolo, Servizio penale, Relazione su novità normativa*, Rel. n. 36/2021, 28 giugno 2021, p. 26.

¹⁹ G. BARROCU, *La procura europea*, cit., *passim*.

²⁰ In tema, S. RUGGERI, *op. cit.*, p. 603; M. PANZAVOLTA, *Choice of forum and Lawful and Judge Concept*, in *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crimes*, 2013, 143.

²¹ Sul tema della acquisizione della *notitia criminis*, l'ampio esame di G. BARROCU, *op. cit.*, p.87 ss.; S. RUGGERI, *op. cit.*, p. 603; T. ALESCI, *Spazio giudiziario europeo. Percorsi interpretativi per la creazione di un sistema cautelare*, Padova, 2020, p. 162; B. PIATTOLI, *Le notizie annotate nel case management system della procura europea: indagini transfrontaliere e formazione della prova*, in *Pre-investigazioni*, a cura di A. Scalfati, 2020, p.163. V., inoltre, Circolare Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi, 21.5.2021, p. 14.

Solo una verifica in concreto e su un più ampio ambito temporale potrà confermare l'opportunità della scelta normativa di affidarsi più a principi che a regole, affidando la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea ad una indagine preferenziale proiettata verso una azione penale in qualche misura soggetta ad un controllo 'superiore'. Né minore rilievo potrà assumere il tema del rispetto della precostituzione del giudice alla luce in particolare della recente giurisprudenza sovranazionale in tema di *tribunal established by law*²².

Bibliografia

- T. Alesci, *Spazio giudiziario europeo. Percorsi interpretativi per la creazione di un sistema cautelare*, Cedam, Padova, 2020
- A. Balsamo, *Il coordinamento tra la Procura generale della Corte di cassazione e la Procura europea*, in *Sistema penale*, 4 dicembre 2019
- G. Barrocu, *La Procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Cedam, Padova, 2021
- R. Belfiore, *I procuratori 'super distrettuali' per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea: un nuovo 'terzo binario' investigativo*, in *Sistema penale*, n. 12/2021, p. 69.
- A. Bernardi, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, in *Sistema penale*, 2021, n. 11, p. 33
- L. Camaldo, *L'istituzione della procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, n. 3/2018, p. 958.
- D. Cavallini, *Analisi della disciplina e prime riflessioni sui profili ordinamentali della procura europea, alla luce del d.lgs. n. 9 del 2021 di adeguamento della normativa nazionale al regolamento europeo*, in *Diritto di difesa*, 14 maggio 2021;
- D. Ceccarelli, *The EPPO and the Fight against VAT Fraud: a Legal Obstacle in the Regulation?*, *Eu crim - The European Criminal Law Association Forum*, n. 1/2021, p. 47.
- G. De Amicis, *'Competenza' e funzionamento della Procura europea nella cognizione del giudice*, *SSM - Corte di Cassazione*, 29 novembre 2021
- L. De Matteis, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, *ivi*, 24 marzo 2021

²² Per un'ampia analisi, S. ROVELLI, *Azionabilità del diritto al giudice naturale, rule of law e dignità dell'ordine giudiziario*, in *Consulta on line*, 2022, fasc. II, p. 492 ss.

- F. Falato, *L'azione penale verso le nuove misure d'indagine europee. Metodo e contenuti di una categoria dommatica rivisitata alla luce dell'entrata in funzionamento della procura europea tra fisiologie regolamentari e difetti della legge delega*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 3
- S. Manacorda, *Il P.M. europeo e le questioni aperte di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 663
- M.R. Marchetti, *Procura europea: la normativa interna di collegamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 7, p. 859
- G. Melillo, *Il ruolo delle Procure della Repubblica di fronte alla nuova normativa sulla Procura europea*, in *Questione giustizia*, 29 aprile 2021
- M. Panzavolta, *Choice of forum and Lawful and Judge Concept*, in *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crimes*, 2013, p. 143
- B. Piattoli, *Le notizie annotate nel case management system della procura europea: indagini transfrontaliere e formazione della prova*, in *Pre-investigazioni*, a cura di A. Scalfati, 2020, p. 163.
- L. Pressacco, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, n. 12/2018, p. 4399.
- S. Ruggeri, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 603.
- L. Salazar, *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento Eppo alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sistema penale*, n. 4/2021, p. 53.
- R. Sicurella, *Spazio europeo e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 849.
- F. Spiezia, *Il pubblico ministero europeo e i rapporti con Eurojust*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 29 maggio 2018
- E. Traversa, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 3, p. 62.
- A. Venegoni, *La struttura ed il funzionamento dell'EPPO, Parte I*, in *Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del ruolo, Servizio penale, Relazione su novità normativa*, Rel, n. 36/2021, 28 giugno 2021, p. 26.
- E. Zanetti, *La via italiana alla procura europea nella delega per l'implementazione del Regolamento (UE) 2017/1939*, in *Proc. pen. giust.*, 1/2020, p. 264.



Chi inquina, paga Polluters pay

GIOVANNI FORNABAIO

Avvocato

giovanni.fornabaio93@gmail.com

ABSTRACT

Con la sentenza n. 4 del 22/10/2019, il Consiglio di Stato si è pronunciato sull'ammissibilità di un ordine di bonifica di siti inquinati ai sensi dell'articolo 244 del codice dell'ambiente a carico di una società non direttamente responsabile dell'inquinamento ma subentrata a quella responsabile per effetto di fusione per incorporazione. La risoluzione della questione passa per la qualificazione giuridica della condotta di inquinamento ambientale antecedentemente alla introduzione della bonifica dei siti inquinati. Occorre analizzare i rapporti tra questa condotta e l'istituto della bonifica, normativamente successivo, e dare risposta ai quesiti, per un verso, se sia possibile ordinare la bonifica per fatti risalenti ad epoca antecedente alla introduzione di quest'ultima a livello legislativo, per l'altro, e in caso di risposta positiva, se sia possibile farlo in un contesto di operazioni societarie straordinarie, quale è la fusione, che hanno portato la società responsabile a non essere più direttamente imputabile per il fatto dannoso. Pertanto, serve fare chiarezza sulla trasmissibilità degli obblighi e delle responsabilità conseguenti alla commissione di un illecito per effetto di operazioni societarie straordinarie. Nella disamina delle questioni giuridiche esposte,



DOI: 10.54103/milanlawreview/18734

MILAN LAW REVIEW, Vol. 3, No. 1, 2022
ISSN 2724 - 3273

l'elaborato si sofferma sulla prevenzione e riparazione del danno ambientale e sulla analisi del regime di imputazione della responsabilità connessa.

Parole chiave: inquinamento; prevenzione; bonifica; responsabilità; fusione

In Judgment No. 4 of 22/10/2019, the Council of State ruled on the admissibility of an order for the remediation of polluted sites under article 244 of the Environmental Code against a company not directly responsible for the pollution, but which succeeded the company responsible by merger by incorporation. The resolution of the question passes through the legal qualification of the conduct of environmental pollution prior to the introduction of the reclamation of polluted sites. It is necessary to analyze the relationship between this conduct and the institution of reclamation, which is legislatively subsequent, and to answer the questions, on the one hand, whether it is possible to order reclamation for facts dating back to a period prior to the introduction of the latter at legislative level, and, on the other hand, and in the event of a positive answer, whether it is possible to do so in the context of extraordinary corporate operations, such as mergers, which have led the liable company to no longer be directly liable for the harmful act. Therefore, there is a need to clarify the transmissibility of obligations and liabilities resulting from the commission of a tort due to extraordinary corporate transactions. In the examination of the legal issues set forth, the paper focuses on the prevention and repair of environmental damage and the analysis of the imputation regime of related liability.

Keywords: pollution; prevention; quenching; liability; merger by incorporation

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Chi inquina, paga

SOMMARIO: Sezione I. Considerazioni Introduttive. – 1. Premessa. – 2. L’ambiente e l’uomo. – 3. L’ambiente quale bene giuridico autonomo ed unitario. – 4. L’evoluzione normativa in materia ambientale. – Sezione II. Il Danno ambientale nel codice dell’ambiente. – 5. Il problema della definizione del danno ambientale. – 6. I soggetti e i criteri di imputazione del danno ambientale. – 7. La doppia anima del danno ambientale rivelata dalle azioni a tutela dell’ambiente. – 8. L’individuazione in concreto del responsabile del danno ambientale: il concorso nel danno ambientale. – 9. Il danno ambientale nella giurisprudenza della Corte Edu: il caso “pilota” dell’ILVA. – Sezione III. Illecito ambientale e operazioni societarie straordinarie. – 10. Premessa. – 11. Il caso posto all’attenzione del Consiglio di stato. – 12. La questione inerente l’addebitabilità retroattiva dell’illecito ambientale e il suo rapporto con l’istituto della bonifica. – 13. La trasmissibilità degli obblighi di bonifica per effetto della fusione per incorporazione. – 14. Conclusioni.

SEZIONE I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. Premessa

La formula, di derivazione europea, “chi inquina, paga” indica un criterio generale di allocazione delle conseguenze economiche dei danni arrecati all’ambiente ed è volto all’internalizzazione di tutti i costi ambientali derivanti dall’illecito, indipendentemente dalla lesione dei diritti dei singoli.

Il principio in esame radica la responsabilità conseguente alla degradazione dell’ecosistema. Esso trova applicazione nel D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152¹, altrimenti noto come “Codice dell’ambiente”. Con il decreto in esame il legislatore ha dato attuazione alla direttiva (CE) 21 aprile 2004, n. 35, “sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale” e riformato l’impianto regolamentare originario della tutela dell’ambiente, sino ad allora affidata alla L. 8 luglio 1986, n. 349.

Le discipline citate prendono le mosse dalle macerie della dottrina dell’imposta “pigouviana”², che aveva suggerito l’introduzione di misure fiscali

¹ Cfr. art. 3-ter, D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

² L’imposta pigouviana è un metodo di governo delle emissioni inquinanti ideato dall’economista inglese Arthur Cecil Pigou, che consiste in una imposta applicabile in presenza di esternalità a carico dei soggetti che producono inquinamento per unità inquinante esattamente uguale al danno marginale aggregato causato dall’inquinamento valutato al livello di inquinamento ottimale.

idonee, solo in via teoretica, ad indirizzare la produzione verso livelli ottimali di inquinamento.

La normativa sopra citata muove da premesse dommatiche peculiari e innovative, dal momento che individua la responsabilità dell'operatore economico sulla base del semplice nesso eziologico, prescindendo dagli ordinari criteri soggettivi di dolo o colpa al fine di promuovere "dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente".

Il legislatore, infatti, sembra aver dato vita, come sarà meglio spiegato nel proseguo della trattazione, ad un *tertium genus* di responsabilità para-oggettiva e, talvolta, solidale, che mette al primo posto l'esigenza di ripristinare il danno ambientale, come forma di tutela della salute dell'intera collettività, imputando gli oneri connessi al soggetto che ha posto in essere l'azione dannosa a prescindere dall'elemento volitivo ed eventualmente al suo successore o avente causa.

L'attuazione del principio, affidata alla discrezionalità tecnica³ dell'ente pubblico, mira alla prevenzione e al ripristino di specifici danni ambientali, e non tanto alla prevenzione di fenomeni generalizzati di inquinamento, oggi attuata a mezzo dell'introduzione di limiti e divieti di emissioni, ovvero di divieti di circolazione od obblighi di manutenzione, sottoposti al controllo e al potere sanzionatorio della p.a. e dell'autorità giudiziaria.

L'ambiente assurge in questo quadro a bene giuridico autonomo ed unitario, tutelato nel suo complesso e non per singole parti⁴. L'intenzione della legge è da rinvenire nella necessità di sensibilizzare la collettività ad un uso accorto e razionale delle risorse naturali, trasferendo le conseguenze economiche di attività pregiudizievoli per l'ambiente, da farsi coincidere con i costi legati all'adozione di misure di prevenzione ovvero alla riduzione in pristino dello stato dei luoghi, sull'operatore, persona fisica o giuridica, che esercita l'attività (dannosa) di rilevanza ambientale.

L'applicazione del principio "chi inquina, paga" non ha finalità punitive, salva la sovrapposizione della tutela penale, ove ricorrente, a quella civile, bensì,

³ L'espressione è virgolettata dal momento che il codice dell'ambiente non individua una Autorità pubblica speciale, quali sono ad esempio le Autorità indipendenti come la CONSOB o l'AGCOM che operano in determinati settori, demandata al controllo del rispetto delle norme poste a tutela dell'ambiente da parte degli operatori economici, affidando quest'ultimo al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Ne consegue che, se per discrezionalità tecnica deve intendersi la discrezionalità esercitata dall'organo pubblico individuato *ad hoc* dalla legge e dotato di particolari e specifiche competenze, tali da escludere qualsiasi tipo di ingerenza nelle scelte per il conseguimento dell'interesse pubblico, l'espressione sarebbe impropria. Tuttavia, non può escludersi che l'attività del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare sia, *rectius* debba essere, coadiuvata da profili di corroborato e peculiare sapere scientifico in materia ambientale, equiparabile a quello delle *Authorities* nelle materie di loro competenza.

⁴ B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 1990.

come anticipato, traslative a carico dell'operatore economico dei costi conseguenti al danno recato all'ambiente e ripristinatorie dello stato precedente.

Vengono ripercorse le tappe dell'evoluzione normativo-giurisprudenziale concernente la tutela risarcitoria contro i danni ambientali, ponendo l'accento, per un verso, sul concetto di ambiente quale interesse collettivo in sé considerato, distinto dai singoli beni che lo compongono, e sul suo rapporto con l'uomo, per l'altro verso, sulla natura ibrida della responsabilità per danno ambientale, che, come anticipato, potrebbe qualificarsi nell'ordinamento come un *tertium genus* per via dei diversi profili di imputazione, di natura oggettiva da un canto, e soggettiva dall'altro, nonché della legittimazione all'azione per la riparazione del danno. Non si può non tenere conto dell'essenzialità della coesistenza di due tutele distinte, una di carattere amministrativo, l'altra di carattere privatistico, nella materia in questione.

La prima offre strumenti che svolgono la loro efficacia nel momento preventivo, di vitale importanza per il diritto ambientale, ove è grande la preoccupazione di prevenire i danni piuttosto che curarli, dal momento che si è consci del fatto che in alcuni casi non potrebbe essere possibile effettuare un ripristino dei luoghi a causa della rilevanza del danno⁵.

La seconda si pone l'obiettivo di internalizzare tutti i costi ambientali, indipendentemente dalla lesione dei diritti dei singoli, non facendoli gravare sulla collettività e sulle casse dello Stato, all'unica condizione che sia sempre configurabile il bene oggetto di tutela, e cioè che non si abbia l'impressione del perseguimento da parte del legislatore di una finalità solo punitiva nei confronti dell'organizzazione economica cui è ascrivibile la responsabilità per il fatto lesivo, con conseguente duplicazione del risarcimento per il danno ambientale, già avvenuto secondo le modalità individuate dal codice dell'ambiente⁶.

A corredo, viene effettuata un'analisi sull'impatto sempre maggiore che le organizzazioni economiche hanno sulla realtà circostante in termini di incidenza su beni primari come la salute e l'ambiente, provando a ricostruire la problematica che investe la successione del responsabile (persona giuridica) e della trasmissibilità degli obblighi risarcitori⁷.

⁵ F. Benedetti, *Il risarcimento del danno ambientale tra tutela giurisdizionale e poteri di autotutela amministrativa*, in *Ambiente e sviluppo*, V, 2006.

⁶ D. Amirante, *Il principio precauzionale fra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Diritto e gestione ambientale*, I, 2001.

⁷ S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi matematica*, Torino, 2011.

2. L'ambiente e l'uomo

L'ambiente rappresenta l'insieme delle circostanze geografiche, climatiche e sociali che condizionano l'esistenza e la salute umana⁸. Costituisce un bene di interesse primario per la collettività perché ne preserva la salute e la sopravvivenza sicché ogni attentato alla sua integrità deve essere individuato e represso.

La qualità dell'aria che si respira, dell'acqua e della terra che nutrono gli esseri viventi, dell'*habitat* naturale latamente inteso nel quale l'uomo vive e svolge la sua personalità, acquistano perciò un'importanza primaria⁹ per il benessere collettivo.

Il dibattito sulla salubrità dell'ecosistema è strettamente connesso al progresso scientifico e tecnologico che impone uno sfruttamento del territorio sempre più invasivo. Il contesto socio-economico del primo Novecento si basava principalmente sullo sviluppo del settore primario e non si prefigurava l'insorgere di attività produttive capaci di mettere in serio pericolo l'ecosistema, con conseguente forte compromissione dei diritti fondamentali della persona.

Le attività inquinanti sono aumentate, e con esse l'emissione di sostanze di scarto in grado di compromettere la sanità dell'ambiente, e quindi la salute umana. Tali indiscutibili dati di fatto hanno determinato il passaggio a livello normativo¹⁰ da una concezione antropocentrica ad una concezione ecocentrica dell'ambiente. In accordo alla concezione antropocentrica, l'uomo è gerarchicamente e funzionalmente sovraordinato al patrimonio naturale, che si presume inesauribile ed è quindi posto al servizio dei bisogni dell'essere umano.

L'individuo sarebbe titolare di un diritto soggettivo all'utilizzazione dell'ambiente, frazionato ed esclusivo, oltre che tutelabile in sede processual-civilistica sul modello dei diritti reali.

Il prevalente approccio di tipo ecocentrico individua nella tutela ambientale un interesse diffuso, di carattere pubblicistico e di cui si fa portavoce e garante lo Stato in prima persona¹¹.

In questo senso l'ambiente diventa protagonista nella sua oggettiva composizione materiale, tutt'altro che illimitata e rinnovabile. In questa ottica la tutela preferibile si esplica nel campo della prevenzione, al fine di scongiurare la realizzazione di un danno irreversibile al complesso naturale, facendo, comunque, salva sia una tutela risarcitoria-ripristinatoria, sia una tutela privata quando vengano coinvolti i diritti soggettivi dei singoli¹².

⁸ Ippocrate, *Le arie, le acque, i luoghi*, in *Ars medica*, p. 23-36.

⁹ D. Cardone, *La tutela della salute e il diritto a vivere in un ambiente salubre: profili storici e sistematici*, in *TSDP*, III, 2010.

¹⁰ Vedi *infra* par. 3, SEZIONE I.

¹¹ La legge attribuisce allo Stato il diritto al risarcimento del danno illecitamente cagionato all'ambiente. Cfr. art. 311, D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

¹² Cfr. art. 311-bis, D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

L'obiettivo, in altri termini, deve essere quello di assicurare lo sviluppo economico del sistema senza rinunciare alla salvaguardia della natura, in forza del principio dello sviluppo sostenibile¹³, che impone di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non comprometta quello delle generazioni future¹⁴.

3. L'ambiente quale bene giuridico autonomo ed unitario.

L'affermarsi della teoria ecocentrica a livello legislativo, coeva, come anticipato, allo sviluppo urbanistico ed industriale, e al tempo stesso all'incremento del fenomeno inquinante, ha contribuito all'elaborazione dell'ambiente quale bene giuridico autonomo ed unitario.

Il legislatore ha, in primo luogo, unitariamente regolamentato la tutela dell'ambiente così superando la settorialità degli interventi posti a salvaguardia di singoli elementi costitutivi, quali il paesaggio e le bellezze naturali¹⁵.

Decisiva è stata, ancora una volta, l'attività esegetica della dottrina e della giurisprudenza.

Quest'ultima, invero, aveva già elevato l'ambiente a diritto fondamentale, tutelabile autonomamente attraverso la tecnica della responsabilità civile ex art. 2043 cod. civ.¹⁶. Ciò era avvenuto in occasione di alcune pronunce che avevano rivisitato il concetto di intollerabilità delle immissioni previsto dall'articolo 844 cod. civ.¹⁷ Traendo fondamento dalla Costituzione, ed in particolare dagli artt. 9 e 32. Cost., i giudici di merito e di legittimità si sono discostati da una logica meramente dominicale tale da comportare l'insindacabilità delle scelte, purché lecite e nei limiti della "normale tollerabilità", operate dal proprietario del fondo entro i confini del suo diritto reale, e si sono perciò pronunciati in favore del

¹³ K. Bosselmann, *Il principio della sostenibilità: trasformare la legge e il governo*, Nuova Zelanda, 2008.

¹⁴ Cfr. art. 3-*quater*, D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

¹⁵ Ne costituisce un esempio la L. 9 giugno 1939, n. 1497 - *Protezione delle bellezze naturali*; poi abrogata nel 1999.

¹⁶ Per una trattazione esaustiva dell'argomento si rimanda alla SEZIONE II.

¹⁷ Cfr., in particolare, Cass., 19 giugno 1996, n. 5650, secondo cui "la tutela dell'ambiente come bene giuridico non trova la sua fonte genetica nell'art. 18 della legge 349/1986, ma direttamente nella Costituzione, attraverso il combinato disposto degli artt. 2, 3, 9, 41 e 42, e tramite il collegamento all'art. 2043 c.c. *L'ambiente, inteso in senso unitario, assurge a bene pubblico immateriale, ma tale natura non preclude la doppia tutela, patrimoniale e non, che è relativa alla lesione di quel complesso di beni materiale ed immateriali in cui esso si sostanzia e delimita territorialmente*". Cfr., anche, Corte Cost., 28 maggio 1987, n. 210, a mente della quale "la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale e, in definitiva, la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni. L'ambiente è un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela, ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità".

benessere dell'individuo e del suo interesse personale a godere di un *habitat* circostante incontaminato.

In altri termini, i giudici hanno posto l'accento sulle esternalità negative che possono scaturire da un atto di diritto privato come quello accennato. In quest'ottica, immissioni di fumo o di calore, o le altre previste dall'art. cit., sono da ritenersi illecite anche se non superano la normale tollerabilità, quando ne risulterebbe alterata la qualità della vita delle persone che entrano in contatto, o che potrebbero entrare in contatto, con l'attività del proprietario del fondo.

L'iter argomentativo fa leva sulla concezione dell'ambiente quale bene giuridico autonomo e distinto dalla proprietà, non operante in funzione di quest'ultimo.

Il bene giuridico dell'ambiente è così strettamente connesso al bene giuridico della salute, che è da ascrivere alla categoria dei diritti della personalità. La tutela dell'ambiente contribuisce alla tutela della salute e deve essere vietato qualsiasi atto pregiudizievole alla sua salubrità, se non nei limiti di ciò che è tollerabile.

Per altro verso la Corte costituzionale¹⁸ ha ricordato agli interpreti la vigenza del secondo comma dell'articolo 844 cod. civ., nella parte in cui prevede che *"nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve temperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà (e, aggiunge chi scrive, di salubrità dell'ambiente e di salute), tenendo conto della priorità di un determinato uso"*.

Ne consegue che, con riferimento alle immissioni provenienti da qualsiasi attività produttiva, ove lecite, deve farsi riferimento alla lettura classica dell'art. 844 cod. civ. e dunque al diritto di consentire in funzione della normale tollerabilità *"le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino"*.

Sulla scorta di questa pronuncia, la giurisprudenza prima richiamata aveva messo in discussione la legittimità dell'articolo 844 cod. civ. in quanto non adeguatamente idoneo a tutelare la salute e l'ambiente, quali beni, autonomi, distinti e primari¹⁹.

Tempestiva la risposta della Consulta²⁰, che ha sottolineato come nell'ordinamento vi siano altre norme dirette a tale scopo, quali l'articolo 2043 e 2058 cod. civ., e non la norma di cui all'art. 844 cod. civ. In tale maniera la tutela risarcitoria extracontrattuale è stata estesa anche ai danni cagionati alla salute e all'ambiente pur se si è nel frattempo aperta l'annosa questione concernente la

¹⁸ Corte cost., 6 aprile 1974, n. 247.

¹⁹ Pret. Bologna, 18 maggio 1972, in *Giur. it.*, I, 1973, con nota di R. SALVI, *Immissioni, ecologia e norme costituzionali*.

²⁰ La Corte costituzionale precisa che: *"l'articolo 844 cod. civ. non può essere utilizzato per giudicare della illiceità delle immissioni che rechino pregiudizio anche alla salute umana o all'ambiente, alla cui tutela è rivolto un altro ordine di norme di natura repressiva e preventiva"*.

legittimazione all'azione risarcitoria quando viene lesa l'ambiente, risolta con l'introduzione del codice dell'ambiente.

4. L'evoluzione normativa in materia ambientale.

La materia dell'ambiente ha trovato unità regolamentare con la L. 8 luglio 1986, n. 349. Con essa è stato istituito il Ministero dell'ambiente, ora Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio²¹.

La scelta legislativa, di rilevante impatto, rimarca l'esistenza di un interesse al raggiungimento di una tutela specialistica e quanto più efficiente possibile. Le competenze attribuite al Ministero riguardavano le funzioni preliminari o strumentali di studio, quelle in tema di inquinamento e di aree naturalistiche protette, nonché la gestione dei procedimenti di valutazione di impatto ambientale²².

L'innovazione normativa andava individuata nell'articolo 18 della legge in esame, che configurava l'ambiente come bene giuridico autonomo, oggetto di tutela in sé e per sé, attraverso gli istituti della responsabilità civile per danno ambientale e con l'azione di annullamento dei provvedimenti pregiudizievoli per l'ambiente affidata alla giurisdizione amministrativa.

La giurisdizione sul danno era affidata al giudice ordinario, eccezion fatta per quella riservata alla Corte dei Conti in materia di rivalsa verso il pubblico dipendente.

L'articolo 18 aveva equiparato l'illecito ambientale all'illecito aquiliano di cui all'articolo 2043 cod. civ., sia pure con alcune importanti differenze²³. Infatti l'illecito da inquinamento ambientale, pur ispirandosi al principio tradizionale che poggiava sulla colpa, postulava che il comportamento, per poter essere considerato illecito, dovesse risultare in contrasto con disposizioni di legge o con provvedimenti adottati in base a legge.

La legge, ora abrogata, permetteva al convenuto di chiedere e ottenere la disapplicazione del provvedimento amministrativo violato, con conseguente insussistenza dell'illecito ambientale.

Detta logica si fondava sulla stretta dipendenza della qualificazione in termini di illiceità o meno del comportamento dell'operatore economico dalla contrarietà del medesimo ad un provvedimento amministrativo posto a tutela dell'ambiente. Ne conseguiva che, ove fosse stato annullabile il provvedimento amministrativo, era da qualificarsi illegittima l'attività dell'amministrazione pubblica oltre che indebita la qualificazione del comportamento sanzionato come illecito, e non anche il comportamento vagliato, da ritenersi dunque lecito.

A ciò si aggiungeva il dovere sussistente in capo al giudice di tenere conto di criteri ulteriori rispetto a quelli previsti dall'articolo 2043 cod. civ., quali, ad

²¹ P. Maddalena, *Il Ministero dell'ambiente*, in *Comuni d'Italia*, I, 1987.

²² Cfr. artt. 1 e 2 L. cit.

²³ F. Giampietro, *La responsabilità per danno all'ambiente*, Milano, 1988.

esempio, la gravità della colpa individuale o il costo necessario per il ripristino dello stato dei luoghi. Spettava, poi, allo Stato e agli enti territoriali la legittimazione all'azione di risarcimento del danno, ma non era meglio specificato se lo stato agisse *iure proprio* o nell'interesse della collettività e se, in questo schema, fosse precluso alla Regione agire una volta che lo avesse già fatto lo Stato.

Restava al singolo cittadino, invece, la tutela privatistica ex art. 2043 cod. civ. per danni inferti alla propria sfera privata. Successivamente alla legge sopra commentata il legislatore ha rafforzato in maniera sempre più incisiva gli strumenti di tutela contro il degrado ambientale. Ha previsto, da un lato, con il D. Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, specifici interventi di messa in sicurezza e di bonifica delle aree inquinate, le quali possono anche essere eseguite dalla pubblica amministrazione ove non vi provveda il privato ingiunto, salvo poi il diritto di rivalsa della p.a. nei confronti di quest'ultimo.

Con il D. Lgs. 4 marzo 1999, n. 152, dall'altro lato, è stato fatto salvo il diritto ad ottenere il risarcimento del danno non eliminabile con la bonifica od altri strumenti di ripristino²⁴.

La bonifica che, come vedremo, si fonda sul principio di derivazione europea "chi inquina paga" viene realizzata dall'ente pubblico a spese del soggetto inquinante e si risolve in un'obbligazione dotata di realtà dal momento che si estende, a determinate condizioni, anche al proprietario incolpevole dell'area contaminata.

Da ultimo, la legge ha previsto una tutela più propriamente risarcitoria, caratterizzata dall'esercizio della relativa azione sia in sede civile che penale "per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale" (art 311, comma primo, così come modificato dall'art. 25 della Legge europea del 2013.). Secondo la giurisprudenza costante della Suprema Corte,

²⁴ Alla luce dell'attuale normativa sono da individuarsi, pertanto, tre modalità diverse di responsabilità civile per danno ambientale: la prima, di carattere preventivo, si esplica nell'esercizio di una tutela anticipatoria dell'ambiente in occasione del rilascio delle autorizzazioni (VIA e VAS) necessarie per l'avvio di progetti volti alla realizzazione di grandi e piccole opere che possono presentare impatto ambientale. Il principio che regola l'attuazione della VAS (valutazione ambientale strategica) è quello della prevenzione del rischio. Il fine è quello di vagliare strategie e soluzioni compatibili con l'ecosistema. In quest'ottica, il procedimento viene integrato con la voce delle associazioni dei cittadini accreditate presso il Ministero dell'Ambiente, alle quali è riconosciuto il diritto di impugnativa avverso i provvedimenti amministrativi (anche endo-procedimentali) che si assumono lesivi della collettività. La VIA (valutazione impatto ambientale) trova applicazione per progetti più circoscritti, mirando a valutare l'incidenza sul territorio delle singole opere e di progetti univoci. L'analisi del VIA si basa sul principio giuridico della "precauzione", in forza del quale le decisioni amministrative devono considerare l'interesse ambientale alla stregua di quello politico-economico. Un secondo livello di tutela dell'ambiente si esplica nel nostro ordinamento in via riparativa-risarcitoria, per mezzo dell'imposizione ad opera dell'ente pubblico di obblighi di bonifica delle aree raggiunte da inquinamento.

quest'ultima azione è da considerarsi preclusa a seguito dell'adeguamento dell'Italia alla procedura di infrazione attivata dalla Commissione Europea nel 2009.²⁵

En passant, prima di affrontare la riforma "codicistica" del 2006 sulla disciplina ambientale, vale la pena spendere qualche riga sull'ingresso della medesima nella Carta costituzionale. Ciò è avvenuto solo nel 2001. Il nuovo testo costituzionale ha delineato un sistema inter-istituzionale, in virtù del quale tanto lo Stato quanto altri livelli di "governo" sono elementi costitutivi della Repubblica.

Da un assetto di tipo gerarchico-piramidale si è passati a un assetto policentrico, nel quale trovano coesistenza una pluralità di aspetti rilevanti a livello giuridico, anche considerabili autonomamente, ma al tempo stesso coordinati tra di loro²⁶. Detto assetto ha spinto il legislatore a dettare una unica disciplina a tutela dell'ambiente unitamente considerato.

Interessante, al riguardo, è l'analisi del riparto di competenza tra Stato e Regioni. Determinate competenze statali sono individuate non sulla base di un criterio materiale ma attraverso l'indicazione di finalità e obiettivi che devono essere perseguiti dallo Stato: ne costituisce un esempio la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, in relazione alla quale lo Stato e gli altri enti territoriali collaborano per una disciplina vincolante anche su sfere di competenza esclusive o residuali in linea con il principio di leale collaborazione.

Il problema è perciò quello di vedere fino a che punto può spingersi lo Stato nell'emanazione di una disciplina legislativa relativa ad una materia trasversale come quella in esame.

Le riforme di settore sopra descritte hanno trovato maggiore e significativo impulso nella giurisprudenza delle Corti europee secondo il criterio "chi inquina, paga". Essa si concretizza nella direttiva 2004/35/CE, che trova applicazione a livello nazionale con il D. Lgs. n. 152 del 2006, al quale si darà ampio riguardo nei paragrafi che seguono.

In questa sede basterà accennare che la giurisprudenza europea, anche successivamente all'introduzione da parte dell'Italia della disciplina del 2006, non ha mai cessato di richiamare l'Italia sotto lo specifico profilo della tutela ambientale.

Le inadempienze del nostro Paese alle Direttive Europee hanno continuato ad essere registrate con assoluta regolarità ed hanno comportato la ripetuta

²⁵ La liquidazione del danno ambientale per equivalente è ormai esclusa alla data di entrata in vigore della l. n. 97 del 2013, ma il giudice può ancora conoscere della domanda pendente alla data di entrata in vigore della menzionata legge in applicazione del nuovo testo dell'art. 311 del d.lgs. n. 152 del 2006 (come modificato prima dall'art. 5 bis, comma 1, lett. b, del d.l. n. 135 del 2009 e poi dall'art. 25 della l. n. 97 del 2013), individuando le misure di riparazione primaria, complementare e compensativa e, per il caso di omessa o imperfetta loro esecuzione, determinandone il costo, da rendere oggetto di condanna nei confronti dei soggetti obbligati.

²⁶ G. Rolla, *L'Autonomia dei Comuni e delle Province*, Torino, 2001.

condanna dell'Italia per non essersi adoperata per prevenire la violazione dei diritti alla salute dei cittadini italiani e dei lavoratori dell'industria siderurgica, considerato il settore industriale in assoluto più pericoloso per la salute pubblica.

Valga per tutte la sentenza CEDU del 24 gennaio 2019 sul caso "ILVA" con la quale la Corte, nel ripercorrere le ripetute violazioni a proposito dell'inquinamento causato da detta società a partecipazione pubblica ha constatato "la persistenza di una situazione di inquinamento "costituente violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU tale da provocare la messa in pericolo della salute dell'intera popolazione che vive nelle aree a rischio"²⁷.

SEZIONE II. IL DANNO AMBIENTALE NEL CODICE DELL'AMBIENTE

5. Il problema della definizione del danno ambientale

Per danno ambientale si intende *qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima* (art. 300 cod. amb.).

Il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, già noto come codice dell'ambiente, al quale sono state apportate ulteriori disposizioni correttive e integrative, prima ad opera del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, poi con il d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in l. 6 agosto 2013, n. 97, ha dato attuazione alla direttiva (CE) 21 aprile 2004, n. 35, "sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale", ispirata al principio "chi inquina, paga"²⁸, e ha definito in questi termini il danno all'ambiente.

La direttiva in questione, preceduta da una proposta formulata dalla Commissione europea nel 2002, aveva previsto, in un primo momento, un modello di responsabilità oggettiva accompagnata da un criterio di responsabilità solidale dei coautori del danno, oltre all'obbligo per gli Stati di intervenire in caso di assenza, inerzia o assenza di responsabilità degli operatori.

La proposta, oggetto di accese discussioni in sede di Commissione, è stata modificata in più riprese fino all'approvazione in data 21 aprile 2004 del testo definitivo il quale, lungi dall'introdurre norme comuni sostanziali e procedurali in tema di lotta all'inquinamento, si è limitato a dettare una disciplina quadro sostanzialmente "minimalista".

La sua importanza sta nell'aver offerto una definizione di danno ambientale del tutto autonoma rispetto a quella del danno tradizionale, nonché

²⁷ R. Bianchi, *L'esecuzione delle sentenze delle Corti Europee per la tutela dell'ambiente e la salute umana*, in *Ambiente e sviluppo*, V, 2020.

²⁸ M. Meli *Il principio comunitario "chi inquina, paga"*, Milano, 1996.

nell'aver affrontato il tema della responsabilità dal duplice punto di vista della prevenzione e della riparazione²⁹.

In vista della funzione preventiva, il sistema di responsabilità delineato dalla direttiva si applica non soltanto in caso di danno, bensì anche a qualsiasi minaccia imminente di danno, definita come "il rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno ambientale in un futuro prossimo".

La dottrina ha parlato a tal proposito di "applicazione flessibile del principio di precauzione", in quanto, in quanto tale principio imporrebbe di intervenire anche in assenza di prove scientifiche certe.

È, comunque, fondamentale tener presente che la responsabilità civile poggia su tre presupposti: l'individuabilità dei soggetti responsabili; la concretezza e quantificabilità del danno; l'accertamento del nesso causale tra l'evento dannoso e l'attività dei responsabili.

Le forme di inquinamento a carattere diffuso, come per esempio quella causata dalla circolazione automobilistica, oppure i cambiamenti climatici, non trovano perciò rimedio nella disciplina del danno della direttiva 2004/35/CE, fintanto che non sia possibile individuare una responsabilità in soggetti singoli. La direttiva contempla due diversi regimi di responsabilità che differiscono per l'oggetto della tutela (risorsa naturale interessata), il soggetto che ha causato il danno (tipo di attività svolta) e il criterio di imputazione della responsabilità (oggettiva oppure per colpa o dolo)³⁰.

Sono esclusi dall'applicazione della direttiva i danni, derivanti da un'attività non compresa tra quelle indicate nell'Allegato III, alle acque e al

²⁹ La Direttiva 2004/35/CE non si applica a ogni possibile alterazione negativa dell'ambiente ma limita la propria azione ad una definizione di danno ambientale. Il suo campo di applicazione è, dunque, assai circoscritto: a differenza di quanto era stato proposto nel Libro Bianco, è escluso il danno tradizionale che rimane esclusivamente l'oggetto dei relativi accordi internazionali, nonché delle discipline nazionali. Non si applica dunque ai casi di lesioni personali, danni alla proprietà privata, perdite economiche e non interferisce con le discipline di tali tipi di danni tradizionali. Non conferisce ai privati il diritto di indennizzo. Essa fornisce una nozione autonoma di danno che vale per l'ambito da essa disciplinato: "un mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale, che può prodursi direttamente o indirettamente", ove per servizio s'intende l'insieme delle "funzioni svolte da una risorsa naturale a favore di altre risorse naturali e/o del pubblico". La delimitazione del suo ambito applicativo continua nel medesimo articolo dedicato alle definizioni dei concetti, in cui si distinguono tre tipologie di danno a seconda delle risorse naturali prese in considerazione: le specie e gli habitat naturali protetti; le acque; il terreno.

³⁰ Il testo della Direttiva 2004/35/CE recita "La presente direttiva si applica: al danno ambientale causato da una delle attività professionali elencate nell'allegato III e a qualsiasi minaccia di tale danno a seguito di una di dette attività; al danno alle specie e agli habitat naturali protetti, causato da una delle attività professionali non elencate nell'allegato III e a qualsiasi minaccia di tale danno, a seguito di una di dette attività, in caso di comportamento doloso o colposo dell'operatore".

terreno, nonché alle specie e agli habitat naturali protetti, qualora non vi sia colpa, né dolo. Inoltre, la direttiva individua sotto il titolo “eccezioni” numerose tipologie di danno ambientale esenti responsabilità associandole a quelle di inquinamento diffuso³¹. Sul solco della Direttiva appena richiamata si muove senza dubbio l’art. 300 del cod. dell’ambiente dal momento che esso costituisce il risultato di un percorso nel quale sono concorse istanze diverse, da quelle preventive a quelle suggerite dal legislatore comunitario³².

Invero la definizione riportata in esordio costituisce, a prima lettura, solo una premessa del legislatore alla definizione di danno ambientale, che meglio viene specificata dal comma secondo dell’articolo in esame: è “*danno ambientale il deterioramento, in confronto alle condizioni originarie, provocato: a) alle specie e agli habitat naturali protetti dalla normativa nazionale e comunitaria; b) alle acque interne, mediante azioni che incidano in modo significativamente negativo sullo stato ecologico, chimico e/o quantitativo oppure sul potenziale ecologico delle acque interessate; c) alle acque costiere ed a quelle ricomprese nel mare territoriale mediante le azioni suddette, anche se svolte in acque internazionali; d) al terreno, mediante qualsiasi contaminazione che crei un rischio significativo di effetti nocivi, anche indiretti, sulla salute umana a seguito dell’introduzione nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi nocivi per l’ambiente*”.

La tecnica di redazione muove da una nozione di danno di tipo naturalistico, in quanto arrecato all’ambiente naturale che circonda l’uomo e contribuisce alla sua crescita³³.

³¹ Così testualmente: 1) il danno o la minaccia causati da un atto di conflitto armato, ostilità, guerra civile o insurrezione o da attività finalizzate alla difesa nazionale o alla sicurezza internazionale; 2) danno o minaccia causato da attività finalizzata alla protezione dalle calamità naturali; 3) danno o minaccia causati da un fenomeno naturale di carattere eccezionale, inevitabile e incontrollabile; 4) danno o minaccia causati da attività disciplinate dal trattato che istituisce la Comunità europea dell’energia atomica o causati da un’attività la cui responsabilità è disciplinata dalle Convenzioni internazionali elencate nell’Allegato V, oppure da un incidente per il quale la responsabilità o l’indennizzo sono comprese nell’ambito di applicazione di una delle convenzioni internazionali elencate nell’Allegato IV (principalmente riguardanti il danno da trasporto di idrocarburi e sostanze pericolose) nell’Allegato V.

³² A ciò si aggiunga che anche nei Principi di diritto europeo, confluiti nel *Draft common frame of reference*, la prevenzione in materia ambientale, inclusa all’interno della disciplina riguardante la responsabilità civile, ha fatto il suo ingresso come misura cospirante con l’obbligazione risarcitoria, ma situata in un momento che precede un danno probabile. Per approfondimento, v. T. Ballarino, *I beni ambientali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.

³³ G. Valditarà, *Damnum iniuria datum*, Torino, 2005.

Essa include tutte le unità ecologiche che funzionano come sistemi naturali (che divengono autonomi), quali il suolo, le rocce o l'atmosfera, comprese le risorse naturali, al fine di preservarne l'incolumità e la salubrità³⁴.

A parere di chi scrive, è utile interrogarsi sui motivi che hanno portato il legislatore a proporre due nozioni distinte di danno ambientale. In particolare, occorre chiedersi in che rapporto stiano le due definizioni: la prima, sintetica e generale, la seconda, analitica e particolare³⁵.

Da una lettura complessiva della norma in commento, potrebbe sembrare a prima vista che le due definizioni stiano in rapporto di genere a specie, nel senso che il comma secondo dell'articolo 300 servirebbe a specificare il significato generale di danno ambientale espresso dal primo comma. In questo senso, tuttavia, il primo comma si rivelerebbe inutile e introdotto al solo scopo di non riprodurre *sic et simpliciter* quanto previsto dalla direttiva europea all'articolo 2, primo comma.

La specificazione del secondo comma attuata attraverso il richiamo ad elementi naturalistici individuati dalla norma a mero titolo esemplificativo e non tipico si lega logicamente con la definizione del primo comma che individua i parametri di misurazione del danno e dà una definizione contenutistica del danno stesso, il quale deve essere ritenuto rilevante nel caso in cui non incida in maniera significativa sul bene oggetto di aggressione.

Particolarmente significativa, come si vedrà nel proseguo a proposito delle azioni che possono e devono essere esercitate a tutela del danno stesso, è poi l'introduzione del concetto di pregiudizio non al bene ambientale in sé e per sé ma all'utilità che da esso è possibile ricavare.

In questa maniera la misurazione del danno ambientale ha cominciato ad assumere connotati puramente economici, così sganciandosi dall'aspetto naturalistico in senso stretto.

6. I soggetti e i criteri di imputazione del danno ambientale

Definito l'elemento oggettivo della fattispecie di responsabilità ambientale, occorre analizzare i criteri di imputazione della medesima, al fine di individuare il responsabile giuridico dell'illecito.

L'articolo 311 del codice dell'ambiente, sotto la rubrica "*azione risarcitoria in forma specifica*", mostra peculiarità di grande momento per quanto concerne il profilo dell'imputazione. In questo caso il contenuto della norma si rifà a quanto previsto dalla direttiva europea, senza alcuna aggiunta o variazione.

³⁴ U. Salanitro, *Tra diritto pubblico e diritto privato: l'estensione della disciplina della responsabilità ambientale al danno al paesaggio*, in *Principi europei e illecito ambientale*, a cura di A. D'Adda, Torino, 2013.

³⁵ U. Salanitro, *La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano, 2007.

Ai sensi dell'art. citato, *“quando si verifica un danno ambientale cagionato dagli operatori le cui attività sono elencate nell'allegato 5 alla presente parte sesta, gli stessi sono obbligati all'adozione delle misure di riparazione di cui all'allegato 3 della medesima parte sesta secondo i criteri ivi previsti, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma secondo, del presente decreto. Ai medesimi obblighi è tenuto chiunque altro cagioni un danno ambientale con dolo o colpa. Solo quando l'adozione delle misure di riparazione anzidette risulti in tutto o in parte omessa, o comunque realizzata in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare determina i costi delle attività necessarie a conseguire la completa e corretta attuazione e agisce nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti”*.

Dall'esegesi della norma si evince che il profilo dell'imputazione varia a seconda che coinvolto nella fattispecie lesiva sia uno dei soggetti di cui all'allegato 5 della parte sesta del codice dell'ambiente ovvero il singolo che non eserciti alcuna attività imprenditoriale.

Nel primo caso il concorso di due indici fattuali distinti, quali un soggetto che pone in essere un'attività imprenditoriale che si rivela deteriorante per l'ambiente e l'ascrivibilità di quest'ultima alla categoria di quelle attività indicate dalla legge come particolarmente propense a incidere negativamente sull'ambiente, determina l'addebitabilità della condotta in modo quasi automatico, nel senso che la responsabilità sussiste fino a prova contraria, e cioè in presenza di cause di esclusione della responsabilità previste espressamente dalla legge.

Nel secondo caso, l'autore risponde soltanto per dolo o colpa. La prima fattispecie di danno all'ambiente si presenta, quindi, come di natura (para)oggettiva, mentre la seconda ha natura soggettiva.

Un orientamento dottrinale di minoranza discute di responsabilità aggravata e non oggettiva per la prima ipotesi, indicando quali casi di responsabilità oggettiva solo quelli previsti dalla legge in assenza di prova liberatoria (ad es. art. 2049 cod. civ.)³⁶.

Cause di esclusione della responsabilità sono, infatti, previste per la fattispecie in commento. Esse sono indicate dall'articolo 308 cod. amb., quarto e quinto comma, che completano, pertanto, la disciplina di cui all'articolo 311 cod. amb.³⁷. Nello specifico, *“non sono a carico dell'operatore i costi delle azioni di precauzione, prevenzione e ripristino adottate conformemente alle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto se egli può provare che il danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno: a) è stato causato da un terzo e si è verificato nonostante l'esistenza di misure di sicurezza astrattamente idonee; b) è conseguenza dell'osservanza di un ordine o istruzione obbligatori impartiti da una autorità pubblica, diversi da quelli*

³⁶ P. Bricco, *Le logiche della magistratura e del diritto, le ragioni dell'impresa e del lavoro*, Milano, 2015.

³⁷ E. Del Prato, *Il principio di prevenzione nel diritto privato: spunti*, in *Rass. dir. civ.*, 2009.

impartiti a seguito di un'emissione o di un incidente imputabili all'operatore; in tal caso il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare adotta le misure necessarie per consentire all'operatore il recupero dei costi sostenuti.

Il comma quinto continua³⁸: *“l'operatore non è tenuto a sostenere i costi delle azioni di cui al comma 5 intraprese conformemente alle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che l'intervento preventivo a tutela dell'ambiente è stato causato da: a) un'emissione o un evento espressamente consentiti da un'autorizzazione conferita ai sensi delle vigenti disposizioni legislative e regolamentari recanti attuazione delle misure legislative adottate dalla Comunità europea; b) un'emissione o un'attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività che l'operatore dimostri non essere stati considerati probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività.*

I commi riportati non sembrano riferirsi alle cause di esclusione della responsabilità, dal momento che si limitano a menzionare i “costi di precauzione, prevenzione e ripristino” dai quali l'operatore economico è esonerato nelle ipotesi in cui, a titolo meramente esemplificativo, manchi il nesso causale tra la condotta e l'evento dannoso (v. comma quarto cit.) ovvero manchi l'elemento soggettivo con riferimento a quei casi in cui l'attività non poteva considerarsi dannosa alla luce delle conoscenze scientifiche e tecniche del momento in cui il danno si è verificato (v. comma quinto cit.).

È da ritenersi pacifico, tuttavia, che siffatte ipotesi di esclusione della responsabilità non siano altro che l'aspetto negativo dei criteri di imputazione dal momento che i costi di cui si è parlato costituiscono la modalità giuridiche con cui l'addebito di responsabilità si sostanzia e diviene esigibile. È questo, infatti, il senso della profonda diversificazione operata dalla legge tra la responsabilità oggettiva o aggravata dell'operatore economico e quella che riguarda le ipotesi di responsabilità del *quisque de populo* (o di “chiunque” altro) ove è richiesto un *quid pluris*, vale a dire, l'accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo.

Ci si chiede, a questo punto, se l'esegesi fin qui condotta possa o meno presentare aspetti dicotomici rispetto alla lettura dell'articolo 308, comma quinto, cod. amb., nella parte in cui richiede l'accertamento in negativo dell'elemento soggettivo ai fini dell'esclusione della responsabilità, disponendo quanto segue: *“l'operatore non è tenuto a sostenere i costi delle azioni di cui al comma 5 intraprese conformemente alle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo”.*

Invero, qui la legge individua solo due tipologie di comportamenti lesivi scusabili quando posti in essere in assenza di dolo o colpa, ossia quelli ricollegabili a *“un'emissione o un evento espressamente consentiti da un'autorizzazione conferita ai*

³⁸ I. Nicotra, *Relazione introduttiva*, in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010.

sensi delle vigenti disposizioni legislative e regolamentari recanti attuazione delle misure legislative adottate dalla Comunità europea”, ovvero a “un’emissione o un’attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un’attività che l’operatore dimostri non essere stati considerati probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell’emissione o dell’esecuzione dell’attività”.

Pertanto, in ipotesi di questo tipo l’operatore economico ha agito sulla spinta di un provvedimento amministrativo ovvero alla stregua delle conoscenze scientifiche e tecniche strettamente connesse al momento storico in cui i provvedimenti autorizzativi sono stati rilasciati.

Escludere *ex ante* la diligenza dell’operatore economico in casi siffatti e chiamarlo a rispondere per responsabilità oggettiva, sarebbe come procedere in forza di una logica prettamente punitiva, del tutto avulsa dalle circostanze di tempo e di luogo in cui è avvenuta l’interlocuzione con l’Autorità amministrativa al fine di ottenere l’autorizzazione all’esercizio dell’attività imprenditoriale potenzialmente pericolosa per il bene ambiente, oltre che estranea alla funzione che svolge la responsabilità civile nel nostro ordinamento.

L’ipotesi sopra descritta appare, invece, più propriamente accostabile alla fattispecie di cui all’articolo 2050 del codice civile: *“chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un’attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”* dal momento che le attività economiche di cui all’articolo 5 sono intrinsecamente da considerarsi “pericolose”.

In caso contrario, non si spiegherebbe un addebito di responsabilità così netto a carico dell’operatore in caso di evento lesivo. “Le misure idonee a evitare il danno” e, dunque, invocabili dall’operatore secondo la norma sopra citata per escludere ogni forma di responsabilità possono individuarsi nel dovere in capo all’organizzazione economica di conformarsi ai provvedimenti dell’Autorità ovvero di attenersi al sapere scientifico più attendibile al momento dell’espletamento dell’attività pericolosa. Se al rispetto delle regole imposte al momento dell’inizio dell’attività imprenditoriale l’operatore che ha causato un danno all’ambiente aggiungerà la prova di avere tenuto un comportamento diligente, il giudice non potrà che escluderne la responsabilità³⁹.

Resta per ultimo da commentare la disposizione di cui all’articolo 311 cod. amb. nella parte in cui prevede l’addebitabilità di ulteriori costi di sanificazione a carico dell’operatore economico o dell’autore dell’inquinamento nell’ipotesi in cui le misure di riparazione prescritte dall’Autorità amministrativa solo quando l’adozione delle misure di riparazione non siano state rispettate per essere state

³⁹ G. Alpa, *Danni da inquinamento, problemi di responsabilità civile e garanzia assicurativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2012.

del tutto omesse o realizzate in modo incompleto o difforme rispetto alle prescrizioni in concreto impartite⁴⁰.

In casi siffatti, alla concorrente responsabilità penale dell'operatore, individuabile nel reato, di recente codificazione, di omessa bonifica, si affianca un'ulteriore responsabilità civile consistente nel pagamento degli ulteriori costi che il Ministero dell'ambiente fissa per *"le attività necessarie a conseguirne la completa e corretta attuazione"*.

Ciò comporta, evidentemente, una riemersione della responsabilità oggettiva ed aggravata, individuabile nel semplice inadempimento alle prescrizioni amministrative impartite nei confronti del responsabile dell'inquinamento, qualificabile alla stregua di una responsabilità oggettiva⁴¹.

A questa disposizione, tuttavia, non deve che estendersi la disciplina in materia di cause di esclusione della responsabilità e non addebitabilità dei costi di cui all'articolo 308 cod. amb., dal momento che l'applicazione della stessa prescinde da un precedente accertamento, e conseguente addebito, della responsabilità per fatto lesivo dell'ambiente non scusabile.

7. La "doppia anima" del danno ambientale rivelata dalle azioni a tutela dell'ambiente

Le norme del codice dell'ambiente, poste a tutela di interessi diversi, ora collettivi ora individuali, presentano aspetti problematici di integrazione tra diritto pubblico e diritto privato e impongono all'interprete adeguata riflessione sulla portata di istituti di carattere interdisciplinare.

Questa "doppia anima" trae linfa dagli adempimenti del legislatore, da un canto, alla delega legislativa contenuta nella legge 15 dicembre 2004, d'altro canto, alla più volte richiamata direttiva (CE) 2004, con la conseguenza che interessi distinti e non sempre coincidenti sono stati contemperati e perseguiti dalla legge attraverso modalità non sempre facilmente armonizzabili tra loro.

Il contrasto al danno ambientale può indurre il soggetto pubblico all'applicazione di più tutele trasversali che possono sovrapporsi fra di loro e creare, come anticipato, qualche problema interpretativo.

Le misure di diritto pubblico sono previste dagli articoli 301, 304 e 305 cod. amb., rispettivamente dedicati all'attuazione del principio di precauzione, all'azione di prevenzione e al ripristino ambientale, mentre le misure di diritto privato fanno capo all'articolo 311 cod. amb., che prevede l'azione di risarcimento del danno attuabile sia per via giudiziaria in forma specifica (esclusa ormai quella

⁴⁰ F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 2006.

⁴¹ A. Simoncini, E. Longo, voce *Salute*, art. 32 Cost., in *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2016.

per equivalente patrimoniale) che in via amministrativa ai sensi degli artt. 313 e 314 cod. amb⁴².

La specialità delle tutele pubbliche in materia di ambiente rispetto ad altri settori della pubblica amministrazione ha spinto il legislatore ad unificarle sotto il profilo della legittimazione attiva che spetta al soggetto pubblico e segnatamente al Ministro dell'ambiente, titolare di una situazione soggettiva "mista", di diritto pubblico e nel contempo di tutela risarcitoria in sede civile e penale.

In ogni caso, *"resta ..fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute e nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi"*.

Le caratteristiche peculiari della titolarità dell'azione da parte del Ministero dell'ambiente non possono, infatti, obliterare i diritti dei singoli danneggiati, anche se quest'ultimi, in un'ottica di sistema, si pongono in una posizione più arretrata rispetto alle misure pubbliche, azionabili dal Ministero in ragione della loro valenza precauzionale e riparatoria.

Va comunque ricordato in questa sede che il diritto all'integrità dell'ambiente è configurabile nella duplice valenza di interesse diffuso e di diritto soggettivo individuale ed è azionabile dinanzi al giudice ordinario ai sensi dell'art. 2043 c.c. secondo i canoni classici della responsabilità civile (prova del fatto, dell'evento lesivo, e del nesso di causalità tra evento e danno)⁴³.

⁴² Si tratta di uno speciale procedimento amministrativo in base al quale il Ministero ingiunge a coloro che sono risultati responsabili del fatto il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica entro un termine prefissato. Qualora questi non provvedano in tutto o in parte, il Ministro ingiunge con ordinanza il pagamento delle somme necessarie per gli interventi.

⁴³ In materia di danno ambientale, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 310 del d.lgs. n. 152 del 2006, le controversie derivanti dall'impugnazione, da parte dei soggetti titolari di un interesse alla tutela ambientale di cui al precedente art. 309, dei provvedimenti amministrativi adottati dal Ministero dell'ambiente per la precauzione, la prevenzione e il ripristino ambientale, restando invece ferma la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle cause risarcitorie o inibitorie promosse da soggetti ai quali il fatto produttivo di danno ambientale abbia cagionato un pregiudizio alla salute o alla proprietà, secondo quanto previsto dall'art. 313, comma 7, dello stesso decreto legislativo. L'eventualità che l'attività nociva sia svolta in conformità a provvedimenti autorizzativi della P.A. non incide sul riparto di giurisdizione (atteso che ai predetti provvedimenti non può riconoscersi l'effetto di affievolire diritti fondamentali dei terzi) ma esclusivamente sui poteri del giudice ordinario, il quale, nell'ipotesi in cui l'attività lesiva derivi da un comportamento materiale non conforme ai provvedimenti amministrativi che ne rendono possibile l'esercizio, provvederà a sanzionare, inibendola o riportandola a conformità, l'attività rivelatasi nociva perché non conforme alla regolazione amministrativa, mentre, nell'ipotesi in cui risulti tale conformità, dovrà disapplicare la predetta regolazione ed imporre la cessazione o l'adeguamento dell'attività in modo da eliminarne le conseguenze dannose.

In questo caso, però, il danno oggetto di ristoro non è propriamente il danno ambientale ma ogni danno patrimoniale e non patrimoniale, ulteriore e concreto, che chi agisce abbia dato prova di aver subito dalla medesima condotta lesiva dell'ambiente⁴⁴.

Legittimato a far valere questo tipo di danno è prima di tutti l'ente locale territoriale in cui il danno stesso si è verificato nella sua specifica veste di ente rappresentativo degli interessi collettivi alla salubrità dell'ambiente.

In via sussidiaria e, comunque, promozionale rispetto agli interventi dell'ente pubblico si pongono i diritti dei singoli individui titolari di diritto soggettivo all'integrità ambientale tutelabile, anche in questo caso, ai sensi dell'art. 2043 c.c.⁴⁵

Il quadro delle tutele previste dal codice dell'ambiente presenta una diversificazione di livelli che arriva a configurare una sorta di gerarchia fra le misure stesse.

Prima di arrivare alle misure di ripristino ambientale e di risarcimento in forma specifica cui si è appena fatto cenno, il codice dell'ambiente delinea agli artt. 301 e ss. una serie di misure preventive attuabili anche solo in presenza del pericolo della contaminazione secondo il noto principio di precauzione. Attribuisce, così anche in questo caso allo Stato il potere di chiedere informazioni all'operatore, di ordinarli specifiche misure di prevenzione e di assumerle direttamente.

La prevalenza dell'intervento statale rispetto a quello delle Regioni in materia di loro competenza trova la sua plausibile giustificazione nell'esigenza di assicurare che l'esercizio di tali compiti risponda a criteri uniformi ed unitari atteso che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona⁴⁶.

Le misure di prevenzione vanno tenute ben distinte da quelle inerenti la "messa in sicurezza del sito". Infatti, mentre queste ultime possono essere richieste solo al responsabile dell'inquinamento, le "misure di prevenzione" devono essere poste in essere anche a cura del "proprietario" o del "gestore dell'area" che rilevi il superamento o il pericolo concreto e attuale del superamento della concentrazione soglia di contaminazione (CSC), nel momento in cui ne dà comunicazione alla regione, alla provincia ed al comune territorialmente competenti, così come previsto dall'art. 245 del D. Lgs. 152/2006. Dispone infatti l'art. 245, comma primo, che *"fatti salvi gli obblighi del responsabile della potenziale contaminazione di cui all'articolo 242, il proprietario o il gestore dell'area che rilevi il superamento o il pericolo concreto e attuale del superamento della concentrazione soglia di"*

⁴⁴ Cfr. *Cass. Pen. Sez. III*, 16 giugno 2016, n. 35610.

⁴⁵ Cfr. *Tribunale Bologna*, 19 febbraio 2014, n. 20258, secondo cui *"il diritto all'integrità dell'ambiente è configurabile sia come interesse diffuso che in termini di diritto soggettivo individuale ma, nonostante questa duplice natura, l'azione di risarcimento del danno ambientale può essere esercitata solo dagli enti pubblici, unici titolari del diritto in esame"*.

⁴⁶ *Corte Cost.*, 23 luglio 2009, n. 235.

contaminazione (CSC) deve darne comunicazione alla regione, alla provincia ed al comune territorialmente competenti e attuare le misure di prevenzione secondo la procedura di cui all'articolo 242". Gli interventi di messa in sicurezza sono, inoltre, giuridicamente inquadrabili in diverse fattispecie tra loro differenti per finalità e natura degli interventi⁴⁷.

Profilo comune alle misure della messa in sicurezza e di prevenzione è quello dell'urgenza. Tuttavia, mentre le misure di prevenzione presuppongono il pericolo imminente della contaminazione, quelle di messa in sicurezza postulano la verifica del danno ambientale e sono finalizzate al contenimento delle conseguenze.

Deve essere poi ricordato che, ai sensi dell'art. 240 del D. Lgs. 152/2006, il sito è "contaminato" quando "i valori delle concentrazioni soglia di rischio (CSR), determinati con l'applicazione della procedura di analisi di rischio di cui all'Allegato 1 alla parte quarta del presente decreto sulla base dei risultati del piano di caratterizzazione, risultano superati".

In questi casi, perciò, l'intervento d'emergenza costituisce l'anticipazione di una misura risarcitoria del pregiudizio ambientale, che come tale grava necessariamente sul responsabile dell'evento dannoso.

Nel caso delle misure di prevenzione, invece, si versa in una situazione in cui, per un dovere di solidarietà sociale, viene richiesto al soggetto che ha una stretta relazione con il bene sottoposto a pericolo di contaminazione di attivarsi a prescindere da una sua responsabilità connessa all'illecito ambientale. In questi casi ricorre una "responsabilità da posizione", disancorata tanto dalla responsabilità colposa che da quella oggettiva.

⁴⁷ Tra di esse, vi è in primo luogo la "messa in sicurezza operativa", definita dall'art. 240, comma 1, lett. m) come "l'insieme degli interventi eseguiti in un sito con attività in esercizio atti a garantire un adeguato livello di sicurezza per le persone e per l'ambiente, in attesa di ulteriori interventi di messa in sicurezza permanente o bonifica da realizzarsi alla cessazione dell'attività. Essi comprendono altresì gli elementi di contenimento della contaminazione da mettere in atto in via transitoria fino all'esecuzione della bonifica o della messa in sicurezza permanente, al fine di evitare la diffusione della contaminazione all'interno della stessa matrice o tra matrici differenti. In tali casi devono essere predisposti idonei piani di monitoraggio e controllo che consentano di verificare l'efficacia delle soluzioni adottate". Esiste poi la "messa in sicurezza permanente", definita dalla lettera o) dell'art. 240 come "l'insieme degli interventi atti a isolare in modo definitivo le fonti inquinanti rispetto alle matrici ambientali circostanti e a garantire un elevato e definitivo livello di sicurezza per le persone e per l'ambiente". In aggiunta a tale tipo di interventi, che sono destinati ad integrare la bonifica vera e propria, e che chiaramente non possono essere confusi, stante la loro finalità, con le "misure di prevenzione", ricorre altresì la "messa in sicurezza d'emergenza", definita alla lettera o) dell'art. 240 come "ogni intervento immediato o a breve termine, da mettere in opera nelle condizioni di emergenza di cui alla lettera t) in caso di eventi di contaminazione repentini di qualsiasi natura, atto a contenere la diffusione delle sorgenti primarie di contaminazione, impedirne il contatto con altre matrici presenti nel sito e a rimuoverle, in attesa di eventuali ulteriori interventi di bonifica o di messa in sicurezza operativa o permanente".

Nel paragrafo che precede, vieppiù, si è indicato l'articolo 308 cod. amb. come ipotesi di esenzione dalla responsabilità, da leggere, quindi, in combinato disposto con gli articoli 300 cod. amb., che definisce il danno ambientale, e l'art. 311 cod. amb., che disciplina l'azione risarcitoria.

La legge, invero, si esprime nello specifico nel senso di non addebitabilità dei costi delle azioni di precauzione, prevenzione e ripristino quando ricorra una delle cause di esclusione previste dai commi quarto e quinto, lasciando dunque intendere, a prima lettura, che la clausola di esonero sia riferibile alle misure preventive e ripristinatorie di diritto pubblico.

Ciononostante, per i motivi già esposti, la disposizione è da leggersi nel senso che le previsioni di esenzione di cui all'articolo 308 cod. amb. non sono altro che ipotesi di esclusione della responsabilità.

La tesi in commento è avvalorata dal fatto che il comma secondo dell'art. 311 cod. amb., in tema di azione risarcitoria in forma specifica, prevede che *“quando si verifica un danno ambientale cagionato dagli operatori le cui attività sono elencate nell'allegato 5 alla presente parte sesta, gli stessi sono obbligati all'adozione delle misure di riparazione di cui all'allegato 3 alla medesima parte sesta secondo i criteri ivi previsti, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma 2, del presente decreto”*.

Ne consegue che, le misure di riparazione di diritto pubblico alternative all'azione di risarcimento vengono chiamate in causa nel momento in cui si sostanzia l'addebito in sede civile a seguito dell'azione risarcitoria esercitata dal Ministro dell'ambiente.

In altri termini, i costi costituiscono il contenuto di due modalità giuridiche diverse secondo le quali essi possono diventare esigibili: da un lato le misure di diritto pubblico, che possono ingiungere per mano del Ministro dell'ambiente il ripristino ambientale o alternativamente il pagamento dei costi corrispondenti; dall'altro, la responsabilità civile, che si articola nell'esperienza da parte del Ministero dell'ambiente di un'azione giudiziaria ordinaria sia in sede civile che penale tendente al risarcimento in forma specifica, esclusa, come si è visto, la possibilità di agire per ottenere il risarcimento per equivalente patrimoniale.

Resta da individuare il ruolo del comma sesto dell'art. 308 cod. amb., a tenore del quale *“le misure adottate dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare in attuazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto lasciano impregiudicata la responsabilità e l'obbligo risarcitorio del trasgressore interessato”*.

A parere di chi scrive, il comma riportato conferma, per un verso, la lettura delle clausole di non addebitabilità dei costi di prevenzione e ripristino nel senso di escludere anche la responsabilità civile dell'agente, per l'altro, anticipa il contenuto dell'art. 313, settimo comma, in merito alla tutela dei diritti e degli interessi lesi (privati) che residua in capo ai titolari.

8. L'individuazione in concreto del responsabile del danno ambientale: il concorso nel danno ambientale

Il titolo V della parte IV del codice dell'ambiente prevede, come già accennato, obblighi a carico non solo del responsabile dell'inquinamento ma anche del proprietario dell'area contaminata che non sia autore dell'attività contaminante⁴⁸.

L'articolo 245 cod. amb., infatti, conformemente a quanto stabilito dall'art. 304 cod. amb., dispone che questi sia tenuto alle "necessarie misure di prevenzione", con ciò imponendo a chi è in diretta relazione con il bene contaminato o in pericolo di contaminazione di molteplici obblighi di fare che sembrerebbero, a prima vista, prescindere dal principio "chi inquina paga" e che gravano pertanto sul soggetto incolpevole in via solidale con l'autore dell'inquinamento nei confronti del quale è, pertanto, riconosciuto il diritto alla rivalsa.

In merito alla posizione del proprietario (che in un contesto del genere si potrebbe definire) "incolpevole", sono stati percorsi differenti filoni esegetici prima della riforma che ha introdotto il codice dell'ambiente. La dottrina era divisa sulla natura giuridica da attribuirsi agli interventi preventivi a tutela del bene ambiente, tendendo ora alla qualifica di obbligazione *propter rem*, ora a quella di onere reale⁴⁹.

La risoluzione della questione è stata affidata al legislatore, che definisce detti interventi in termini di onere reale. Ma la questione del proprietario incolpevole è stata problematica anche con riguardo ad altri interventi, di natura diversa e ripristinatoria, ossia quelli di messa in sicurezza e di bonifica.

Detti interventi di bonifica e messa in sicurezza di cui all'art. 250⁵⁰ cod. amb. vengono qualificati come "oneri reali sui siti contaminati" quando sia

⁴⁸ La giurisprudenza maggioritaria ha sostenuto che la responsabilità del proprietario dell'area contaminata fosse di tipo oggettivo per gli obblighi citati. Sul punto, v. B. Pozzo, *Responsabilità civile per danni all'ambiente*, in *Dig. disciplin. priv.*, 2013.

⁴⁹ L'onere reale consiste in un peso che è dovuto dal titolare di un fondo e di solito consiste in una prestazione periodica. È, quindi, un onere che grava sulla persona. L'obbligazione *propter rem* riferisce, al contrario, al collegamento che sussiste tra la persona e il bene utilizzato, utile ai fini dell'individuazione del debitore della prestazione. Sia l'onere reale che l'obbligazione *propter rem* devono essere previste dalla legge.

⁵⁰ Art. 250 cod. amb.: "Qualora i soggetti responsabili della contaminazione non provvedono direttamente agli adempimenti disposti dal presente titolo ovvero non siano individuabili e non provvedano né il proprietario del sito né altri soggetti interessati, le procedure e gli interventi di cui all'articolo 242 sono realizzati d'ufficio dal comune territorialmente competente e, ove questo non provveda, dalla regione, secondo l'ordine di priorità fissati dal piano regionale per la bonifica delle aree inquinate, avvalendosi anche di altri soggetti pubblici o privati, individuati ad esito di apposite procedure ad evidenza pubblica. Al fine di anticipare le somme per i predetti interventi le regioni possono istituire appositi fondi nell'ambito delle proprie disponibilità di bilancio".

l'amministrazione pubblica a prendere iniziativa perché altri non vi hanno provveduto⁵¹.

Una parte degli interpreti critica la scelta legislativa sostenendo che, più correttamente, si sarebbe potuto prevedere il sorgere di un credito finalizzato al recupero delle spese sostenute per il miglioramento del fondo, ottenuto attraverso la bonifica, assistito da un onere reale sul fondo⁵².

Posto che dall'onere reale sorge una prestazione periodica e positiva di dare o di fare a carico di un soggetto che è individuato come soggetto obbligato per il solo fatto di essere proprietario di un fondo, alla stregua dell'interpretazione tradizionale dell'istituto in esame, gli interpreti non si spiegano perché l'art. 253 cod. amb. non preveda un obbligo gravante sul proprietario incolpevole di dare o fare⁵³.

A quest'ultimo spetta, per un verso, l'obbligo di attuare le misure di prevenzione, per l'altro, l'obbligo di rimborsare le spese sostenute dalla pubblica amministrazione *"nei limiti del valore di mercato del sito determinato a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi"*.

⁵¹ Art. 253 cod. amb.: *"Gli interventi di cui al presente titolo costituiscono onere reale sui siti contaminati qualora effettuati d'ufficio dall'autorità competente ai sensi dell'articolo 250. L'onere reale viene iscritto a seguito della approvazione del progetto di bonifica e deve essere indicato nel certificato di destinazione urbanistica. Le spese sostenute per gli interventi di cui al comma 1 sono assistite da privilegio speciale immobiliare sulle aree medesime, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2748, secondo comma, del codice civile. Detto privilegio si può esercitare anche in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi sull'immobile. Il privilegio e la ripetizione delle spese possono essere esercitati, nei confronti del proprietario del sito incolpevole dell'inquinamento o del pericolo di inquinamento, solo a seguito di provvedimento motivato dell'autorità competente che giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero che giustifichi l'impossibilità di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità. In ogni caso, il proprietario non responsabile dell'inquinamento può essere tenuto a rimborsare, sulla base di provvedimento motivato e con l'osservanza delle disposizioni di cui alla legge 7 agosto, n. 241, le spese degli interventi adottati dall'autorità competente soltanto nei limiti del valore di mercato del sito determinato a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi. Nel caso in cui il proprietario non responsabile dell'inquinamento abbia spontaneamente provveduto alla bonifica del sito inquinato, ha diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute e per l'eventuale maggior danno subito. Gli interventi di bonifica dei siti inquinati possono essere assistiti, sulla base di apposita disposizione legislativa di finanziamento, da contributi pubblici entro il limite massimo del cinquanta per cento delle relative spese qualora sussistano preminenti interessi pubblici connessi ad esigenze di tutela igienico-sanitaria e ambientale o occupazionali. Ai predetti contributi pubblici non si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 2"*.

⁵² B. Biondi, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Foro padano*, 2013.

⁵³ Invero, la giurisprudenza amministrativa ha tentato in più occasioni di legittimare le ordinanze emanate dalla pubblica amministrazione che imponevano a carico dei proprietari incolpevoli obblighi di esecuzione degli interventi. V. *infra*.

È controverso se la pubblica amministrazione possa rivalersi sull'intero valore del fondo o porzione di fondo oggetto di bonifica, così come calcolato dopo il compimento delle opere di bonifica ovvero se la stessa possa rivalersi sul fondo soltanto nei limiti dell'aumento di valore del fondo a seguito della bonifica⁵⁴. Quest'ultima interpretazione è maggiormente in linea con i principi di diritto civile in materia di arricchimento senza causa⁵⁵.

La figura del proprietario incolpevole viene, altresì, chiamata in causa dall'articolo 245 cod. amb., il quale prevede che il proprietario dell'area contaminata possa sempre attivarsi spontaneamente per eseguire interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale⁵⁶.

Occorre, sul punto, richiamare quanto disposto dal comma quarto dell'articolo 253 cod. amb., a mente del quale *“nel caso in cui il proprietario non responsabile dell'inquinamento abbia spontaneamente provveduto alla bonifica del sito inquinato, ha diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute e per l'eventuale maggior danno subito”*: tramite un intervento spontaneo il proprietario dell'area si libera, quindi, dell'onere reale.

È interessante, infine, studiare la posizione del proprietario incolpevole dal punto di vista della giurisprudenza amministrativa. Il Consiglio di Stato ha espresso nel tempo due orientamenti contrastanti.

⁵⁴ L. Bigliazzi Geri, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, in *Riv. crit. dir. civ.*, 2010.

⁵⁵ La giurisprudenza ripete in *obiter dicta* che la responsabilità è limitata al valore del fondo, senza specificare se si intenda il valore dell'intero fondo. In ogni caso, la scarsità di casi in cui l'amministrazione pubblica ha proceduto di sua iniziativa ad effettuare gli interventi e poi a rivalersi sul proprietario comporta l'assenza di indicazioni giurisprudenziali sul punto e uno studio superficiale della questione.

⁵⁶ Art. 245 cod. amb.: *“Le procedure per gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale disciplinate dal presente titolo possono essere comunque attivate su iniziativa degli interessati non responsabili. Fatti salvi gli obblighi del responsabile della potenziale contaminazione di cui all'articolo 242, il proprietario o il gestore dell'area che rilevi il superamento o il pericolo concreto e attuale del superamento della concentrazione soglia di contaminazione (CSC) deve darne comunicazione alla regione, alla provincia ed al comune territorialmente competenti e attuare le misure di prevenzione secondo la procedura di cui all'articolo 242. La provincia, una volta ricevute le comunicazioni di cui sopra, si attiva, sentito il comune, per l'identificazione del soggetto responsabile al fine di dar corso agli interventi di bonifica. È comunque riconosciuta al proprietario o ad altro soggetto interessato la facoltà di intervenire in qualunque momento volontariamente per la realizzazione degli interventi di bonifica necessari nell'ambito del sito in proprietà o disponibilità. Qualora i soggetti interessati procedano ai sensi dei commi 1 e 2 entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, ovvero abbiano già provveduto in tal senso in precedenza, la decorrenza dell'obbligo di bonifica di siti per eventi anteriori all'entrata in vigore della parte quarta del presente decreto verrà definita dalla regione territorialmente competente in base alla pericolosità del sito, determinata in generale dal piano regionale delle bonifiche o da suoi eventuali stralci, salva in ogni caso la facoltà degli interessati di procedere agli interventi prima del suddetto termine”*.

Il primo pone a carico del proprietario incolpevole di una obbligazione di *facere*, consistente nell'obbligo di bonifica e di attuazione delle misure di messa in sicurezza. La tesi in esame poggia sulla base della teoria della c.d. responsabilità da posizione, para-oggettiva, che fa leva sulla natura giuridica della prestazione di onere reale, ma contrasta apertamente con il dettato legislativo e persegue finalità di giustizia sostanziale⁵⁷.

Il secondo orientamento aderisce di più alla normativa e nega che sul proprietario possano gravare obblighi di attivarsi senza un presupposto legislativo, restando al medesimo la sola facoltà di intervenire, conformemente a quanto già detto in materia di intervento spontaneo del proprietario del fondo⁵⁸. L'idea che è prevalsa è quella di intendere la scelta del legislatore di evocare la figura dell'onere reale nel senso che egli è tenuto a garantire, nei limiti del valore del fondo, il pagamento delle spese sostenute dalla pubblica amministrazione ove alle stesse non abbia provveduto il responsabile dell'inquinamento.

La preoccupazione del Consiglio di Stato riguarda, in altri termini, la possibilità, da evitare seguendo qualsivoglia strada interpretativa, che i costi delle misure di ripristino ricadano sulla collettività. Certo è che questo modo di concludere non si allontana troppo dalla traslazione di un obbligo di sostenere i costi per le misure di ripristino e, quindi, da un addebito di responsabilità a carico del proprietario incolpevole.

Motivo per cui è stato richiesto l'intervento della Corte di Giustizia, con la seguente questione pregiudiziale: *“se i principi dell'Unione Europea in materia ambientale sanciti dall'art. 191, par. 2 e dalla direttiva attuata con l'entra in vigore del codice dell'ambiente, in particolare il principio di chi inquina, paga, il principio di precauzione, il principio dell'azione preventiva, il principio di correzione, in via prioritaria,*

⁵⁷ Secondo questa visione, il proprietario incolpevole è in ultima istanza il soggetto *“sul quale l'ordinamento fa gravare le conseguenze dell'inquinamento e pertanto colui sul quale far ricadere gli obblighi di intervento, e non solo di rimborso delle spese sostenute nei limiti del suo arricchimento: il principio di chi inquina, paga, infatti, pur individuando nel responsabile dell'inquinamento il soggetto responsabile per le obbligazioni ripristinatorie e risarcitorie per l'altro verso, non prevede che, in assenza di individuazione del responsabile ovvero di impossibilità di questi a far fronte alle proprie obbligazioni, il costo degli interventi gravi sulla collettività ma pone tali costi a carico della proprietà”*. In questa ottica, il proprietario del fondo esercita una funzione di protezione e custodia finalizzata ad evitare che l'area medesima possa tramutarsi in discarica naturale. Vedi, sul punto: Parere del Consiglio di Stato n. 2038, 30 aprile 2012.

⁵⁸ L'orientamento esposto in precedenza è stato criticato su base testuale dal momento che è in aperto contrasto non solo con il testo della legge ambientale, ma anche con i principi costituzionali in materia di imposizione di una prestazione personale economica (art. 23 Cost.). Inoltre, a parere dell'orientamento in commento, la disciplina in materia di arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 cod. civ. esclude che il proprietario incolpevole possa essere considerato come il soggetto civilmente responsabile, tenuto a sopportare il costo dell'inquinamento, sgravando così da tale onere il reale responsabile o la pubblica amministrazione. Vedi, sul punto, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 13 novembre 2013, n. 25.

alla fonte dei danni causati all'ambiente, ostino ad una normativa nazionale che non consenta all'autorità amministrativa, quando non è possibile individuare il responsabile del danno ambientale ovvero non è possibile ricevere soddisfazione da quest'ultimo dell'obbligazione risarcitoria, di prevedere lo stesso obbligo a carico del proprietario del fondo non responsabile per evitare che i costi di riparazione del danno ambientale ricadano sulla collettività". L'organo giudiziale europeo si è espresso nel 2015 nel senso che, ove non sia individuabile il diretto responsabile del danno ambientale, la posizione del proprietario del fondo non colpevole deve essere interpretata alla stregua di quella del soggetto che risponde del danno medesimo per dolo o colpa.

Ne consegue che la responsabilità del proprietario è di tipo soggettivo: egli sarà chiamato a sostenere i costi delle misure di ripristino quando, con un comportamento diligente avrebbe potuto evitare la contaminazione ovvero abbia contribuito attivamente alla stessa e sussista un nesso causale tra la sua condotta e l'evento dannoso. Se il nesso causale non può essere provato, conclude la Corte, *"tale situazione rientra nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale"*.

La parte finale della pronuncia ha lasciato perplessi gli operatori del diritto interno, i quali si sono chiesti se il proprietario del fondo incolpevole potesse essere chiamato a rispondere ai sensi dell'articolo 844 cod. civ. in materia di immissioni, stante la funzione della disposizione citata di sussidiarietà in tempi addietro rispetto alla disciplina ambientale.

Il problema in questo caso è rappresentato dal fatto che la funzione dell'articolo sulle immissioni è quella di regolare il conflitto fra usi diversi dei fondi vicini. Nel caso di specie il proprietario dell'area non esercita alcuna attività sul suo fondo. Ci si è chiesti, allora, se al proprietario fondiario potesse ascrivere una responsabilità per non aver impedito le immissioni quando l'attività economica era in essere, stante il potere in capo al proprietario di ammonire il detentore a ravvedersi, e che continuano a sussistere una volta cessata l'attività economica.

La responsabilità che ne deriva ha i tratti di una responsabilità da posizione. Se l'inquinamento perdura, e il danno persiste, è il proprietario del fondo che deve occuparsi di farlo cessare o di ripararlo⁵⁹.

Tutte le considerazioni sopra esposte si muovono verso l'individuazione di una concorrente responsabilità civile dei costi di ripristino e della messa in sicurezza dei siti contaminati gravante sul proprietario in via solidale (ed eventuale) con l'autore dell'inquinamento della cui identificazione è onerato il soggetto pubblico, nei cui confronti sorge il diritto di rivalsa da parte del proprietario incolpevole.

Si tratta di un contesto, che è solo apparentemente sottratto al principio *"chi inquina paga"*⁶⁰, posto che la disciplina è strettamente connessa al dato reale

⁵⁹ A. Gambaro, U. Morello, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2008.

⁶⁰ P. Rossi, *Ritorno al diritto*, Roma, 2015.

del sito inquinato e si configura in definitiva come un corollario accessorio all'esercizio del diritto di sfruttamento del bene oggetto di contaminazione.

Dalle considerazioni ora svolte deriva un uso improprio del termine "concorso", mediante il quale, in special modo per quanto concerne la materia penale, si suole fare riferimento ad una fattispecie lesiva, anche sul piano civile, che trova nella presenza di due soggetti attivi una componente imprescindibile (ad es. la fattispecie astratta di corruzione ex art. 318 cod. pen. c.d. "a concorso necessario" ovvero quella di cui all'articolo 2055 cod. civ. in tema di sinistro stradale).

In questo caso la legge chiama in causa la figura del proprietario non colpevole del sito inquinato solo in via eventuale ma sempre e comunque in via alternativa e distinta rispetto a quella della figura dell'operatore economico ovvero, più in generale, del soggetto che ha posto in essere l'attività lesiva, anche se configura un'obbligazione solidale con l'autore dell'inquinamento almeno per quanto riguarda i costi conseguenti alle misure di prevenzione.

Per ultimo, meritano di essere menzionate le modifiche apportate al D. Lgs. 152/2006, dall'art. 5 bis, comma 1, lett. b) del D.L. 135/2009 nell'ipotesi in cui l'evento dannoso sia stato il frutto dell'azione concorrente di più soggetti. L'art. 311, III comma cod. ambiente prevede a tal proposito che *"nei casi di concorso nello stesso evento di danno ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale. Il relativo debito si trasmette secondo le leggi vigenti, agli eredi, nei limiti del loro arricchimento"*.

La norma, formulata secondo il noto principio "chi inquina paga" tende ad evitare che vengano riconosciute responsabilità per fatti altrui, ragione per cui opera soltanto in presenza di plurime condotte indipendenti fra di loro e non anche nelle ipotesi di "azioni od omissioni concorrenti in senso stretto alla concretizzazione di un'unitaria condotta di danneggiamento dell'ambiente, che restino tra loro avvinte quali indispensabili antefatti causali di questa".

In tali ultimi casi non vi è alcuna limitazione alla regola generale di cui all'art. 2055 cc. che configura la responsabilità di ciascun coautore della condotta per l'evento dannoso considerato nella sua interezza⁶¹.

Tale sistema di responsabilità personale è considerato fonte di difficoltà ai fini della determinazione delle responsabilità, nel caso di azioni dannose cumulatesi nel tempo, con particolare riguardo al problema relativo all'ammontare del danno da risarcire che sembra debba essere determinato anche sulla base dell'effettiva esistenza di dolo o colpa in capo ai diversi compartecipi di un unico evento lesivo, e, dunque, non soltanto in base alla semplice identificazione dell'apporto causale.

Si osserva, d'altra parte, che la regola della solidarietà contrasta con le finalità deterrenti della responsabilità civile in campo ambientale. In questo ambito, infatti, l'inquinamento causato da un'impresa non può considerarsi

⁶¹ Cfr. Cass. Sez. III, 6 maggio 2015, n. 9012.

collegato a quello prodotto da un'altra e, applicando il regime solidale, si rischia di colpire il soggetto che ha maggiore capienza finanziaria, indipendentemente dall'entità del danno da esso causato.

SEZIONE III. ILLECITO AMBIENTALE E OPERAZIONI STRAORDINARIE SOCIETARIE

10. Premessa

Tutte le considerazioni fin qui esposte costituiscono la premessa utile per affrontare le questioni dibattute dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del 22 ottobre 2019, la quale affronta il tema dell'imputazione soggettiva del danno ambientale nell'ipotesi in cui la società autrice dell'illecito sia stata incorporata in altra società in epoca successiva alla perseguibilità dell'illecito.

Il tema affrontato dall'Adunanza Plenaria presenta caratteristiche affatto peculiari se si considera che l'illecito ambientale che ha dato vita al contenzioso si è trascinato dal punto di vista fattuale per moltissimi anni, ben prima dell'entrata in vigore delle norme relative alle misure riparatorie e, dunque, in una situazione di possibile impunità per la stessa società incorporata.

Particolarmente complesso appare dunque l'antefatto che ha dato vita all'ordine di bonifica, oltre che naturalmente il rapporto fra l'illecito ambientale e la bonifica stessa. Inoltre, le questioni più specificatamente civilistiche attinenti alla successione temporale dei soggetti cui l'illecito è stato addebitato riguardano, da un lato, la persistenza del soggettività giuridica dell'incorporante rispetto all'incorporata e, dall'altro, la questione attinente all'intervenuta cessione del ramo d'azienda dalla società incorporata ad altra società terza che si è trovava, in qualità di cessionaria, in rapporto di stretta correlazione con il sito oggetto di contaminazione.

Anche nella fattispecie in esame chi scrive ritiene incongruo discutere del concorso di persone nell'illecito ambientale dovendosi prescindere, in questo caso, dall'indagine attinente alla proprietà dell'area contaminata oltre che dell'autrice materiale dell'inquinamento cui, come già detto, è succeduta la società incorporante per mezzo di una operazione societaria straordinaria (*i.e.*, fusione per incorporazione).

Pertanto, si ha la costituzione dell'obbligo di intervenire a tutela dell'ambiente con misure risarcitorie in capo a un soggetto terzo e distinto rispetto a quelli coinvolti nella fattispecie dannosa al momento della verifica dell'evento.

Dovrà tenersi conto, altresì, del fatto che la fusione per incorporazione è avvenuta nel regime anteriore alla modifica del diritto societario (di cui al D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) e che l'inquinamento ambientale è stato causato prima dell'entrata in vigore del "Decreto Ronchi", che ha introdotto l'istituto della

bonifica (art. 17 D. Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, poi sostituito dal codice dell'ambiente).

11. Il caso posto all'attenzione del Consiglio di Stato

La vicenda trae origine da un'ipotesi di inquinamento di un sito industriale attivo fin dai primi anni del secolo scorso. Sul sito si sono avvicendati diversi operatori economici.

In estrema sintesi, nel corso del 1999 viene riscontrata la contaminazione di alcuni pozzi situati a valle del sito. Più specificamente, una determina provinciale individua quale responsabile una società che nel 1991 aveva incorporato una seconda società proprietaria del sito, la quale a sua volta aveva incorporato anni addietro una terza società operante sulla medesima porzione di terra.

La prima società contesta la determina sulla base di plurime argomentazioni, ed in particolare afferma che non è corretto attribuirle la responsabilità ed ordinarle la bonifica del sito dal momento che nessun obbligo di bonifica faceva parte del patrimonio delle altre società incorporate.

12. La questione inerente l'addebitabilità retroattiva dell'illecito ambientale e il suo rapporto con l'istituto della bonifica

Giova alla trattazione muovere dalla problematica inerente la possibile retroattività dell'addebito di illecito ambientale nel caso in cui il danno che sia da esso derivato si sia prodotto e trascinato per lungo tempo intrecciandosi con vicende modificative inerenti il soggetto societario.

Come è noto, l'illecito ambientale, nella sua valenza squisitamente civilistica, si colloca nel solco dell'istituto della responsabilità civile extracontrattuale c.d. aperta ai valori costituzionali, nel senso che è considerato illecito civile ogni fatto ingiusto lesivo di beni giuridicamente tutelati, ivi compresi quelli per i quali il bisogno di protezione matura sulla base delle spinte emergenti dall'esperienza.

È recente, inoltre, la riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente con la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, recante "modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente", pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022.

Si inserisce così nella carta costituzionale un espresso riferimento alla tutela dell'ambiente (e degli animali), facendo assurgere a principi fondamentali la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni.

L'iniziativa economica in questo senso non può svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente.

La clausola generale del danno ingiusto ex art. 2043 cod. civ. permette la tutela di questi nuovi beni, sempre che gli stessi si ricolleghino a valori esplicitamente garantiti dalla Costituzione⁶².

Nello specifico, l'illecito ambientale è un illecito civile di carattere istantaneo ad effetti permanenti, che persiste fino a quando persiste l'inquinamento e cioè fino a quando l'autore del danno, o il soggetto demandato all'uopo dalla legge, non si attiva per eliminare gli effetti dannosi dell'evento.

L'istituto in esame si differenzia da quello dell'illecito civile permanente, in presenza del quale si assiste ad una attività lesiva del danneggiante che continua nel tempo. Anche in questo caso il danno ha carattere permanente.

Le due figure si distinguono sul piano della prescrizione dell'azione di risarcimento del danno. In ambedue i casi, infatti, l'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno conseguente a un illecito civile decorre da quando è cessata l'azione lesiva.

Nel caso dell'illecito civile istantaneo ad effetti permanenti, la prescrizione comincerà a decorrere dal giorno in cui si è cessata l'azione dannosa.

Nel secondo caso, essa decorrerà dal giorno dell'ultima condotta lesiva ascrivibile a quello schema di continuazione in cui può essere riassunta l'attività illecita. Il danno risarcibile per l'illecito ambientale è patrimoniale, svincolato da una concezione aritmetico-contabile, e si concretizza nella rilevanza economica e sociale che la distruzione o il deterioramento dell'ambiente riflette sulla collettività in termini di oneri economici, anche se l'ambiente non è un bene "appropriabile" e ad esso non può attribuirsi un prezzo.

Ne deriva che, ai fini dell'addebitabilità dell'illecito non può assolutamente prescindersi da una disamina specifica e ragionata del tempo di inquinamento e dell'apporto causale che ciascun soggetto abbia in concreto posto in essere. Giova ricordare a questo proposito quanto già evidenziato a proposito del concorso nell'attività di inquinamento e di quanto disposto in proposito dall'art. 311 del cod. ambiente che prevede al III comma l'ipotesi del concorso nella commissione dell'illecito disponendo, in merito, che "ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale".

La norma sembrerebbe a prima vista escludere la possibilità di un addebito retroattivo all'illecito ambientale in tutte le ipotesi in cui esso sia stato il frutto di più attività inquinanti stratificatesi nel tempo e riferibili a soggetti diversi.

In realtà un'attenta lettura degli orientamenti giurisprudenziali succedutesi nel tempo sia in ambito civilistico che amministrativo permette di confinare l'applicazione di detta norma alle sole ipotesi in cui gli autori dell'illecito ambientale abbiano agito in via del tutto indipendente fra di loro.

⁶² Si ricordi che sulla base della stessa qualificazione dell'articolo 2043 cod. civ. di norma secondaria o sanzionatoria è stata affermata la risarcibilità per equivalente dell'interesse legittimo, con la sentenza delle Sezioni unite civili della Cassazione del 22 luglio 1999, n. 500.

Al contrario, ove l'inquinamento si sia prodotto in conseguenza di un'azione unitaria riferibile anche a più soggetti distinti fra di loro e secondo tempistiche diverse che si siano stratificate fra di loro, l'esigenza di tutela immediata ed effettiva del danneggiato induce a ravvisare nell'illecito ambientale connotati di unitarietà perché frutto di un'unica condotta di danneggiamento in relazione al quale tutte le condotte prese in esame restano "avvinte quali indispensabili antefatti causali"⁶³.

⁶³ Cfr. Cass., Sez. III 6 maggio 2015, n. 9012 che ha osservato testualmente quanto segue: "È ben vero che nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale. Tuttavia, la conseguente esclusione dell'operatività dell'art. 2055 cod. civ. deve avvenire con cautela, quello integrando un principio generale in tema di responsabilità extracontrattuale e rispondendo ad esigenze di tutela immediata ed effettiva del danneggiato. È indubbio che tale esclusione di operatività mira ad evitare il rischio di una sorta di responsabilità oggettiva o per fatto altrui ed in particolare quello di ascrivere ad ogni compartecipe anche per un modesto segmento di una delle condotte sfociate in un danno ambientale complessivo la responsabilità per l'ingentissimo danno che ne è derivato, anche quanto alle specifiche conseguenze non prevedibili o perfino non controllabili perché da ascrivere alla condotta indipendente di altri: si pensi al caso di danneggiamenti ambientali di contesti complessi, determinati da condotte tra loro del tutto indipendenti (come, ad esempio, l'inquinamento di un corso d'acqua da parte di diversi imprenditori trasgressori), nei quali è parso opportuno che il risultato complessivo finale non fosse ripagato per intero secondo la casualità del soggetto economicamente solvibile. Se questa è la ratio della norma di limitazione della responsabilità, essa non può operare pure nei casi di condotta unitaria, risultante dalla combinazione, quale indispensabili antefatti causali tra loro avvinati da inscindibili e reciproci nessi di consequenzialità, delle azioni colpose o dolose concorrenti di più persone: alle quali ultime sia quella complessiva condotta che quell'unitario danno allora andranno altrettanto unitariamente ascritti, in persistente applicazione, o, se si vuole, in non limitata applicazione o non estesa esclusione, della regola generale. E la limitazione di responsabilità in esame va allora circoscritta ai casi in cui le condotte causative dell'unitario evento di danno siano differenti e tra loro indipendenti; a contrario, ove l'unitario evento di danno sia causato non da una pluralità di condotte autonome od indipendenti, ma da una altrettanto unitaria condotta colposa o dolosa, però indissolubilmente ascrivibile a più soggetti tra loro indifferenziatamente e quindi a condotte concorrenti in senso stretto, può riprendere applicazione, o non soffrire la limitazione speciale suddetta, la regola generale dell'art. 2055 cod. civ., che pone appunto in via generalissima i criteri di imputazione degli effetti di una condotta complessiva ed inscindibile nelle componenti delle azioni od omissioni di più soggetti. E tanto avviene nella specie, in cui l'attività estrattiva illegittima, protratta nel tempo, è da ascrivere appunto alla società, quale centro di imputazione della volontà di procedere a quelle attività, a chi, quale legale rappresentante, in essa ne ha determinato e concretato le scelte e a chi, ponendo in essere i lavori, ha materialmente reso possibile gli episodi di depredazione della sponda del Po in cui l'illiceità dell'attività estrattiva si è concretata. Infatti, con apprezzamento di fatto immune da vizi logici e giuridici la corte territoriale ha accertato che, nella causazione dell'unico evento di danno, consistente nel danno ambientale da attività estrattiva eccedente i limiti dell'autorizzazione in loco. La Gorra del Comune di Carignano, il concorso causale di ciascuno, società, suo legale rappresentante e direttore dei lavori in cui materialmente si sono estrinsecate le attività di estrazione, è stato di per sé idoneo a cagionare per l'intero il danno, avendo

Quanto ai rapporti fra un illecito ambientale del tipo appena considerato e l'ordine di bonifica, deve essere considerato che quest'ultima si pone come la conseguenza dell'accertamento dell'illecito e non come il suo *prius* che, come si è visto, risiede nell'accertamento da parte del soggetto pubblico di attività inquinanti correlate fra di loro convergenti verso la realizzazione di un danno ambientale che presenti caratteristiche di persistente attualità.

Del resto, il rimedio della bonifica è stato introdotto con il già richiamato Decreto Ronchi, poi abrogato dal codice dell'ambiente, a sopperire situazioni (anche solo) di pericolo concreto e attuale di superamento dei livelli di concentrazione di sostanze inquinanti fissate dalla legge.

Il legislatore, pertanto, non ha introdotto una nuova fattispecie di responsabilità aquiliana, bensì ha rafforzato la tutela di un bene giuridico con uno strumento che si aggiunge a quelli ordinari dell'equivalente monetario dei danni prodotti, anche e soprattutto sotto il profilo preventivo e ripristinatorio dello *status quo ante*.

D'altronde, la tutela preventiva e ripristinatoria sembra la più adatta per impedire che danni all'ambiente, e quindi alla collettività, si producano e nella bonifica la funzione di reintegrazione del bene giuridico leso dall'illecito riecheggia il rimedio della reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 cod. civ. (alternativa, come anticipato, a quella per equivalente).

Sul punto, non si ravvede alcuna lesione del principio di irretroattività della norma⁶⁴.

tutti i soggetti operato per l'intero periodo in cui l'attività, pur se riferibile in ultima analisi alla società di cui il Peyla era legale rappresentante ed il Novaresio direttore dei lavori, è stata posta in essere in dipendenza delle attività gestionali o materiali dell'uno e dell'altro. È stata fatta, quindi, corretta applicazione del seguente principio di diritto: in materia di responsabilità per danno ambientale, la regola per la quale nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale, mirando ad evitare la responsabilità anche per fatti altrui, opera nei casi di plurime condotte indipendenti e non anche in caso di azioni od omissioni concorrenti in senso stretto alla concretizzazione di una unitaria condotta di danneggiamento dell'ambiente, quando siano tutte tra loro avvinte quali indispensabili antefatti causali di questa: con la conseguenza che, in tale ultima ipotesi, non soffre imitazione la regola generale dell'art. 2055 cod. civ. in tema di responsabilità di ciascun coautore della condotta per l'intero danno causato".

⁶⁴ In merito alla retroattività della disciplina del danno ambientale e al "trascinamento" di quella sulla bonifica nell'area del punibile civilmente, si sono succeduti molteplici orientamenti giurisprudenziali. Come anticipato, sin dalle prime sentenze della Cassazione civile della seconda metà degli anni 90 non solo si è affermata una continuità tra le disposizioni del codice civile e l'art. 18 del Decreto Ronchi, ora abrogato, rendendo quest'ultimo applicabile (secondo alcuni) retroattivamente a fatti illeciti di danno ambientale anteriforma. Si è pure ritenuto possibile integrare lo specifico regime dell'art. 18 con quello della responsabilità civile per attività pericolose, escludendo la necessità di provare l'elemento della colpa a carico del responsabile dell'evento di danno, in presenza del nesso causale tra condotta ed attività pericolosa, con inversione dell'onere della prova.

Infatti, la tecnica di analisi dei rapporti tra norme di diritto penale o di diritto amministrativo, per il carattere afflittivo delle sanzioni che comportano, è caratterizzata dalla predominanza del principio di legalità, che comporta un'interpretazione letterale e restrittiva dei suoi principi corollari, quali il principio di irretroattività della norma penale, se non in *bonam partem*.

La stessa tecnica non è riproducibile nel caso dell'illecito civile, in cui la reazione dell'ordinamento giuridico per il danno procurato è dominata dall'esigenza di assicurare la reintegrazione del bene giuridico leso.

Pertanto, con l'introduzione della bonifica, non si è estesa l'area di illiceità rispetto a condotte in precedenza considerate conformi a diritto, ma si sono solo ampliati i rimedi, che si pongono, dunque, in una relazione di concorrenza con quelli già esistenti e che sono applicabili finché il danno perdura e non è stato riparato ovvero non sia intervenuta sentenza di condanna sul punto.

Il limite è rappresentato, in casi siffatti, dal principio del *ne bis in idem* sostanziale in sede di condanna. L'autore dell'inquinamento, in altri termini, rimane soggetto agli obblighi conseguenti alla sua condotta illecita, e alla successione nel tempo di leggi civili che individuano misure ripristinatorie del danno concorrenti con quelle già presenti nell'ordinamento, per tutto il tempo in cui non sia intervenuta una sentenza di condanna a suo carico contenente l'ordine di adottare determinate misure volte ad eliminare gli effetti pregiudizievoli della sua condotta.

Nel caso in esame, quindi, si ravvisa solo l'applicazione di istituti a protezione dell'ambiente previsti dalla legge al momento in cui si accerta una situazione di pregiudizio in atto⁶⁵.

13. La trasmissibilità degli obblighi di bonifica per effetto della fusione per incorporazione

Analogamente, si è ravvisata la responsabilità penale per omessa bonifica, ai sensi dell'art. 51-bis del Decreto Ronchi per fatti di contaminazione, consumati in data anteriore all'entrata in vigore del decreto medesimo, ravvisando nel "chiunque cagiona l'inquinamento" il presupposto materiale del reato. In forza del principio comunitario "chi inquina, paga", inoltre, come d'altro canto si è detto nei paragrafi che precedono, non sono mancate sentenze del giudice amministrativo, che hanno inquadrato l'obbligo di bonifica a carico del proprietario dell'area inquinata (ove erano stati abbandonati rifiuti da parte di terzi) nell'ambito della responsabilità del custode (ex art. 2051 cod. civ.), perciò a prescindere dal concorso causale e dall'imputazione soggettiva, prevista dal codice dell'ambiente. Tale premessa verrà ripresa *infra* in tema di possibilità di estensione dell'obbligo risarcitorio ad un soggetto che ha incorporato l'autore materiale del danno.

⁶⁵ Per approfondimenti vedi: AA. VV., *Bonifica dei siti inquinati*, Milano, 2001, a cura di F. Giampietro; V. Paone, *Il reato di omessa bonifica secondo i recenti orientamenti della Cassazione*, in *Ambiente e sviluppo*, 2008; F. Giampietro, *Ordine di bonifica in via provvisoria a carico del proprietario incolpevole*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011.

Rimane da esaminare se gli obblighi ora enunciati possano essere posti a carico di un soggetto non qualificabile come responsabile dell'inquinamento, per non essere mai stato proprietario, né tanto meno avere mai gestito l'impianto industriale da cui è scaturito l'inquinamento, nel caso di specie fatto addirittura oggetto di trasferimento a terzi mediante cessione di un ramo di azienda prima della fusione per incorporazione, e che pertanto mai abbia potuto provvedere a rimuovere gli effetti di condotte illecite altrui sull'ambiente circostante.

Occorre delineare i tratti fondamentali della fusione per incorporazione e, in particolare, verificare se la stessa determini una "cesura nel fenomeno successorio proprio del carattere permanente dell'illecito ambientale"⁶⁶, non dimenticandosi che l'operazione straordinaria societaria è stata posta in essere in un regime antecedente a quello della riforma del 2003.

Nel previgente regime, l'articolo 2504-bis cod. civ. prevedeva che "la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte". Serve chiedersi se la norma richiamata, che include espressamente nella vicenda traslativa in questione "gli obblighi delle società estinte", si riferisca anche alle società incorporate.

Posto che analoga formulazione reca la medesima disposizione dopo la riforma del diritto societario, con la sola differenza che in luogo delle società estinte si parla di società partecipanti alla fusione e del fatto che tutti i rapporti giuridici di queste ultime, anche quelle processuali, proseguono con l'incorporante, la giurisprudenza ha dato risposta positiva al quesito.

C'è di più. I giudici in passato si sono espressi nel senso che negli obblighi dell'incorporata di cui l'incorporante diviene l'unico titolare a seguito di fusione rientrano anche quelli derivanti da responsabilità civile⁶⁷.

Per responsabilità civile, a parere della Corte di Cassazione, deve intendersi l'insieme delle conseguenze cui un soggetto deve sottostare per legge a seguito di un fatto illecito da lui commesso, che nel caso di specie si sostanziano sugli obblighi risarcitori derivanti dall'azione lesiva, e quindi in quelli di riparare il danno ex art. 2058 cod. civ. (in forma specifica o per equivalente).

La successione dell'incorporante negli obblighi dell'incorporata è espressione del principio *cuius commoda eius et incommoda*, cui è informata la disciplina delle operazioni societarie straordinarie, tra cui la fusione, anche prima della riforma del diritto societario, per cui alla successione di soggetti sul piano giuridico-formale si contrappone nondimeno sul piano economico-sostanziale una

⁶⁶ V. sentenza del Consiglio di Stato in commento, paragrafo 11.

⁶⁷ Cfr. Cass., sezione III, 11 novembre 2015, n. 22998, in un caso di responsabilità di cose da custodia ex art. 2051 cod. civ.

continuazione dell'originaria impresa e della sottostante organizzazione aziendale⁶⁸.

Nel sancire la natura evolutivo-modificativa della fusione la riforma del diritto societario ha pertanto inteso superare quella artificiosa concezione antropomorfista accolta nel codice civile e radicata presso la giurisprudenza dell'epoca antecedente alla riforma, tendente a dare rilievo preminente al dato formale della personalità giuridica riconosciuta alle società di capitali, che secondo la migliore dottrina commercialistica ha invece carattere strumentale rispetto al regime giuridico di separazione dei patrimoni e delle responsabilità della società rispetto ai soci.

L'innovazione della riforma rispetto al descritto assetto si coglie nel riferimento testuale del nuovo art. 2504-*bis* cod. civ., e nello specifico nel fatto che, oltre ad assumere i diritti e gli obblighi delle incorporate la società incorporante prosegue in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione⁶⁹.

L'effetto tipico della successione negli obblighi della società incorporata appena descritto non è impedito dal fatto che l'accertamento dell'illecito ambientale possa eventualmente essere successivo all'operazione straordinaria di fusione.

È quanto accaduto nel caso di specie, ma modificando la realtà giuridica inerente all'individuazione del responsabile del danno, l'accertamento dello stesso deve risalire in ogni caso, per sua natura, all'epoca della sua commissione e, quindi, riferirsi alla società incorporata che per effetto della fusione trasmette gli obblighi risarcitori a quella incorporante.

Né osta a detta successione negli obblighi risarcitori il fatto che lo stabilimento industriale da cui è venuto l'inquinamento oggetto dell'ordine di bonifica non sia mai stato acquistato dalla società terza incorporante. Questo perché anche nel caso di cessione di azienda il cedente dei debiti non libera lo stesso dai contratti precedentemente stipulati, dovendosi intendere tra questi anche quello derivante dalla commissione di un illecito⁷⁰. In caso contrario, si

⁶⁸ Nella critica alla concezione tradizionale si era in particolare evidenziato che pur in presenza di una vicenda intrinsecamente contraddistinta da una prospettiva di continuità dell'impresa si faceva nondimeno ricorso all'istituto delle successioni mortis causa per trarre le regole giuridiche applicabili al caso di specie, tra cui in particolare: sul piano sostanziale, il principio per cui ogni atto deve essere indirizzato al nuovo ente, unico centro di imputazione giuridica per i debiti dei soggetti definitivamente estinti per effetto della fusione.

⁶⁹ Lo stesso fondamento logico ricavabile è poi alla base dell'analogia disciplina prevista nella fattispecie della cessione di azienda con la sola particolarità che in questo caso la successione dell'acquirente nei debiti inerenti all'azienda è limitata a quelli risultanti dai libri contabili obbligatori.

⁷⁰ È possibile, tra l'altro, per il soggetto interessato all'acquisto di un complesso aziendale venire a conoscenza del fenomeno da parte del cedente, autore dei fatti e di concordare sul

consentirebbe una facile elusione degli obblighi maturati nel corso della gestione di una società.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, afferma, dunque, il principio di diritto secondo cui *“la bonifica del sito inquinato può essere ordinata anche a carico di una società non responsabile dell’inquinamento, ma che sia ad essa subentrata per effetto di fusione per incorporazione, nel regime previgente alla riforma del diritto societario, e per condotte antecedenti a quando la bonifica è stata introdotta nell’ordinamento giuridico, i cui effetti dannosi permangano al momento dell’adozione del provvedimento”*.

Il principio di diritto sopra espresso costituisce ormai un cardine della giurisprudenza amministrativa e si pone, come si è visto, in linea con quella civilistica non discostandosene sostanzialmente.

Val però la pena esaminare l’evoluzione della giurisprudenza amministrativa successiva in tema responsabilità della controllante per l’inquinamento del sito cagionato dalla controllata, la quale prescinde, invece, dagli istituti di diritto societario in senso stretto e si riallaccia a quelli della giurisprudenza comunitaria in ossequio al principio di cui all’art. 1 del Codice del processo amministrativo che impone alla giurisdizione amministrativa di assicurare una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione del diritto europeo⁷¹.

Con detta sentenza il Consiglio di Stato si è occupato di condotte di inquinamento riferibili al periodo ante 1981 e post 1981 e, quindi, anche in questo caso di condotte già verificatesi in epoca anteriore al Decreto Ronchi. La decisione citata ribadisce innanzitutto il principio già avanzato dall’Adunanza Plenaria circa l’applicabilità degli ordini di bonifica ex art. 242 ss. cod. amb. anche a contaminazioni storiche anteriori al Decreto Ronchi; afferma poi che l’individuazione della responsabilità per l’inquinamento di un sito si basa sul criterio causale del “più probabile che non”, sicché è sufficiente perché il responsabile si intenda legittimamente accertato che il nesso eziologico ipotizzato dall’Amministrazione sia più probabile della sua negazione. Inoltre, afferma che *“l’articolo 242, comma 1, del codice dell’ambiente, nel fare riferimento specifico anche alle ‘contaminazioni storiche’, ha inteso affermare il principio per cui la condotta inquinante, anche se risalente nel tempo e verificatesi, meglio conclusasi, in momenti storici passati,*

piano negoziale strumenti in grado di riversare su quest’ultimo le relative conseguenze sul piano economico (ad esempio: attraverso garanzie per sopravvenienze passive), o altrimenti avvalersi dei rimedi civilistici per la responsabilità del medesimo cedente per omessa informazione.

⁷¹ Cfr. Con. St., 31 marzo 2011, n. 1983, secondo cui: *le disposizioni di diritto interno volte ad assicurare pienezza ed effettività di tutela processuale al diritto comunitario sostanziale, devono soddisfare due requisiti: a) garantire che le modalità di tutela non siano meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi ricorsi di diritto interno (principio di equivalenza); b) garantire che gli strumenti processuali non siano tali da rendere in pratica impossibile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).*

non esclude il sorgere di obblighi di bonifica in capo a colui che ha inquinato il sito, ove il pericolo di aggravamento della situazione sia ancora attuale". Quanto all'individuazione del responsabile della contaminazione, il Consiglio di Stato afferma, andando evidentemente oltre rispetto alla stessa decisione dell'Adunanza plenaria finora in commento, che, nel caso in questione, per il periodo post 1981 la responsabilità è comunque ascrivibile alla capogruppo pur in presenza di una gestione del sito da parte di una diversa società legata alla prima da semplici rapporti di controllo.

Nella sentenza in argomento si valorizza perciò un diverso concetto societario, vale a dire quello inerente la direzione della politica ambientale, considerata quale settore strategico, in linea con una concezione sostanzialistica dell'impresa⁷².

Quest'ultima, intanto, diviene rilevante ai fini della configurazione dell'illecito ambientale in quanto evidenzia il principio della prevalenza dell'unità economica del gruppo, dando rilievo alla sostanziale unità; la responsabilità ricade, dunque, sulla *holding* quando vi sia una presunzione di influenza dominante sulle decisioni della controllata.

Il che si verifica tutte le volte in cui, come è noto, vi è da parte della capogruppo la detenzione di quote di partecipazione in misura tale da evidenziare un rapporto di dipendenza fra la controllante e la controllata di evidenza tale da escludere una sostanziale autonomia decisionale della controllata stessa. Ancora una volta è il principio "chi inquina paga", la direttrice fondamentale della responsabilità civile per inquinamento.

Dalla sua specifica e puntuale applicazione deriva la necessità di non limitarsi all'autore materiale, ma di estendere la responsabilità a chi controlla la fonte di inquinamento o rende possibile una certa condotta o che tragga, in ultima istanza, beneficio dei relativi vantaggi economici.

Quanto emerge dalle considerazioni appena svolte è che le riorganizzazioni societarie infragruppo non sono mai opponibili all'amministrazione ove abbiano lo scopo di rendere più difficile la tutela di interessi pubblici, come quelli di cui trattasi. L'attività delle società controllate deve essere vista in una logica di gruppo, come avviene già in alcune legislazioni

⁷² Cfr. sentenza del TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 30 aprile 2014, n. 204, resa addirittura nell'ambito della stessa fattispecie di cui oggi si discute, secondo cui: *"il Collegio ritiene che ai fini della loro corretta applicazione e quindi dell'accertamento di illeciti ambientali commessi da gruppi societari debba essere accolta la concezione sostanzialistica di impresa fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria (giurisprudenza maturata soprattutto in tema di concorrenza), e quindi applicato il principio della prevalenza dell'unità economica del gruppo rispetto alla pluralità soggettiva delle imprese controllate, secondo cui per illeciti commessi dalle società operative la responsabilità si estende anche alle società madri, che ne detengono le quote di partecipazione in misura tale, come nel caso di specie, da evidenziare un rapporto di dipendenza e quindi escludere una sostanziale autonomia decisionale delle controllate stesse"*.

europee che nel momento in cui si sono trovate a recepire la Direttiva 2004/35 hanno predisposto nella legislazione nazionale una apposita norma sul punto.

A titolo esemplificativo, si citi la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental con cui si recepisce la direttiva 2004/35 in Spagna, il cui art. 10 prevede proprio la responsabilità della capogruppo per il danno ambientale causato da una società “figlia”.

Queste società sono “vettrici” delle decisioni imprenditoriali del gruppo, e quindi operano sostanzialmente come organi del gruppo.

La cancellazione o la trasformazione della società controllata che in concreto gestiva l’attività all’origine dell’inquinamento non libera il gruppo, e specificamente la capogruppo, anche qualora l’attività imprenditoriale inquinante sia stata nel frattempo dismessa con successiva liquidazione della società controllata.

14. Conclusioni

A conclusione di questo studio appare utile esaminare più nello specifico la complessità del rapporto esistente tra la tutela dell’ambiente garantita innanzi al giudice civile e la tutela assicurata dall’azione dell’amministrazione competente e dal giudice amministrativo dal momento che essa si muove, come si è visto, su molteplici piani normativi.

Una maggiore precisazione dei confini esistenti le misure pubbliche e private si è avuta senza dubbio in seguito all’approvazione della legge che ha inserito nel codice dell’ambiente l’articolo 306-*bis* sulla c.d. transazione ambientale, oltre che, infine, del decreto legislativo che, recependo e migliorando alcune indicazioni già contenute nel c.d. collegato ambientale, ha improntato l’azione dell’amministrazione in un settore particolarmente delicato quale è quello degli appalti pubblici, al rispetto dei principi della tutela ambientale e della sostenibilità dello sviluppo.

In tema di tutela civilistica vanno evidenziati molteplici aspetti innovativi che avvicinano la tutela privatistica dell’ambiente a quella più propriamente pubblicistica. La giurisprudenza civile ha innanzitutto cominciato ad accettare una nozione di illecito ambientale di carattere atipico collegato all’esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c., sancendo la subalternità del risarcimento per equivalente patrimoniale rispetto a quello in forma specifica.

Ancora, in tema di legittimazione all’azione risarcitoria è ormai indiscusso il principio della titolarità in capo al Ministero dell’Ambiente di tutte le azioni ripristinatorie e risarcitorie previste dal codice dell’ambiente e della conseguente giurisprudenza del g.a. in via esclusiva.

Sul fronte della tutela amministrativa va ricordato che una delle principali novità dell’ultimo decennio è stata quella di aver disciplinato la possibilità che il Ministro, in alternativa all’azione risarcitoria davanti al giudice civile previa apposita istruttoria procedimentale, adotti un’ordinanza.

Se il responsabile del fatto che ha provocato danno ambientale non provvede in tutto o in parte al ripristino nel termine ingiunto, o all'adozione delle misure di riparazione, il Ministro determina i costi delle attività necessarie a conseguire la completa attuazione delle misure anzidette e, al fine di procedere alla realizzazione delle stesse, con ordinanza, ingiunge il pagamento entro il termine di sessanta giorni dalla notifica delle somme corrispondenti.

L'ordinanza è emessa nei confronti del responsabile del fatto dannoso nonché, in solido, del soggetto nel cui effettivo interesse il comportamento fonte del danno è stato tenuto o che ne abbia obiettivamente tratto vantaggio sottraendosi, secondo l'accertamento istruttorio intervenuto, all'onere economico necessario per apprestare, in via preventiva, le opere, le attrezzature, le cautele e tenere i comportamenti previsti come obbligatori dalle norme applicabili.

È poi specificato e ribadito che la quantificazione del danno deve comprendere il pregiudizio arrecato alla situazione ambientale con particolare riferimento al costo necessario per il suo ripristino.

Diversi sono gli aspetti che meritano di essere esaminati.

In primo luogo, come rilevato in dottrina, la legge prevede una competenza precisa del Ministro, così derogando al normale riparto tra le competenze degli organi politici e quelle dei dirigenti, che mal si concilia con il percorso, intrapreso negli ultimi anni del secolo scorso, di separazione tra le competenze tecnico-gestionali attribuite ai dirigenti e quelle proprie degli organi politici. Inoltre, questo tipo di azione risarcitoria tiene luogo di quella prettamente civilistica così da determinare una sorta di tutela "privilegiata" ed aggiuntiva rispetto a quella ordinaria.

Per ultimo la legge, così come ritenuto dalla stessa giurisprudenza civile, predilige, in ogni caso, il risarcimento in forma specifica attesa la natura collettiva del bene ambiente che sembrerebbe deve essere attivato dal Ministro in via prioritaria rispetto alla riscossione dei costi al fine di intervenire tempestivamente con le misure di ripristino e riparazione.

Va da ultimo sottolineato che avverso l'ordinanza è prevista la possibilità di ricorrere innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

Ciò inizialmente ha suscitato dubbi in dottrina in considerazione del fatto che verrebbero in rilievo controversie meramente risarcitorie. Anche in questo settore vi è più di un buon motivo per ritenere giustificata l'esistenza della giurisdizione amministrativa.

Da un lato, l'ordinanza viene adottata a seguito di una complessa fase istruttoria e procedimentale.

Dall'altro lato, la possibile qualificazione della posizione del destinatario dell'ordinanza in termini di diritto soggettivo non è di ostacolo alla esistenza della giurisdizione del giudice amministrativo proprio in ragione della previsione di un caso di giurisdizione esclusiva.

Tutta la disciplina sopra menzionata rende evidente la bontà della tesi che chi scrive aveva sostenuto in esordio allorché si era sottolineata l'assoluta

specificità della responsabilità per inquinamento ambientale considerandola un sorta di *tertium genus* rispetto a quella extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. nel cui alveo è, pur sempre, inquadrabile seppure con caratteristiche atipiche, in gran parte dovute alla necessità di adeguamento ai principi di derivazione comunitaria che regolano la materia della tutela dell'ambiente e alla caratteristica pubblica del soggetto che ne deve garantire l'effettività.

Bibliografia

- G. Alpa, *Danni da inquinamento, problemi di responsabilità civile e garanzia assicurativa*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 1, 2012, p. 56-67
- G. Alpa, M. Bessone, *I fatti illeciti*, in *Trattato Rescigno*, vol. 6, p. 143-167, Giappichelli, Torino, 1989
- P. Amirante, *Il principio precauzionale fra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Diritto e gestione ambientale*, fasc. 1, 2001, p.98-110
- D. Barassi, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, Giappichelli, Torino, 1898
- E. Benedetti, *Il risarcimento del danno ambientale tra tutela giurisdizionale e poteri di autotutela amministrativa*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. 5, 2006, p. 67-98
- F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2006
- G. Bianchi, *L'esecuzione delle sentenze delle Corti europee per la tutela dell'ambiente e la salute umana*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. 5, 2020
- A. Bianchi, *L'esecuzione delle sentenze delle Corti europee per la tutela dell'ambiente e la salute umana*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. 5, 2020, p. 56-78
- A. Bianchi, *L'esecuzione delle sentenze delle Corti Europee per la tutela dell'ambiente e la salute umana*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. 5, 2020, p. 78-90
- F. Bognetti, G. Moretti, L. Rimini, a cura di P. Trimarchi, *La valutazione economica del danno ambientale; profili teorici ed aspetti empirici*, in *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 345-36
- M. Bonelli, *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo le modifiche del 2009 e del 2013 al T.U. 152/2006*, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 1, 2014, p. 65-78
- F. Cardone, *La tutela della salute e il diritto a vivere in un ambiente salubre: profili storici e sistematici*, in *T.S.D.P.*, fasc. 3, 2010, p. 98-111
- C. Castelli, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Giuffrè, Milano, 2012
- M. Castronovo, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018

- M. Cenini, *La proprietà della terra inquinata. Responsabilità, circolazione e garanzie*, Giuffrè, Milano, 2017
- L. Cinquina, *Prevenzione dei reati ambientali: il ruolo dei sistemi di gestione ambientale e dei modelli organizzativi*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. 7, 2018, p. 560-589
- A. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi matematica*, Giappichelli, Torino, 2011
- M. Colantuoni, *La circolazione dei siti contaminati*, in *Riv. dir. imm.*, 2004, p. 89-98
- G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008
- F. Degli Innocenti, *La responsabilità di impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019
- D. Del Prato, *Il principio di prevenzione nel diritto privato: spunti*, in *Rass. dir. civ.*, Fasc. 1, 2009, p. 76-98
- F. Di Commo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003
- O. Fedeli, *Brevi osservazioni sulla natura della tutela dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1986
- D. Ferri, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, Giappichelli, Torino, 1985
- F. Giampietro, *La responsabilità per il danno all'ambiente. Profili amministrativi, civili e penali*, Giuffrè, Milano, 1988
- F. Giampietro, *Ordine di bonifica in via provvisoria a carico del proprietario incolpevole*, in *Amb. e svil.*, fasc. 5, 2011, p. 89-120
- F. Giampietro, *Sull'inquinamento dell'ILVA la CEDU dichiara la responsabilità dello Stato italiano per violazione dei diritti dell'uomo*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. 4, 2019, p. 234-256
- R. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 1, 1973, p. 45-60
- F. Gianpietro, *Riflessioni sui criteri di valutazione tecnica dell'inquinamento (e del disastro) ambientale*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. 2, 2017, p. 78-93
- G. Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 1, 1951, p. 78-90
- L. Nicotra, *Relazione introduttiva*, in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Giappichelli, Torino, 2010
- D. Nova, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Giuffrè, Milano, 2012
- R. Paone, *Il reato di omessa bonifica secondo i recenti orientamenti della Cassazione*, in *Amb. e svil.*, fasc. 2, 2008, p. 2-24

- R. Paone, *La tutela dell'ambiente tra norme tecniche e Linee Guida del SNPA*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. 6, 2020, p. 78-98
- S. Patti, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. it.*, 1980, fasc. 1, p. 67-89
- S. Patti, *La tutela civile dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1979
- S. Patti, *Valori costituzionali e tutela dell'ambiente*, in *Diritto dell'impresa*, I, 1983, p- 78-90
- L. Ponzarelli, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984
- B. Pozzo, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1996
- B. Pozzo, *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, in *Riv. giur. ambient.*, fasc. 1, 2006, p. 453-478
- E. Prati, *Il danno all'ambiente nel T.U. tra interesse diffuso e posizioni soggettive*, in *Amb. e svil.*, fasc. 7, 2007, p. 89-97
- S. Pugliatti, *La proprietà del nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1954
- S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964
- D. Salanitro, *La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, Giuffrè, Milano, 2007
- D. Salanitro, *Tra diritto pubblico e diritto privato: l'estensione della disciplina della responsabilità ambientale al danno al paesaggio*, in *Principi europei e illecito ambientale*, a cura di A. D'Adda, Giappichelli, Torino, 2013
- M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2018
- M. Trabucco, *La tutela dell'ambiente fra diritto, antropocentrismo ed ecocentrismo*, in *Danno e responsabilità*, fasc. 4, 2019, p. 78-98;
- P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, Milano, 2019
- G. Valditara, *Damnum inuria datum*, Giappichelli, Torino, 2005



Il diritto al parto in anonimato

The right to give birth anonymously

BARBARA KNOLL

Assistente universitario di diritto privato e dottoranda di ricerca

Istituto di diritto italiano, Università di Innsbruck

Barbara.knoll@uibk.ac.at

ABSTRACT

Il lavoro esamina i conflitti che possono nascere tra il diritto a conoscere le proprie origini e il diritto della madre di partorire in anonimato e descrive l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale sulla questione. Dopo un'attenta analisi dello *status* di filiazione e della sua evoluzione nell'ordinamento giuridico italiano ci si sofferma sulle diverse modalità di accertamento dello stato di figlio sia all'interno del matrimonio che al di fuori di esso. Si pone poi l'attenzione sull'istituto del parto in anonimato, la sua *ratio* e le sue origini. In questo ambito si menziona l'istituto *post* medievale della cosiddetta "ruota degli esposti", come quello delle moderne "culle per la vita". In chiusura si esamina il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, come interpretato dalla più recente giurisprudenza sia nazionale che sovranazionale, anche a seguito della nota sentenza Godelli della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Si ha anche modo di affrontare la questione della reversibilità o meno del segreto della madre sulla propria identità dopo il suo decesso e in caso di sua incapacità di intendere e di volere, come anche quella della possibilità data



DOI: 10.54103/milanlawreview/18740

MILAN LAW REVIEW, Vol. 3, No. 1, 2022
ISSN 2724 - 3273

al figlio di effettuare il cosiddetto “interpello” al fine di un’eventuale revoca da parte della madre della sua dichiarazione di non voler essere nominata.

Parole chiave: parto in anonimato; diritto a conoscere le proprie origini; bilanciamento di diritti; *status* di filiazione.

The work examines the conflicts that can arise between the right to know one's origins and the mother's right to give birth anonymously, furthermore, it describes the legislative and jurisprudential developments on the issue. After a thorough analysis of the status of filiation and its evolution within the Italian legal system, it focuses on the different methods of ascertaining the status of a child both within and outside of marriage. There is attention drawn to the institution of anonymous childbirth, its reason and origins. The post-medieval institution of the so-called 'wheel of exposition' is mentioned, as is that of modern 'cradles for life'. In conclusion, the child's right to know his or her origins is examined, as interpreted by the most recent national and supranational case law, also following the well-known Godelli judgment of the European Court of Human Rights. It also deals with the question of the reversibility or otherwise of the mother's secrecy on her identity after her death and in the event of her incapacity, as well as that of the possibility given to the child to make the so-called 'interpellation' in order for the mother to revoke her declaration of not wishing to be named.

Keywords: anonymous childbirth; right to know one's origins; balancing of rights; filiation status.

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Il diritto al parto in anonimato

SOMMARIO: 1. La nascita dello *status* unico di filiazione nell'ordinamento giuridico italiano. – 2. L'istituto del parto anonimo. – 3. Il diritto a conoscere le proprie origini. – 4. Interventi giurisprudenziali nazionali e sovranazionali alla luce del mancato bilanciamento dei diritti in questione. – 5. Questioni irrisolte. – 6. Riflessioni conclusive.

1. La nascita dello *status* unico di filiazione nell'ordinamento giuridico italiano.

Nel dicembre dell'anno 2012 il legislatore italiano approva la legge n. 219/2012 con cui elimina dall'ordinamento giuridico italiano la distinzione tra figli legittimi e figli naturali, introducendo uno *status* unico di filiazione. Infatti il legislatore riformula l'art. 315 del codice civile intitolato "stato giuridico della filiazione", in cui sancisce il principio secondo cui tutti i figli, sia quelli nati nel matrimonio sia quelli nati al di fuori dello stesso, hanno lo stesso stato giuridico.¹ Si parla in tale ambito di totale equiparazione dei figli.² Infatti, a seguito della riforma della filiazione, l'ordinamento giuridico italiano conosce solo un unico *status* di figlio. Tale principio invade l'intero campo del diritto di famiglia, come emerge a titolo di esempio dalla disciplina inerente ai rapporti di parentela di cui all'art. 74 del codice civile, modificata dalla riforma del 2012. Con la riforma viene introdotta una nuova disposizione in tema di filiazione, ossia l'art. 315 *bis* del codice civile,³ che ora disciplina in modo unitario i diritti e doveri tra genitori e

¹ P. Rescigno, *La filiazione "riformata": l'unicità dello status*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, vol. 5, p. 1261-1298; C. M. Bianca, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014; M. Bellomo, *La parentela: l'evoluzione della nozione nel tempo e gli interventi della giurisprudenza*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2020, vol. 3, p. 1181-1214; G. Bonilini, *Gli status o lo status di filiazione?*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, vol. 2, p. 681-687; R. Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, in *Giustizia Civile*, 2018, vol. 4, p. 1023-1038

² R. Campione, *Parentela e consanguineità*, in *Completata la riforma della filiazione, Profili sostanziali, processuali, successori, penali*, Ipsoa, Milano, 2014, p. 160. L'autore parla di piena eguaglianza tra i figli.

³ Prima della modifica avvenuta con la legge n. 210 del 2012, che enuncia la totale equiparazione dei figli con riferimento ai rapporti di parentela, il testo dell'art. 74 del codice civile era il seguente: "La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite." Il testo attualmente in vigore è il seguente: "La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in

figli. Da un lato vengono enunciati veri e propri diritti della persona del minore, come il diritto del figlio ad essere mantenuto ed educato, dall'altro viene espressamente inserito nella norma di legge il diritto di ascolto del minore sulle questioni che lo riguardano. La norma richiamata impone però anche degli obblighi al minore. Nello specifico il minore è obbligato sul piano personale a rispettare i genitori e sul piano invece patrimoniale a contribuire, in relazione alle proprie possibilità, al mantenimento della famiglia. Presupposto legale di tale obbligo è la convivenza del figlio con la famiglia. Introducendo l'art. 315 *bis* del codice civile il legislatore della riforma intende attuare il principio di cui all'art. 30, comma 3 della Carta Costituzionale, assicurando tutela giuridica e sociale a tutti i figli, indipendentemente dal rapporto intercorrente tra i genitori. La finalità è quella di rimuovere ogni tipo di discriminazione tra le due categorie di figli. Infatti, nell'ottica del principio del cosiddetto *best interest of the child*, un figlio non deve essere penalizzato solo per il fatto di essere il frutto di una relazione extramatrimoniale perché i figli nati dentro o fuori dal matrimonio devono godere dello stesso trattamento. Pertanto la relazione intercorsa tra i genitori non si deve riverberare sullo *status* da attribuire al figlio.⁴

Ciononostante permangono delle discrasie sulle modalità di accertamento dello *status filiationis*.⁵ Infatti, mentre nel caso di figlio nato da una coppia coniugata il rapporto di filiazione si instaura automaticamente, salvo che la madre si avvalga del diritto di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio, diritto

cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti." A titolo meramente indicativo si rileva che di recente la Corte Costituzionale è intervenuta sui rapporti civili intercorrenti tra l'adottato e i parenti dell'adottante, ritendendo incostituzionale che al minore adottato in casi particolari venga negata l'instaurazione dei rapporti di parentela con la famiglia del genitore adottivo. Infatti con la sentenza n. 79 del 23 febbraio 2022 la Consulta ha dichiarato testualmente: "l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante." La sentenza è consultabile al seguente

link

<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2022&numero=79>.

⁴ M. Sesta, *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli nei processi di separazione, divorzio, annullamento matrimoniale e nel procedimento riguardante i figli nati fuori del matrimonio*, in M. Sesta, A. Arceri, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Utet Giuridica, Torino, 2011, p. 15; M. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio*, in C. M. Bianca, *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, p. 3-6

⁵ M. Mantovani, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, vol. 6, p. 323-337: "Se, infatti, la parità di trattamento tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori del matrimonio può dirsi ormai pienamente attuata sul fronte della disciplina del rapporto, non altrettanto può dirsi per quanto attiene ai meccanismi di attribuzione dello *status* di figlio, ove le differenze permangono tuttora rilevanti."

tema del presente contributo, lo stesso non accade per i figli delle coppie non legate dal vincolo del matrimonio. Infatti, in questo caso, ciascun genitore è tenuto a riconoscere il figlio o, in alternativa, il figlio stesso può agire per la dichiarazione della genitorialità, ossia per l'accertamento giudiziale della maternità o della paternità ai sensi degli articoli 269 e seguenti del codice civile.⁶ Pertanto l'attribuzione dello *status* di genitore deriva, nel caso di figli nati fuori dal matrimonio, dall'atto di accertamento del singolo genitore.

La dottrina non è unanime sul fatto se tale riconoscimento sia un atto dovuto o se invece sia libero e rimesso alla volontà del dichiarante. Mentre in passato una parte della dottrina sottolineava la mancanza di una norma che prevedesse tale accertamento quale obbligo in capo al genitore⁷ e pertanto ne desunse il mero obbligo di tipo morale o sociale,⁸ la tesi oggi maggioritaria ravvede un vero dovere per il genitore di riconoscere il figlio.⁹ Infatti se il genitore non assolve a tale obbligo, il figlio può ricorrere all'autorità giudiziaria e chiedere la dichiarazione giudiziale della maternità o della paternità. La *ratio* è quella che il figlio, a prescindere dal rapporto che intercorre tra i propri genitori biologici, ha il diritto a vedersi riconosciuto lo *status* di figlio.

L'interprete si chiede perché manchi una forma di automatismo nella formazione dell'atto di nascita per i figli di una coppia non coniugata.¹⁰ Prima di

⁶ Per quanto concerne la figura materna, questa viene identificata in colei che ha partorito il figlio. Dall'art. 269, comma 3 del codice civile si desume pertanto la possibilità di identificare la madre a seguito del parto. Tale principio è stato di recente messo in discussione in ambito di procreazione medicalmente assistita. Infatti è stato affermato che la regola prevista dall'art. 269, comma 3 del codice civile, secondo cui madre è colei che ha partorito il figlio, non assume il rango di principio fondamentale di rilievo costituzionale. Per tale motivo è stato possibile riconoscere e attribuire valore giuridico ad un atto, formato all'estero, che attestava la filiazione di un bambino da parte di due madri. Nel caso di specie, trattato dalla Prima Sezione della Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 19599 di data 30 settembre 2016, una donna aveva donato alla propria partner, con cui si era sposata in Spagna, un proprio ovulo, la quale aveva poi partorito il figlio, utilizzando il materiale biologico maschile donato da un soggetto terzo rimasto ignoto. Secondo la Corte di Cassazione non si tratterebbe di un caso di maternità surrogata, ma di un vero e proprio "progetto genitoriale di coppia", in cui il figlio ha legami biologici con entrambe le madri.

⁷ M. Sesta, *Il rapporto di filiazione*, in M. Sesta B. Lena, B. Valignani, *Filiazione naturale. Statuto e accertamento*, Ipsoa, Milano, 2001, p. 3-10

⁸ M. T. Mancini, *Riconoscimento di figlio naturale e dichiarazione non equivoca di paternità o maternità naturale*, in *Giustizia civile*, 1962, p. 178

⁹ E. Carbone, in E. Gabrielli, *Commentario del Codice civile*, Utet giuridica, Torino, 2010, p. 517

¹⁰ Secondo una dottrina tale differenziazione sarebbe del tutto lecita e soprattutto corretta. Difatti, secondo la consueta interpretazione del principio di eguaglianza, situazioni del tutto differenti, quali la nascita all'interno di una coppia coniugata o meno, devono essere

affrontare tale questione risulta utile interrogarsi sulla *ratio* e sulle modalità dell'automatismo che connota l'attribuzione dello *status* in capo ai figli nati nel matrimonio.¹¹ In questo ambito sussiste una grande differenza tra il regime applicabile ai figli a seconda che siano stati generati da persone sposate o meno.¹² Infatti le modalità di costituzione dello *status* di figlio sono difformi; la costituzione è automatica per chi è nato nel matrimonio, mentre per chi è nato fuori dal matrimonio è necessario il riconoscimento da parte del genitore oppure la dichiarazione di maternità o paternità da parte dell'autorità giudiziaria.

Al figlio nato da una coppia coniugata si applica il disposto normativo di cui all'art. 231 del codice civile, ove il legislatore enuncia espressamente la presunzione – seppur relativa – di paternità del marito, che, salvo prova contraria, è il padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio.¹³ L'articolo successivo definisce quando un figlio possa essere ritenuto “concepito” durante il matrimonio; essenzialmente non si deve varcare il limite di 300 giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Si rammenta però che il limite appena menzionato non ha valore assoluto. Infatti l'art. 234 del codice civile ammette la prova sulla circostanza che il figlio nato dopo il termine sopra menzionato di 300 giorni sia stato comunque concepito durante il matrimonio. Nonostante il titolo non menzioni espressamente la nozione di “figlio nato nel matrimonio” la presunzione relativa di paternità, di cui all'art. 231 del codice civile, presuppone necessariamente la sussistenza di un matrimonio valido, ossia produttivo di effetti civili, o almeno putativo. Sia in dottrina che in giurisprudenza ci si è chiesto quando diventi operativa la presunzione legale appena menzionata. Una tesi minoritaria ritiene che la presunzione si applichi dal momento della nascita del figlio,¹⁴ mentre la tesi

regolate in modo diverso. Vedi M. Dossetti, *Sull'accertamento dello status del figlio nato in costanza di matrimonio*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 81

¹¹ Secondo una parte della dottrina tale automatismo privilegia il bambino nato nel matrimonio. In questo modo si attribuirebbe all'istituto del matrimonio “un regime di verità legale, che viene comunque prima di qualsiasi verifica circa la sua corrispondenza alla verità biologica, e che facilita il conseguimento dello *status*”. Vedi M. Dossetti, *La filiazione nel matrimonio*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto di famiglia, La filiazione*, Utet giuridica, Torino, 2016, p. 3367-3431; M. Dossetti, *L'accertamento della filiazione legittima tra automatismo e principio volontaristico*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, vol. 10, p. 1992 e in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Milano, 2002, p. 823

¹² G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, Utet giuridica, Torino, 2018, p. 317

¹³ L'articolo appena menzionato è stato oggetto di recente modifica a seguito dell'importante riforma del diritto della filiazione, attuata con il decreto legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013, che ha dato esecuzione alla legge delega n. 219 del 10 dicembre 2012. Infatti, prima del summenzionato intervento normativo, la norma disponeva che “Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio.”

¹⁴ A. De Cupis, *Della filiazione legittima*, in G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Cedam, Padova, 1992, p. 41

maggioritaria subordina l'operatività della presunzione di paternità alla formazione dell'atto di nascita di figlio nato nel matrimonio.¹⁵ Tale tesi postula essenzialmente la necessità della formazione di un titolo dello stato affinché trovi applicazione la presunzione legale di paternità.

Tale previsione non solo ha origini antiche – si menziona in questo ambito il brocardo latino “*pater is est, quem iustae nuptiae demonstrant*” – ma attribuisce particolare importanza all'istituto del matrimonio.¹⁶ Infatti alla celebrazione del matrimonio consegue che al figlio concepito dalla coppia o nato durante il matrimonio venga attribuito automaticamente lo *status filiationis* nei confronti di entrambi i genitori. In questo ambito si ritiene infatti che la fattispecie di costituzione dello *status* di filiazione sia unica, mentre nel caso di figlio nato da una coppia non coniugata si tratta di due fattispecie distinte ed autonome di costituzione del rapporto di filiazione.¹⁷

Come ampiamente illustrato, lo *status filiationis* viene dunque attribuito in via automatica nel caso in cui il figlio nasca da una coppia coniugata. Tale automatismo manca invece nell'instaurazione dello *status* di figlio di coppia non coniugata, in cui la filiazione si fonda sul principio consensualistico o volontaristico. Infatti il rapporto di filiazione si instaura solamente a seguito di un atto di riconoscimento del singolo genitore oppure di una dichiarazione giudiziale di genitorialità.¹⁸ Il motivo del mancato automatismo è facilmente risolvibile soprattutto per quanto concerne la figura paterna. Infatti, in mancanza di un preciso obbligo di fedeltà nell'ambito della coppia di fatto o di un mero rapporto occasionale, obbligo invece espressamente previsto per la coppia coniugata all'art. 143, comma 2 del codice civile, non avrebbe senso introdurre una presunzione, seppur relativa, di paternità in capo al compagno, occasionale o non, della madre. Questo anche alla luce del principio “*mater semper certa est, pater numquam*”.

Per quanto concerne invece la figura materna la scelta di evitare un meccanismo automatico di attribuzione della maternità in caso di figlio nato al di fuori del matrimonio, ma di attribuire tale *status* solo a seguito di espresso riconoscimento da parte della madre costituisce una vera e propria scelta del legislatore, che, in questo modo, vuole garantire alla madre il diritto a partorire in anonimato. Tale possibilità impedisce sia l'insorgenza della maternità legale o di diritto sia quella biologica.

¹⁵ A. Cicu, *La filiazione*, in F. Vassalli, *Trattato di diritto civile*, Utet giuridica, Torino, 1969, p. 27. Vedi anche Tribunale Milano, Sez. IX, Sentenza, 25.1.2012, n. 937.

¹⁶ Vedi M. Dossetti, *La filiazione nel matrimonio*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto di famiglia, La filiazione*, Utet giuridica, Torino, 2016, p. 3367-3431

¹⁷ M. Mantovani, *La filiazione legittima*, in G. Ferrando, *Il nuovo diritto di famiglia, volume terzo filiazione e adozione*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 240

¹⁸ M. Sesta, *Il riconoscimento del figlio naturale*, in M. Sesta B. Lena, B. Valignani, *Filiazione naturale. Statuto e accertamento*, Ipsa, Milano, 2001, p. 93

Una parte della dottrina¹⁹ ritiene che la *ratio* della diversa modalità di instaurazione dello *status* di figlio a seconda se la coppia sia coniugata o meno sia rinvenibile nell'esigenza di tutelare il minore da situazioni potenzialmente lesive per il suo sano sviluppo. Infatti la celebrazione del matrimonio garantisce che i coniugi non siano legati da rapporti di parentela o affinità – nel caso contrario sussiste una causa di impedimento per contrarre matrimonio – e che abbiano la cosiddetta capacità matrimoniale, regolata all'art. 84 del codice civile. Nelle ipotesi di figlio frutto di relazione incestuosa o di genitori minori degli anni 16 – ossia di genitori non sposati – sarebbe secondo la dottrina del tutto legittimo e coerente ammettere provvedimenti di natura autorizzatoria,²⁰ limitativa o ablativa della responsabilità genitoriale, in modo da garantire la corrispondenza del riconoscimento genitoriale al concreto interesse del minore, escludendo qualsiasi forma di automatismo. Pertanto la diversa regolamentazione legislativa sull'instaurazione dello *status filiationis* sarebbe del tutto coerente col sistema e risponderebbe, tra l'altro, al fondamentale principio del *best interest of the child*.²¹

2. L'istituto del parto anonimo.

L'ordinamento giuridico italiano garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile e tutela sia la gestazione che la maternità. Difatti, la legge italiana, diversamente da quella della maggioranza degli altri stati europei,²²

¹⁹ M. N. Bugetti, *La strumentalità necessaria del riconoscimento materno nel sistema dell'accertamento della filiazione materna*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, vol. 2, p. 445-460

²⁰ Dopo la riforma della filiazione avvenuta con la legge n. 219/2012 e i successivi decreti attuativi è caduto il divieto di riconoscimento del figlio nato da una relazione incestuosa. Infatti con la riforma menzionata si è voluto generalizzare la possibilità di acquistare lo *status filiationis*, ritenendo possibile anche riconoscere un figlio nato da un rapporto di natura incestuosa ai sensi dell'art. 251 del codice civile. Ciononostante non si tratta di un riconoscimento rimesso alla libera scelta delle parti, ma sarà necessaria un'autorizzazione da parte del giudice, che deve tenere conto dell'interesse del figlio in modo da evitare allo stesso qualsiasi tipo di pregiudizio.

²¹ V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, vol. 2, p. 405-434

²² Si cita, a titolo di esempio, la Spagna, in cui, in origine, l'istituto del parto anonimo era ammesso e regolamentato, ma il *Tribunal Supremo* con la sentenza n. 776 del 21 settembre 1999 stabilì che le relative norme in ambito di stato civile dovessero essere disapplicate, perché contrarie alla Costituzione e nello specifico, ai principi di uguaglianza tra madre e padre di cui all'art. 14 e tra i figli (legittimi e naturali). Vedi anche V. De Filippis, A. De Donno, M. Panebianco, *Il parto in anonimato e l'abbandono di neonato in ospedale: adozione delle linee guida, esperienza ed innovazione della ASL di Bari. Childbirth in anonymity and abandonment of baby in hospital: adoption of guidelines, experience and innovation of Bari local health Centre*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2016, vol. 1, p. 503; cfr. E.

garantisce piena assistenza alle partorienti, dando loro la possibilità di lasciare il neonato in ospedale nel più totale anonimato²³ e con la certezza che questo sarà al sicuro finché troverà una famiglia. Nonostante il legislatore riconosca tale diritto in diverse previsioni normative, su cui ci si soffermerà *infra*, manca un'espressa e precisa definizione del diritto a partorire in anonimato. Essenzialmente si tratta del diritto della partoriente di non essere nominata nella dichiarazione di nascita che, ai sensi dell'art. 30 del decreto del Presidente della Repubblica n. 396 del 3 novembre 2000, viene fatta da "uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto." In questo ambito il diritto a partorire in anonimato viene visto come corollario del diritto alla riservatezza e all'oblio da parte della partoriente.²⁴

Prima di trattare nello specifico tale diritto, risulta opportuno soffermarsi brevemente sull'origine storica dello stesso. Il diritto a partorire in anonimato affonda le sue radici nell'istituto *post* medievale della cosiddetta "ruota degli esposti". Si tratta nello specifico di una struttura in legno a forma cilindrica, girevole, posta nel vano di una finestra all'ingresso di un edificio, collocata soprattutto in ricoveri religiosi, in cui venivano accolti i cosiddetti "trovatelli", ossia neonati che venivano salvati da morte quasi certa. I neonati venivano accolti, curati e nutriti. In questo modo la donna, che spesso aveva partorito in campagna o di nascosto, poteva lasciare il neonato nell'apertura, senza essere vista, suonare un'apposita campanella in modo tale da permettere a chi stava dall'altro lato della "ruota" di accogliere il neonato.

Dopo la soppressione delle "ruote" venne introdotto il regio decreto legge n. 798 del 1927, convertito nella legge n. 2838 del 6 dicembre 1928 e nella legge n. 2277 del 10 dicembre 1925 recante "Norme sull'assistenza degli illegittimi, abbandonati o esposti all'abbandono", volto a tutelare le partorienti dallo "scandalo" di essere rimaste incinte e di salvaguardare in tal modo la loro reputazione.²⁵

Andreola, *Fratelli biologici di madre anonima e riservatezza dei dati genetici*, in *Famiglia e Diritto*, 2020, vol. 3, p. 281

²³ La Corte Costituzionale riconobbe alla donna la possibilità di partorire in anonimato già nel maggio del 1994, con sentenza n. 171: "Deve altresì rilevarsi che qualunque donna partoriente, ancorché da elementi informali risulti trattarsi di coniugata, può dichiarare di non volere essere nominata nell'atto di nascita." Consultabile al seguente link <https://www.giurcost.org/decisioni/1994/0171s-94.html>.

²⁴ P. Di Marzio, *Il diritto alla conoscenza delle origini dei figli adottivi, non solo figli ma anche fratelli*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, vol. 4, p. 1691

²⁵ Art. 9, comma 1 R.D.L. n. 798/1927: "Quando venga richiesta la pubblica assistenza per un illegittimo, a norma degli articoli 1 e 4 del presente decreto, la direzione sanitaria dell'istituto ricoverante deve compiere, nei modi che ritenga congrui, riservate indagini per accertarne la madre, allo scopo di constatare, ove sia possibile, le condizioni sanitarie di quest'ultima, di procurare all'infante l'allattamento materno e d'indurre la madre stessa a riconoscere il figlio." Art. 9, comma 4: "È rigorosamente vietato di rivelare l'esito delle

Successivamente venne emanato il regio decreto n. 1239 del 9 luglio 1939 in ambito di ordinamento dello stato civile (oggi sostituito dal decreto del Presidente della Repubblica n. 396 del 3 novembre 2000), che non regolava espressamente il diritto al parto anonimo, ma prevedeva implicitamente la possibilità che le generalità della madre non venissero inserite nell'atto di nascita del figlio.²⁶

Oggi le vecchie "ruote degli esposti", ufficialmente soppresse nel 1923, sono state sostituite dalle cosiddette "culle per la vita",²⁷ che sono una versione moderna e tecnologica delle prime, con modalità di funzionamento analoghe. La partorientente può, infatti, recarsi nelle strutture in cui si trovano le predette culle, premere l'apposito pulsante e così aprire una finestra ove è possibile lasciare il neonato all'interno di una culla. La finestra si chiude immediatamente e il personale sanitario, che si trova dall'altro lato dell'apertura, prende in custodia il neonato.

Come già menzionato, manca nel nostro ordinamento giuridico un'espressa definizione del diritto al parto in anonimato, ma ciononostante alcune norme si occupano del diritto della partorientente a non essere identificata nell'atto di nascita. *In primis*, la facoltà della partorientente di rimanere anonima viene menzionata espressamente all'art. 30 decreto del Presidente della Repubblica n. 396/2000, che regola la formazione dell'atto di nascita, salvaguardando la volontà della donna di non essere nominata.²⁸

In questo ambito risulta utile richiamare l'attenzione al decreto ministeriale n. 349 del 2001, che prevede quale regola l'inserimento del codice 999 per "donna che non vuole essere nominata" al posto del nome e cognome della partorientente. Inoltre il decreto ministeriale menzionato prevede la necessità di garantire un raccordo tra il certificato di assistenza al parto, redatto secondo le modalità pocanzi menzionate e senza i dati idonei ad identificare la madre, con la cartella clinica custodita presso il luogo dove è avvenuto il parto. In questo modo sarebbe, in

indagini compiute per accertare la maternità degli illegittimi, ed è fatta salva, ove ne ricorrano gli estremi, l'applicazione degli articoli 163 e 177 del Codice penale."

²⁶ Vedi art. 73 R.D. n. 1238/1939: "Se la nascita è da unione legittima, nell'atto relativo oltre le indicazioni di cui all'articolo 71 si devono enunciare il nome e cognome, l'età, la cittadinanza o il rapporto di sudditanza, la razza, la professione e la residenza del padre e della madre. Se la nascita è da unione illegittima, le enunciazioni sopra indicate dovranno essere fatte soltanto per il genitore o per i genitori che personalmente rendono la dichiarazione di nascita, o che hanno fatto constare per atto pubblico del proprio consenso ad essere nominati, ferma in ogni caso la disposizione dell'art. 83, comma primo, parte prima."

²⁷ <http://www.culleperlavita.it/>

²⁸ Art. 30, comma 1 D.P.R. n. 396/2000 Dichiarazione di nascita: "1. La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata."

astratto, possibile individuare *ex post* l'identità della madre biologica che ha partorito in anonimato.²⁹

In secundis il decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003, il cosiddetto Codice in materia di trattamento di dati personali, regola e limita l'accesso ai documenti sanitari, che permettono l'identificazione della gestante. Nello specifico, l'art. 93, comma 2 del citato decreto legislativo subordina, nel caso di parto in anonimato, l'accesso alla cartella clinica o al certificato di assistenza al parto, nel caso in cui contengano dati identificativi della madre ossia dati idonei ad identificare la donna che non desidera essere nominata,³⁰ al decorso di un termine prestabilito, definito nel lasso di tempo di cento anni dalla formazione dei

²⁹ B. Checchini, *Anonimato materno e diritti dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, vol. 3, p. 709-725; L. Lenti, *Adozione e segreti*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2004, vol. 2, p. 237; E. Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, in *Famiglia e diritto*, 2017, vol. 1, p. 15-32

³⁰ Per quanto concerne la nozione di "dato identificativo" si rileva che in origine il decreto legislativo n. 196 del 2003 conteneva espressamente la definizione dello stesso all'art. 4, che definiva i dati identificativi come quei dati personali che permettono l'identificazione diretta dell'interessato. Inoltre, sempre l'art. 4, definiva anche il concetto di "dato personale" come "qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale". L'articolo appena menzionato è stato abrogato dal decreto legislativo n. 101 dd. 10 agosto 2018, che ha adeguato la normativa nazionale alle disposizioni del nuovo regolamento (UE) n. 679 del 2016 del Parlamento europeo e del Consiglio. All'interno di tale nuovo regolamento è possibile rinvenire la definizione di dato personale come "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (interessato); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale." Alla luce delle diverse nozioni emergenti in materia di trattamento e di raccolta di dati è intervenuta di recente la Suprema Corte di Cassazione con ordinanza n. 17665 depositata il 5 luglio 2018, con cui ha reso chiarezza in merito. *In primis* la Corte afferma la natura ampia della definizione europea di "dato personale", che costituisce un ampio *genus* principale, in cui ricade, come emerge dal tenore letterale della norma, "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile". *In secundis* l'ordinanza sottolinea che il mero "dato identificativo" non costituisce un tipo autonomo ed indipendente di dato, ma una mera *species* all'interno dell'ampio *genus*. Pertanto, secondo la Corte, non è possibile effettuare una chiara distinzione all'interno dell'ampia categoria di "dato personale". Infatti la Corte afferma che: "Invero, mentre il "dato personale" è quel dato che consente di identificare, anche indirettamente una determinata persona fisica, i "dati identificativi" sono dati personali che permettono tale identificazione direttamente." La differenza sta nel fatto che i dati personali permettono un'identificazione sia diretta che indiretta della persona, mentre i dati identificativi solamente un'identificazione della persona fisica in modo diretto.

documenti in questione.³¹ In tal modo il legislatore, in via teorica, preclude l'accesso a tali atti per tutta la durata della vita della madre, ma statisticamente anche per quella del figlio. Tale diniego di accesso ai documenti sanitari non riguarda però gli atti contenenti dati non identificativi, relativi, ad esempio, a possibili malattie genetiche. La richiesta di accesso a tali documenti è infatti accoglibile,³² purché, da un lato, si tratti di dati non identificativi e, dall'altro, sia garantito l'anonimato della madre "*erga omnes*", evitando pertanto che la stessa sia identificabile.³³

Da ultimo, la legge del 4 maggio 1983, n. 184, in materia di diritto del minore ad una famiglia, enuncia all'art. 28 il diritto della madre a rimanere anonima. L'art. 28 disciplina, infatti, le modalità e i limiti dell'accesso da parte dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini. Per quanto concerne le informazioni in merito alla sua origine e l'identità dei propri genitori biologici l'art. 28, comma 7 pone quale espresso limite la volontà espressa dalla madre al momento del parto di non essere nominata.³⁴ Sul conflitto tra il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini e il diritto della madre di rimanere in anonimato ci si soffermerà in seguito.

La *ratio* sottintesa del legislatore in tutte queste norme, che menzionano il diritto al parto in anonimato, è la tutela della donna e soprattutto la volontà di

³¹ Art. 93, comma 2 D.Lgs. n. 396/2000 (Certificato di assistenza al parto): "2. Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui all'articolo 30, comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento."

³² Art. 93, comma 3 D.Lgs. n. 396/2000 (Certificato di assistenza al parto): "3. Durante il periodo di cui al comma 2 la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, osservando le opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile." La possibilità di accedere ai documenti sanitari per avere delle informazioni in merito, ad esempio, a malattie genetiche costituisce un principio recepito e sostenuto anche dalla giurisprudenza. Da ultimo si veda l'ordinanza n. 22497 del 15 luglio 2021 (depositata in data 9 agosto 2021) della Suprema Corte di Cassazione, che al punto 9 rammenta che: "La domanda di accesso alle informazioni sanitarie sulla salute della madre, riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento all'eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili, è ulteriore e distinta rispetto a quella di puro accesso alle origini, avendo come finalità la tutela della vita o della salute del figlio adottato o di un suo discendente."

³³ M. G. Stanzione, *Il diritto di conoscere le proprie origini tra identità del figlio e autodeterminazione della madre*, in *Nuova Giurisprudenza civile*, 2022, vol. 1, p. 5-18

³⁴ Art. 28, comma 7 L. n. 184/1983: "7. L'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396."

incoraggiare la maternità e la gestazione rispetto all'aborto o a scelte drammatiche quali l'abbandono del minore o persino l'infanticidio. Ciò è quanto affermato anche dalla Corte Costituzionale nelle due sentenze cardine in materia, che verranno analizzate *infra*. Infatti nella sentenza n. 425 del 16 novembre 2005, depositata il 25 novembre 2005, la Consulta afferma in riferimento all'art. 28, comma 7 della legge 4 maggio 1983, n. 184, nel testo sostituito dall'art. 177, comma 2 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 che: "La norma impugnata mira evidentemente a tutelare la gestante che – in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale – abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita: e in tal modo intende – da un lato – assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e – dall'altro – distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi."³⁵

Successivamente, la Consulta, investita nuovamente della questione, ribadisce quanto affermato nella sentenza precedente e precisa con sentenza n. 278 del 18 novembre 2013, depositata in data 21 novembre 2013: "Il fondamento costituzionale del diritto della madre all'anonimato riposa, infatti, sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili. La salvaguardia della vita e della salute sono, dunque, i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta di sistema improntata nel senso di favorire, per sé stessa, la genitorialità naturale."³⁶

3. Il diritto a conoscere le proprie origini.

Prima di soffermarsi sugli interventi correttivi posti in essere dalla giurisprudenza sia nazionale sia sovranazionale sull'estensione e sui limiti del diritto al parto in anonimato, risulta utile tratteggiare brevemente il diritto del figlio adottivo alla conoscenza delle proprie origini.

Il diritto alla conoscenza del proprio passato e delle proprie origini è ormai ritenuto un diritto autonomo nell'ordinamento giuridico italiano, derivante direttamente dalla tutela costituzionale della dignità e dello sviluppo della personalità ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione, e dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Tale diritto viene anche definito quale presupposto necessario per la costruzione dell'identità personale prevista dalla

³⁵ La sentenza è reperibile al seguente link <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2005&numero=425>.

³⁶ La sentenza è reperibile al seguente link <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2013&numero=278>.

Convenzione Onu sui Diritti del fanciullo, che all'art. 7 afferma il diritto del minore "nella misura del possibile, a conoscere i propri genitori sin dalla nascita."

Per quanto concerne il quadro normativo interno il legislatore italiano enuncia espressamente e senza prevedere alcun limite il diritto dell'adottato di sapere di essere un figlio adottivo all'art. 28, comma 1 della legge n. 184/1983. Inoltre la stessa norma postula anche il diritto dell'adottato, con le modalità previste, di accedere alle informazioni riguardanti la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. In questo caso il legislatore pone quale limite la sussistenza di adeguate ragioni per l'inibizione di tali informazioni.

L'articolo menzionato si applica ai figli adottivi in via generale, ossia anche ai figli adottivi la cui madre si era avvalsa del diritto di non essere nominata al momento del parto. Per quest'ultimi la norma poneva al comma 7 il limite insuperabile dell'anonimato della madre, in presenza del quale non potevano esercitare il diritto a conoscere le proprie origini. In questo modo il legislatore italiano precludeva *a priori* la possibilità di bilanciamento tra il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini e il diritto della madre al rispetto del proprio anonimato. Tale netta chiusura e l'impossibilità di superamento da parte della normativa italiana venne criticata in dottrina,³⁷ fino a giungere all'esame della Corte Costituzionale.

³⁷ L. Bozzi, *La parabola del diritto a conoscere le proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, vol. 1, p. 174: "Il bilanciamento tra il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e il diritto riconosciuto alla donna di partorire in anonimato è individuato nella possibilità per la donna di scegliere se mantenere l'anonimato. Su tale bilanciamento sono state espresse non poche perplessità. In primo luogo, si potrebbe osservare che tale possibilità di scelta non sembra rappresentare un sacrificio del diritto della donna a partorire in anonimato, ma piuttosto un ampliamento dello stesso, posto che se ne riconosca la reversibilità. Al contrario, la realizzazione del diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini risulta integralmente subordinata alla decisione della madre biologica di volere rinunciare all'anonimato. Soprattutto, è possibile dubitare che si tratti di un vero e proprio bilanciamento tra diritti. Al diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini, riconducibile all'art. 2 della Costituzione come aspetto del diritto all'identità personale, e comunque ascritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo fra le situazioni tutelate dal diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione, non sembra infatti possibile contrapporre un diritto della donna, posto che la Costituzione non garantisce certo il diritto ad abbandonare il proprio figlio al momento del parto con la garanzia di rimanere per sempre anonimi." B. Checchini, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo istituto dell'interpello*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2017, vol. 9, p. 1288-1291: "Secondo questa prospettiva, quindi, la madre che al momento del parto sceglie l'anonimato rinuncia alla propria genitorialità giuridica ma ancor prima biologica, e impone al figlio la rinuncia alla conoscibilità di una componente della propria identità, quella appunto della propria madre biologica, atteso che la previsione del termine dei cento anni dalla formazione del documento si pone quale limite invalicabile alla richiesta del figlio. Scelta crudele potrebbe affermarsi, ma giuridicamente giustificata e giustificabile nel momento in cui è posta in essere per la preferenza accordata dal sistema costituzionale

4. Interventi giurisprudenziali nazionali e sovranazionali alla luce del mancato bilanciamento dei diritti in questione.

L'istituto del parto in anonimato è stato portato ben due volte nel corso degli ultimi anni all'attenzione della Corte Costituzionale, sempre in riferimento alla questione di illegittimità costituzionale dell'art. 28 della legge n. 184/1983: nella prima sentenza la Consulta rigettava la domanda, rilevando che la norma costituisse "espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda" e pertanto non si ponesse in contrasto con l'art. 2 della Costituzione.³⁸

L'inflessibilità e la rigidità del sistema italiano che di fronte alla richiesta alla conoscenza delle proprie origini da parte di un figlio adottivo, nato da una donna "anonima", negava qualsiasi possibilità di bilanciamento con il diritto all'anonimato della madre, venne criticata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la decisione *Godelli contro Italia* del 25 settembre 2012.³⁹ La Corte Edu criticava la mancanza di qualsiasi possibilità di bilanciamento tra i due diritti in questione e l'irreversibilità della scelta della madre.⁴⁰ Infatti la Corte Edu statuiva che: "Nel caso di specie la Corte osserva che, se la madre biologica ha deciso di mantenere l'anonimato, la normativa italiana non dà alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto. In queste condizioni, la Corte ritiene che l'Italia non abbia cercato di stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa e abbia dunque oltrepassato il margine di discrezionalità che le è stato accordato."

Sulla spinta convenzionale la Consulta, nuovamente investita della questione, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7 della legge 4 maggio 1983, n. 184 "nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12 della legge 15 maggio 1997, n. 127) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione." Pertanto

al diritto alla vita e alla salute (di neonato e gestante) rispetto al diritto a conoscere la propria identità genetica (per il neonato)."

³⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 425 del 16 novembre 2005, depositata il 25 novembre 2005.

³⁹ La sentenza tradotta in italiano è reperibile al seguente link https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2%282012%29&contentId=SDU792405&previousPage=mg_1_20.

⁴⁰ V. Carbone, *Corte Edu: conflitto tra diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, in *Corriere giuridico*, 2013, vol. 7, p. 940-946

la Corte Costituzionale rimetteva al legislatore interno la scelta delle concrete modalità per effettuare un corretto interpello della madre.⁴¹

Nonostante la sollecitazione della Consulta di un intervento da parte del legislatore, non vi è stato alcun adeguamento normativo, circostanza che ha determinato l'evolversi di due orientamenti giurisprudenziali sulle concrete modalità di azione da parte del giudice di merito investito della questione. Un primo orientamento propendeva per la necessità di aspettare un concreto intervento legislativo in materia,⁴² mentre un secondo orientamento riteneva che in virtù della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma in questione e la conseguente inapplicabilità della stessa, il giudice di merito dovesse procedere all'interpello della madre.⁴³

La questione è stata risolta dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁴⁴ che ha accolto la seconda linea interpretativa, pronunciando il seguente principio di diritto: "In tema di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte Costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità". La Corte Suprema ammette pertanto l'immediata applicabilità della pronuncia della Consulta, ma sottolinea la necessità di un intervento normativo.

5. Questioni irrisolte.

Nonostante i diversi interventi giurisprudenziali in materia, persistono punti critici ed irrisolti sulla questione. I due punti critici riguardano la reversibilità o meno del segreto della madre dopo il suo decesso e il caso di sua incapacità di intendere e di volere.

Come menzionato in apertura, al momento della formazione dell'atto di nascita rileva la mera volontà della partoriente di essere menzionata o meno nello stesso. Pertanto il legislatore attribuisce, per i motivi supra menzionati, assoluta

⁴¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 278 del 18 novembre 2013, depositata in data 21 novembre 2013.

⁴² Ad esempio Tribunale Minorile Catania 18 luglio 2014.

⁴³ Tribunale Minorile Trieste 5 marzo 2015.

⁴⁴ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza n. 1946, dd. 25 gennaio 2017.

prevalenza alla figura della partoriente rispetto ad un eventuale interesse contrario del figlio. Pertanto, in linea di principio, solo la volontà libera e consapevole della donna può far venir meno l'anonimato sulle sue generalità.

Nonostante tale principio, la Suprema Corte di Cassazione si è interrogata se il mero fatto del decesso della madre possa far implicitamente venir meno il suo diritto all'anonimato. In diverse pronunce⁴⁵ la Corte ha affermato che la morte costituirebbe "circostanza presuntiva della volontà di rimozione del segreto."⁴⁶ Infatti il diritto di anonimato della madre, rientrando nell'ambito dei diritti personalissimi, si estinguerebbe con la morte della stessa e pertanto il diritto del figlio a conoscere le proprie origini dovrebbe essere garantito.

Tale orientamento è stato sposato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, mentre una parte della dottrina⁴⁷ e della giurisprudenza⁴⁸ critica tale affievolimento pressoché automatico del diritto all'anonimato della madre. In primo luogo si rileva che una simile interpretazione si porrebbe in contrasto con il disposto letterale dell'art. 93, comma 2 decreto legislativo n. 196/2003, che tutela la riservatezza della donna non solo per la durata della sua vita, ma per un periodo temporale di cento anni. Inoltre, rendendo accessibili i dati identificativi della madre senza attribuire importanza agli interessi e alle necessità della stessa, anche se ormai deceduta, non si tutelerebbe in modo adeguato la sua identità sociale e familiare. Infatti ammettendo l'accesso alle generalità della partoriente, si andrebbe, nei casi più gravi, a travolgere la sua identità familiare, avendo la stessa probabilmente, come accade nella maggior parte dei casi, celato ai familiari il fatto di aver partorito in anonimato. Pertanto l'orientamento giurisprudenziale in

⁴⁵ Si vedano le seguenti pronunce: Cassazione Civile, n. 15024, dd. 21 luglio 2016; Cassazione Civile, n. 22838, dd. 9 novembre 2016; da ultimo Cassazione Civile, n. 19824, dd. 30 gennaio 2020.

⁴⁶ Cassazione Civile, n. 15024, dd. 21 luglio 2016.

⁴⁷ M. N. Bugetti, *Parto anonimo: la secretazione dell'identità della madre si protrae anche dopo la sua morte*, in *Famiglia e diritto*, 2020, vol. 12, p. 1139-1147: "Se dunque, in definitiva, l'evento morte non incide, comprimendolo, sul diritto all'anonimato della madre, pare a chi scrive condivisibile un ripensamento del granitico orientamento della S.C. sul punto; con l'auspicio che la tutela dell'interesse del figlio adottato a conoscere le proprie origini non acquisisca una preponderanza tale da sminuire l'effettività dell'anonimato come rimedio rispetto a più tragiche scelte."

⁴⁸ Tribunale Minorenni Genova, 23 maggio 2019 e Tribunale Minorenni Milano, 7 settembre 2020. La pronuncia del Tribunale dei Minorenni di Genova è stata commentata da V. Montaruli, *Il parto anonimo in caso di morte della madre e l'estensione dell'accesso alle origini ai fratelli: quale bilanciamento?*, in *Ilfamiliarista.it*, 28 novembre 2019: "L'assolutezza della decisione del Tribunale per i minorenni di Genova rappresenta, in conclusione, un coraggioso atto di ribellione alla prevalenza in astratto attribuita dalla giurisprudenza di legittimità alla sfera soggettiva e in particolare al diritto all'identità personale dell'adottato che ricerca le proprie origini rispetto alla presumibile volontà della madre deceduta e alle situazioni soggettive di terzi."

disamina propende per un'interpretazione letterale della norma ed esclude l'accesso alle origini da parte del figlio adottivo nel caso in cui non sia più possibile interpellare la madre perché deceduta.

Il secondo punto critico affrontato dalla giurisprudenza riguarda il caso in cui la madre, il cui figlio biologico la vuole conoscere, sia incapace di intendere e di volere al momento del cosiddetto "interpello". Nello specifico ci si chiede se tali condizioni psico-fisiche rilevino al fine di esperire l'"interpello".

La Suprema Corte di Cassazione si è occupata di recente di tale questione,⁴⁹ confermando la sentenza di merito che aveva escluso il diritto del figlio a conoscere l'identità della propria madre, in quanto la donna era in età molto avanzata e versava in gravi condizioni di salute sia fisiche che psichiche. La *ratio* della propria decisione era quella secondo cui la madre, a causa del suo stato fisico e psichico, non era in grado di esprimere un valido consenso alla rimozione dell'anonimato. Ad avviso della Corte la scelta del parto anonimo costituisce un diritto personalissimo, che può essere oggetto di disposizione solo da parte dell'effettivo titolare dello stesso. Si esclude pertanto anche la possibilità di revocare tale segreto mediante un rappresentate. La Corte esclude dunque anche di poter "interpellare" la madre se in gravi condizioni di salute fisiche e psichiche tali da scemare la sua capacità di intendere e di volere.

6. Riflessioni conclusive.

Nonostante il diritto al parto in anonimato costituisca un diritto ormai acquisito e regolato, non in modo organico, ma da singole norme di legge, una parte della dottrina critica aspramente tale diritto.⁵⁰ Questa osserva che nel caso

⁴⁹ Cassazione Civile, ordinanza n. 22497, dd. 9 agosto 2021. Da ultimo la Prima Sezione Civile della Suprema Corte, con ordinanza n. 7093, dd. 3 marzo 2022, si è occupata della stessa questione e ha statuito che: "Il figlio nato da parto anonimo ha diritto di conoscere le proprie origini, ma il suo diritto deve essere bilanciato con il diritto della madre a decidere di conservare o meno l'anonimato. Di conseguenza, se, per un verso, deve consentirsi al figlio di interpellare la madre biologica al fine di sapere se intenda revocare la propria scelta, per altro verso occorre tutelare anche l'equilibrio psico-fisico della genitrice, sicché il diritto all'interpello non può essere attivato qualora la madre versi in stato di incapacità, anche non dichiarata, e non sia pertanto in grado di revocare validamente la propria scelta." Per un commento a suddetta ordinanza si veda S. A. R. Galluzzo, *Parto anonimo. Prevale il diritto all'oblio se la madre è incapace*, in *Ifamiliarista.it*, 2022.

⁵⁰ B. Checchini, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo istituto dell'interpello*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2017, vol. 9, p. 1288-1291; M. N. Bugetti, *La strumentalità necessaria del riconoscimento materno nel sistema dell'accertamento della filiazione materna*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, vol. 2, p. 445-460: "La madre che decida di partorire nell'anonimato, non solo impedisce al figlio di conseguire nella maniera più immediata, ovvero mediante il riconoscimento, lo *status filiationis*, ma altresì vede protetto *ad libitum* il proprio anonimato. In tal modo, l'anonimato materno costituisce il vero elemento dirompente la tutela del figlio, esponendolo all'insindacabile (apparentemente,

concreto non vi sarebbe un vero bilanciamento dei diritti tra loro in conflitto, poiché le esigenze del figlio sarebbero totalmente rimesse alla mera scelta della madre.⁵¹ Difatti, allo stato dell'arte, se la madre interpellata decide di non revocare l'anonimato, al figlio è precluso l'accesso alle informazioni riguardanti le proprie origini. In tal modo il diritto del figlio affievolirebbe del tutto di fronte alla perdurante volontà della madre a mantenere il segreto.

Diversa dottrina rileva che l'istituto del diritto al parto in anonimato porrebbe la madre in una posizione nettamente privilegiata rispetto a quella del padre del figlio. Infatti, mentre la partoriente può decidere di non essere nominata e pertanto recidere ogni legame col figlio, tale scelta non è data al padre, che può decidere di non effettuare il riconoscimento, ma che potrà ciononostante essere chiamato in giudizio successivamente dal figlio con un'azione per la dichiarazione di paternità.⁵²

La stessa dottrina sottolinea che, nel caso di decesso della madre, in difetto di un'espressa regolamentazione normativa, la possibilità del figlio adottivo di accedere alle proprie origini sarebbe rimessa alla discrezionalità del Tribunale adito perché, come sopra illustrato, non vi è ancora certezza di veduta sul punto, soprattutto tra i Tribunali di merito.

La necessità di un intervento legislativo emerge dunque dalle persistenti oscillazioni della giurisprudenza, soprattutto di merito, sulle concrete modalità di espletamento del diritto al parto in anonimato. Di recente si è cercato di dare risposta a tale necessità con due disegni di legge. Il primo è il disegno di legge n. 1978 del 18 giugno 2015 in materia di "Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni

financo capricciosa) scelta della donna di partorire senza diventare madre. Di più, se si ammette che anche la partoriente coniugata possa avvalersi della facoltà *ex art.* 30 D.P.R. n. 396 del 2000, la madre si erge ad arbitra dello *status filiationis*, con effetti espansivi anche nei confronti del padre (...)."

⁵¹ A. Renda, *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, in *Famiglia e diritto*, vol. 9, 2004, p. 510-527: "La scelta se far emergere o lasciare sommerso il rapporto genitoriale è veramente sovrana, perché l'impulso alla formazione del titolo di stato può provenire dalla madre e dalla madre soltanto."

⁵² M. Mantovani, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, vol. 6, p. 323-337: "Né può sottacersi il rilievo secondo cui l'opzione per l'anonimato materno sarebbe fonte di disparità di trattamento tra le due figure genitoriali in ordine all'attribuzione del titolo di padre e madre, e della connessa assunzione di responsabilità nei confronti del nato. (...) Volendo trasporre e adattare questi condivisibili rilievi al diverso contesto qui in esame, potrebbe osservarsi che, se il padre è padre per essere geneticamente tale – bastando ad accertarlo un semplice test del DNA – esso non ha scampo e può essere chiamato in ogni momento ad assumersi i propri doveri nei confronti del nato. E a questi fini è del tutto indifferente l'elemento volontaristico, poiché nessun rilievo riveste – come si esprime la giurisprudenza – un disvolere dell'uomo rispetto all'atto procreativo."

sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita”,⁵³ decaduto a causa di fine legislatura in cui era stato presentato. Il disegno di legge n. 1978 del 2015 contemplava la possibilità di ripensamento sul segreto da parte della madre che voleva incontrare il proprio figlio. In questo senso l’atto normativo in disamina prevedeva la possibilità per la madre di revocare la propria scelta.⁵⁴

Il secondo atto normativo, che ha cercato di regolamentare la materia in disamina, è il disegno di legge n. 922, intitolato “Norme in materia di diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche”, presentato al Senato il 7 novembre 2018, attualmente in corso di esame.⁵⁵ Il disegno di legge n. 922 del 2018 enuncia nuovamente la possibilità per la madre, che ha dichiarato di non voler essere nominata nell’atto di nascita, di revocare *ex posteriori* la sua scelta e prevede espressamente il diritto del figlio all’accesso ai dati identificativi anche se la madre sia deceduta, risulti incapace di esprimere la sua volontà oppure sia irreperibile. Ciononostante viene contemplato il diritto della madre, decorsi diciotto anni dal parto, di confermare la sua precedente scelta all’anonimato. La possibilità per la madre di palesare la propria disponibilità di incontrare il figlio viene applaudita da una parte della dottrina,⁵⁶ che, in questo modo, sposta l’iniziativa dal figlio alla madre.

⁵³ Il disegno di legge n. 1978 del 18 giugno 2015 è reperibile al seguente link <https://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/45784.htm>.

⁵⁴ Vedi Art. 1, comma , lettera b): “b) il comma 7 è sostituito dal seguente: «7. L’accesso alle informazioni è consentito nei confronti della madre che, avendo dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ai sensi dell’articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, abbia successivamente revocato tale dichiarazione ovvero sia deceduta. La revoca deve essere resa dalla madre con dichiarazione autenticata dall’ufficiale dello stato civile, contenente le indicazioni che consentano di risalire al luogo e alla data del parto nonché all’identità della persona nata. L’ufficiale dello stato civile trasmette senza ritardo la dichiarazione di revoca al Tribunale per i minorenni del luogo di nascita del figlio. La madre che ha partorito in anonimato può, decorsi diciotto anni dalla nascita del figlio, confermare la propria volontà comunicandola al Tribunale per i minorenni del luogo di nascita del figlio. In caso di conferma dell’anonimato, qualora sia presentata istanza ai sensi del comma 7-bis del presente articolo, il Tribunale per i minorenni autorizza, se richiesto, l’accesso alle sole informazioni di carattere sanitario, riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento all’eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili.”

⁵⁵ Il disegno di legge n. 922 presentato al Senato il 7 novembre 2018 è reperibile al seguente link <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/50894.htm>.

⁵⁶ Non solo il legislatore, ma anche la dottrina e, nello specifico, l’Associazione nazionale famiglie adottive e affidatarie (Anfaa) chiedono la predisposizione di un *iter* procedimentale per garantire la riservatezza delle donne. La emerita Presidente nazionale Anfaa, Donata Nova Micucci, ha espresso le seguenti considerazioni nel suo scritto “Gravissimo attacco alla tutela del parto in anonimato in aperta violazione del patto garantito dallo Stato alle donne che hanno scelto e scelgono di dare vita e di non riconoscere il proprio nato”, datato 31 gennaio 2017: “Pertanto la richiesta di conoscere

In conclusione si può osservare come la questione di diritto trattata coinvolga diversi diritti personalissimi, tutelati sia a livello nazionale che sovranazionale. Il diritto all'anonimato in capo alla madre che decide di portare a termine la gravidanza e di partorire il figlio, da un lato, e il diritto del figlio di conoscere le proprie origini e il proprio passato, dall'altro, costituiscono infatti diritti fondamentali della persona, che collidono e pertanto è necessario un giusto bilanciamento tra di loro sia da parte del legislatore che della giurisprudenza. Allo stato degli atti viene attribuita prevalenza al diritto della madre alla segretezza, fintanto sia in vita, anche per tutelare la partoriente e l'interesse del figlio. Non si può parlare, nel caso di specie, di un diritto "tiranno" che prevale su di un altro, poiché, come evidenziato dalla giurisprudenza sia di legittimità che di merito nell'esame del caso concreto tutti gli interessi in gioco dovranno essere prudentemente soppesati.

Bibliografia

- R. Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, in *Giustizia Civile*, 2018, vol. 4, p. 1023-1038
- E. Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, in *Famiglia e diritto*, 2017, vol. 1, p. 15-32
- E. Andreola, *Fratelli biologici di madre anonima e riservatezza dei dati genetici*, in *Famiglia e Diritto*, 2020, vol. 3, p. 281
- C. M. Bianca, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014
- M. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio*, in C. M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, p. 3-6
- M. Bellomo, *La parentela: l'evoluzione della nozione nel tempo e gli interventi della giurisprudenza*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2020, vol. 3, p. 1181-1214
- G. Bonilini, *Gli status o lo status di filiazione?*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, vol. 2, p. 681-687
- G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, Utet giuridica, Torino, 2018, p. 31

l'identità della partoriente da parte della persona non riconosciuta alla nascita dovrebbe essere accolta solo se le procedure previste non rischiano di danneggiare le migliaia di donne che finora non hanno riconosciuto o che non riconosceranno i loro nati e quindi solo se le donne interessate hanno preventivamente manifestato la loro decisione di procedere al riconoscimento."

- L. Bozzi, *La parabola del diritto a conoscere le proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, vol. 1, p. 174
- M. N. Bugetti, *La strumentalità necessaria del riconoscimento materno nel sistema dell'accertamento della filiazione materna*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, vol. 2, p. 445-460
- M. N. Bugetti, *Parto anonimo: la secretazione dell'identità della madre si protrae anche dopo la sua morte*, in *Famiglia e diritto*, 2020, vol. 12, p. 1139-1147
- R. Campione, *Parentela e consanguineità*, in *Completata la riforma della filiazione, Profili sostanziali, processuali, successori, penali*, Ipsoa, Milano, 2014, p. 160
- E. Carbone, in E. GABRIELLI, *Commentario del Codice civile*, Utet giuridica, Torino, 2010, p. 517
- V. Carbone, *Corte Edu: conflitto tra diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, in *Corriere giuridico*, 2013, vol. 7, p. 940-946
- B. Checchini, *Anonimato materno e diritti dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, vol. 3, p. 709-725
- B. Checchini, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo istituto dell'interpello*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2017, vol. 9, p. 1288-1291
- A. Cicu, *La filiazione*, in F. VASSALLI, *Trattato di diritto civile*, Utet giuridica, Torino, 1969, p. 27
- A. De Cupis, *Della filiazione legittima*, in G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Cedam, Padova, 1992, p. 41
- V. De Filippis, A. De Donno, M. Panebianco, *Il parto in anonimato e l'abbandono di neonato in ospedale: adozione delle linee guida, esperienza ed innovazione della ASL di Bari. Childbirth in anonymity and abandonment of baby in hospital: adoption of guidelines, experience and innovation of Bari local health Centre*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2016, vol. 1, p. 503
- P. Di Marzio, *Il diritto alla conoscenza delle origini dei figli adottivi, non solo figli ma anche fratelli*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, vol. 4, p. 1691
- M. Dossetti, *L'accertamento della filiazione legittima tra automatismo e principio volontaristico*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, vol. 10, p. 1992 e in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Milano, 2002, p. 823
- M. Dossetti, *La filiazione nel matrimonio*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto di famiglia, La filiazione*, Utet giuridica, Torino, 2016, p. 3367-3431
- M. Dossetti, *Sull'accertamento dello status del figlio nato in costanza di matrimonio*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 81
- S. A. R. Galluzzo, *Parto anonimo. Prevale il diritto all'oblio se la madre è incapace*, in *Ifamiliarista.it*, 2022.

- L. Lenti, *Adozione e segreti*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2004, vol. 2, p. 237
- T. Mancini, *Riconoscimento di figlio naturale e dichiarazione non equivoca di paternità o maternità naturale*, in *Giustizia civile*, 1962, p. 178
- M. Mantovani, *La filiazione legittima*, in G. FERRANDO, *Il nuovo diritto di famiglia, volume terzo filiazione e adozione*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 240
- M. Mantovani, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, vol. 6, p. 323-337
- V. Montaruli, *Il parto anonimo in caso di morte della madre e l'estensione dell'accesso alle origini ai fratelli: quale bilanciamento?*, in *Ifamiliarista.it*, 28 novembre 2019
- A. Renda, *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, in *Famiglia e diritto*, vol. 9, 2004, p. 510-527
- P. Rescigno, *La filiazione "riformata": l'unicità dello status*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, vol. 5, p. 1261-1298
- V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, vol. 2, p. 405-434
- M. Sesta, *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli nei processi di separazione, divorzio, annullamento matrimoniale e nel procedimento riguardante i figli nati fuori del matrimonio*, in M. SESTA, A. ARCERI, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Utet Giuridica, Torino, 2011, p. 15
- M. Sesta, *Il rapporto di filiazione*, in M. SESTA B. LENA, B. VALIGNANI, *Filiazione naturale. Statuto e accertamento*, Ipsoa, Milano, 2001, p. 3-10
- M. Sesta, *Il riconoscimento del figlio naturale*, in M. SESTA B. LENA, B. VALIGNANI, *Filiazione naturale. Statuto e accertamento*, Ipsoa, Milano, 2001, p. 93
- M. G. Stanzione, *Il diritto di conoscere le proprie origini tra identità del figlio e autodeterminazione della madre*, in *Nuova Giurisprudenza civile*, 2022, vol. 1, p. 5-18



Public Procurement and Vendor Lock-in within the Area of Data Migration

Ex Post Measures from Selected Legal Regimes of
Direct Applicability and Their Effectiveness in
Achieving Data Migration

JAN SVOBODA

GRC Security Engineer at SUSE

Ph.D. Candidate at the Institute of Law and Technology, Faculty of Law,

Masaryk University

jan.svoboda@mail.muni.cz

ABSTRACT

This article is devoted to analyzing the extent to which the existing instruments from directly applicable EU legislation within the fields of free flow of non-personal data, personal data protection, and competition law are effective in addressing vendor lock-in in public procurement within the area of data migration. Although there are ways to reduce the risk of occurrence of vendor lock-in, this problem still arises. Therefore, it is appropriate to examine *ex post* measures to address it. The article aims, in particular, to fill the gap in the literature in a way that can be used in practice (especially in the practice of the contracting authorities) and to add something new to the current state of the art by focusing on measures and legislation not having public procurement as their main



DOI: 10.54103/milanlawreview/18741

MILAN LAW REVIEW, Vol. 3, No. 1, 2022

ISSN 2724 - 3273

regulatory subject. The three chosen regimes of general and direct applicability ensure that the lessons learned can also be applied to the very narrow context of data migration issues. The article uses practical examples to illustrate effectiveness and is written such that future research may use the observations made herein as a basis when assessing the need for the amendment of existing legislation.

Keywords: public procurement; vendor lock-in; data migration.

This paper has been subjected to double-blind peer review

Public Procurement and Vendor Lock-in within the Area of Data Migration

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Vendor lock-in in the area of non-personal data – 2.1 The RFFFD, self-regulation, and codes of conduct – 2.2. Effectiveness of the instruments from directly applicable EU legislation within the field of free flow of non-personal data – 3. Vendor lock-in in the area of personal data migration - 3.1. Data processing agreement – 3.2. Right to data portability – 3.3. Effectiveness of the instruments from directly applicable EU legislation within the field of personal data protection – 4. Competition law and vendor lock-in within the area of data migration – 4.1. Follow-up contract and the market definition – 4.2. Abuse of a dominant position and its qualification – 4.2.1 Unfair conditions and excessive pricing – 4.2.2 Refusal to deal – 4.3 Effectiveness of the instruments from directly applicable EU legislation within the field of competition law – 5. Conclusion.

1. Introduction

As it accounts for over 14% of the European Union's GDP, public procurement represents a significant part of the European Union's economy.¹ Regulation in this area pursues several goals.² One of these goals is the promotion of efficiency in public spending.³ This aim is expressly stated in Recital 2 of Directive 2014/24/EU and Recital 4 of Directive 2014/25/EU, and is thus mentioned in both directives which currently regulate the field of public procurement in the European Union.⁴ Efficiency in public spending can be understood as a relationship between output and input – contracting authorities should be aiming to spend only the amount of resources necessary (input-efficiency) to achieve the required aims: to obtain goods, works, or services of an adequate quality and quantity (output-efficiency).⁵ However, various phenomena represent

¹ European Commission, '[Single Market Scoreboard: Performance per policy area: Public Procurement](#)', accessed 29 November 2020

² Marta Andhov, (Née Andrecka), 'Contracting Authorities and Strategic Goals of Public Procurement – A Relationship Defined by Discretion?' in Sanja Bogojević, Xavier Groussot and Jörgen Hettne (eds), *Discretion in EU Public Procurement Law* (Hart Publishing 2018) 121

³ *ibid*

⁴ European Commission, '[Environment: EU Public Procurement Directives](#)', accessed 29 November 2020

⁵ See Santiago Herrera and Abdoulaye Ouedraogo, '[Efficiency of Public Spending in Education, Health, and Infrastructure – An International Benchmarking Exercise](#)' (World Bank Group 2018) 2, accessed 4 January 2021

a threat to attaining this goal.⁶ One of them, as will be explained below, is vendor lock-in.

Generally speaking, vendor lock-in adversely affects the public procurement environment and the management of sources by contracting authorities. It manifests itself as a contracting authority's dependence on the contractor.⁷ This means that the contracting authority is reliant on a sole vendor who is the only vendor with the capability to provide with the required goods, works, or services. As a result, the buying choices of the contracting authority are tied.⁸ Whereby, competition is reduced and the contracting authority is likely to be forced to spend more resources or gain inputs of lower quality or quantity than in a competitive situation.

There are several possible causes for vendor lock-in. One of them is a monopoly, which can occur both on the market for the original solution and the market for subsequently developed solutions – the aftermarket. Another reason for this dependence, occurring mainly on the aftermarket, may be that the original vendor holds specific contractual rights, intellectual property rights, know-how, or specific technology (needed to deploy a follow-up solution).⁹ For instance, the company responsible for public transport in Prague, together with the city of Prague, purchased an IT solution known as “Open Card”, which was essentially a piece of transport service software (check-in system) using chip cards.¹⁰ However, the contracting authorities failed, among other things, to secure for themselves the option to edit the data on the chip cards (and to further develop the system without the original contractor). Thus they became dependent on the original contractor in relation to any possible adjustments.¹¹

The importance of addressing the problem is illustrated by a 2015 survey, according to which 42% of respondents across the EU found themselves in some form of ICT¹² vendor lock-in.¹³ Based on this survey, it is fair to say that the

⁶ Another threat to goals of public procurement can be for example corruption. See for example: Steven Kelman, ['Goals, Constraints, and the Design of a Public Procurement System'](#) in *The Costs of Different Goals of Public Procurement* (Konkurrensverket 2012) 13-14, accessed 4 January 2021

⁷ Rajiv C. Shah, Jay P. Kesan and Andrew C. Kennis, ['Lessons for Open Standard Policies: A Case Study of the Massachusetts Experience'](#) (2007) Illinois Public Law Research Paper No. 07-13, 7, accessed 5 September 2020

⁸ *ibid*

⁹ *ibid*, 3-7

¹⁰ The Supreme Administrative Court (of the Czech Republic) 1 As 256/2015-95 (2016)

¹¹ *ibid*

¹² Information and communication technologies

¹³ European Commission, ['Study on best practices for ICT procurement based on standards in order to promote efficiency and reduce lock-in'](#) (2016), accessed 5 September 2020

ICT sector is vulnerable to this kind of dependence. The percentage given above may have decreased since the time of the survey, but the reduction is unlikely to be significant, seeing as only partial steps have been taken at the EU level to prevent vendor lock-in. Moreover, none of these steps are part of the legislation that governs public procurement as its main regulatory subject,¹⁴ i.e., the given rules do not apply to public procurement as a whole, but only to a specific kind of public procurement dealing with a subject matter governed by specific legislation, such as data processing. One step we can mention in this respect is the adoption of Regulation (EU) 2018/1807 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union (“RFFND”).¹⁵

Within the broader problem of vendor lock-in in the area of public procurement, this article will be focused specifically on issues relating to data migration. This problem may occur, in particular, where the contractor is a data processor¹⁶ acting on behalf of the contracting authority (a data controller)¹⁷ and the contractor is not obliged to transfer the data processed on behalf of the contracting authority back to that authority or to a new contractor (a new processor) appointed by the contracting authority. Alternatively, this problem also occurs, for example, if the contracting authority is contractually forbidden to process the data or if the contractor is not obliged to transfer these data in a format required for further processing. This means that the contracting authority is not able to process “its” data without the involvement of the original contractor, or else must bear high switching costs to collect the data once again, to convert the data to the required format or to purchase additional solutions enabling the contracting authority to work with the given format. Consequently, this kind of vendor lock-in constitutes a problem for the data portability of data processed on behalf of the contracting authority.

¹⁴ Another attempt to address ICT third-party dependencies, this time in the field of financial sector, has manifested itself in the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on digital operational resilience for the financial sector and amending Regulations (EC) No 1060/2009, (EU) No 648/2012, (EU) No 600/2014 and (EU) No 909/2014 (see for example Recital 28 or Article 25 (2) of this regulation). As this proposal is still in its nascent stages, it will not be discussed further in these pages.

¹⁵ This regulation is analysed in more detail in chapter 1 of this article.

¹⁶ Nevertheless, data migration may be relevant also in the relationship between two data controllers or joint controllers (recipients in general), because the transfer of data may occur also between these entities.

¹⁷ Justice Opara-Martins, Reza Sahandi and Feng Tian, '[Critical analysis of vendor lock-in and its impact on cloud computing migration: a business perspective](#)' (2016) 5 J Cloud Comp, accessed 5 September 2020

Although there are ways to reduce the risk of occurrence of vendor lock-in,¹⁸ such as the adequate design of subject-matter and conditions of a contract, selection criteria, contract-award criteria, etc., the problem can still arise. Contracting authorities may in theory negotiate broad contractual rights (including data portability rights) in order to prevent this problem. However, negotiating such broad rights (without further consideration) likely results in a higher price for the offered solution. If these rights are conceived too broadly (and the contracting authority then does not exercise them), the process will not be in compliance with the efficiency principle within the meaning of Recital 2 of Directive 2014/24/EU and Recital 4 of Directive 2014/25/EU.¹⁹ It is therefore understandable that in certain cases, the contracting authority does not consider the future need for data portability and does not reserve adequate data portability rights. Likewise, it may fail to secure these rights due to administrative or legal error. In situations such as these, *ex post* measures should be used.

If vendor lock-in occurs (or seems to have occurred) and the relevant dependence manifests itself, the bargaining power of the contractor increases. In such a case, the bargaining power of the contractor is much higher than that of the contracting authority, and this seriously threatens the efficiency of public spending. The person responsible for choosing the particular procedure and its legality is, of course, the contracting authority.²⁰ However, depending on the factual circumstances (such as the impossibility to choose another vendor without incurring high switching costs), the contracting authority may be “forced” by the contractor to use the negotiated procedure without prior publication (and thus to “exclude competition”) and to award to the original contractor additional

¹⁸ See an article written by former vice-chair of the Czech Office for the Protection of Competition: Josef Chýle, [‘Jaké otázky si klást v IT veřejných zakázkách před zahájením migrace dat a problematika vendor lock-in’](#) (2017) Informační list 2017 - Zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata, 19ff, accessed 29 November 2020.

¹⁹ While I have not found any actual instances where the relevant authorities in the EU challenged excessive portability rights, it should be emphasized that stipulating overly broad rights (for instance) is not the proper way of preventing vendor lock-in. The contracting authority cannot simply purchase something which it does not need (without a proper previous assessment of its needs and potential risks). Police forces (at least in the EU) do not purchase Lamborghinis “just in case” they need to drive 300 km/h. It would not be proportionate to their actual or likely needs. The same applies to data migration processes. The contracting authority simply cannot apply all possible *ex ante* measures to prevent vendor lock-in – it should strive to find the right balance depending on the given situation.

²⁰ See for example Recitals 69 and 71 of Directive 2014/24/EU.

contracts based on terms *de facto* defined by this contractor.²¹ The contractor's approach is logical, as it is mainly motivated by its own (future) profits. In such situations, the contracting authority should take a look into the *ex post* measures available under the applicable law to reduce possible costs (of various kinds) while resolving the issue. While no assumptions should be made as to the true motivations of the contracting authority, in the aforementioned Open Card case, the contracting authorities were compelled, as a consequence of the vendor lock-in, to use the negotiated procedure without prior publication even though the required conditions for such procedure were not met (i.e., the procedure was used unlawfully). As a consequence, the contracting authorities were fined.²²

The rules governing public procurement as a primary regulatory subject (Directive 2014/24/EU, Directive 2014/25/EU, and the respective national acts implementing these directives) in principle allow only two ways how to address vendor lock-in which has already manifested itself (for example due to inappropriate conduct of the contracting authority in the past, or due to an unexpected event). The first one is using the above-mentioned negotiated procedure without prior publication; the second one is to repurchase the entire solution which is the subject of the vendor lock-in – this time under more favorable conditions. Generally speaking, neither option can actually be considered to be efficient.²³ Later in this article, we shall use these options as a benchmark to determine whether alternative *ex post* measures may be more effective in addressing vendor lock-in.

As outlined above, using the negotiated procedure without prior publication can result in a higher price than the price offered in a competitive market. In the course of repurchasing, the contracting authority is required to pay for a similar solution twice (i.e., for the original one and then for a new one). At this point, one should stress that even a mere 1% efficiency gain could result in 20 billion EUR savings per year.²⁴ Therefore, it is appropriate to look at how the given vendor lock-in within the area of data migration could be addressed by using other legal fields – regimes of general applicability. These regimes could be used to find solutions that would remove the need for any bargaining with the current contractor, as the contractor would be obliged to migrate the data.

²¹ One of the fundamental aspects of the negotiated procedure without prior publication is the inherent restriction of competition. See David Dvořák and others, *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář* (CH Beck 2017) 338.

²² The Supreme Administrative Court (of the Czech Republic) 1 As 256/2015-95 (2016)

²³ Jan Svoboda, '[Veřejné zakázky v oblasti ICT a problém závislosti zadavatele](#)' (2019) 10(19) *Revue pro právo a technologie* 135, accessed 14 November 2020

²⁴ European Commission, '[Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs: Public Procurement](#)', accessed 29 November 2020

As regards the state of the art, only a limited number of publications dealing with vendor lock-in in public procurement are available.²⁵ In addition, most of the publications addressing data portability mention this phenomenon only marginally (if at all)²⁶ and are often focused primarily on *ex ante* measures.²⁷ I am not aware of any publication, whether in English, Czech or Slovak, which would primarily be devoted to the possibilities of addressing vendor lock-in within the area of data migration by contracting authorities, especially not from the perspectives of *ex post* measures stated in legal regimes of general applicability. I would like to fill this gap in the literature in a way that can be used in practice (especially in the practice of the contracting authorities) and to add something new to the current state of the art by focusing on *ex post* measures and legislation that do not have public procurement as their main regulatory subject. Nevertheless, valuable sources addressing the problem of data portability do exist.

The first group of information sources relates to non-personal data. In this regard, it is necessary to mention the RFFFND, which aims to provide a framework to reduce certain vendor lock-in practices.²⁸ The regulation mainly ensures the free movement of non-personal data across borders within the EU. Based on Article 6 of the RFFFND, the development of self-regulatory codes of conduct at the Union level shall be encouraged and facilitated by the European Commission. These standards should be based on several principles, including the principle of interoperability. Thus, information on the state of the art,²⁹ including secondary sources, regarding the development of these codes of conduct³⁰ is without doubt also beneficial for the analysis. The importance of data portability can also be seen in the European Commission's current approach that proposes measures to boost data sharing.³¹

The second group of sources consists of (but is not limited to) academic papers and other professional literature dealing with the instruments relating to

²⁵ See for example: Bianca Sjoerdsa, ['Dealing with Vendor Lock-in'](#) (University of Twente 2016), accessed 5 September 2020.

²⁶ See for example: Article 29 Data Protection Working Party, ['Opinion 05/2012 on Cloud Computing'](#) (2012) 16, accessed 5 September 2020.

²⁷ Josef Chýle, ['Jaké otázky si klást v IT veřejných zakázkách před zahájením migrace dat a problematika vendor lock-in'](#) in 'Informační list 2017 - Zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata' (Úřad pro ochranu hospodářské soutěže 2017), accessed 29 November 2020

²⁸ See Recitals 2, 6, and 31 of the RFFFND.

²⁹ SWIPO, ['SWIPO codes published'](#), accessed 29 November 2020

³⁰ See for example: Petr Mišúr, 'Evropský parlament schválil nařízení o volném pohybu neosobních údajů v EU' (CH Beck 2018) 11-12 *Obchodněprávní revue*.

³¹ European Commission, ['Commission proposes measures to boost data sharing and support European data spaces'](#) (2020), accessed 29 November 2020

data portability as stated in Regulation (EU) 2016/679 (“GDPR”), also in connection with other regimes,³² and the respective guidelines of the relevant authorities.³³

Data portability is also a topic in another regime of direct applicability – namely, competition law.³⁴ In the area of competition law, a number of cases are dealing with abuse of a dominant position. Some of them relate directly to the refusal to provide certain information.³⁵ Such cases may be valuable sources to be applied in the area of public procurement as well.

Against the backdrop of the above, the present paper seeks to analyze to what extent the existing instruments from directly applicable EU legislation within the field of free flow of non-personal data, personal data protection, and competition law are effective in addressing vendor lock-in in public procurement within the area of data migration (as compared to the options provided by public procurement law – to use a negotiated procedure without prior publication, or to repurchase the entire solution). These three regimes are not the only ones through which the problem of data portability may be addressed (consider, for instance consumer protection law³⁶), but they are the most relevant, as they are designed to regulate the processing of data or to prevent the abuse of a dominant position. Moreover, directly applicable legislation, as it generally needs no further transposition and implementation, allows for a more uniform regulation.³⁷

³² Janis Wong and Tristan Henderson. [‘The right to data portability in practice: exploring the implications of the technologically neutral GDPR’](#) (2019) 9 3 International Data Privacy Law, accessed on 26 April 2021; Stephanie Elfering, [‘Unlocking the Right to Data Portability – An Analysis of the Interface with the Sui Generis Database Right’](#) (2019) 38 Munich Intellectual Property Law Center - MIPLC Studies, accessed 29 November 2020

³³ See in particular: Article 29 Data Protection Working Party, [‘Guidelines on the right to data portability’](#) (2017), accessed 29 November 2020.

³⁴ Carolina Banda, [‘Enforcing Data Portability in the Context of EU Competition Law and the GDPR’](#) (2017) MIPLC Master Thesis Series (2016/17), accessed 29 November 2020

³⁵ Case 238/87 *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd.* [1988] ECR 6211, Joined cases C-241/91 P and C-242/91 *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities* [1995] ECR II575, Case C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.* [1998] ECR I-7817, Case C-481/01 *IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG* [2004] ECR I-5039, Case T-201/04 *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities* [2007] ECR II-3601

³⁶ In the Czech Republic, in some situations, vendor lock-in in the area of data migration can be addressed also on the basis of Section 6a (2) and (3), 15 of Act No. 181/2014 Coll. or Section 9e of Act No. 365/2000 Coll.

³⁷ Which is not to deny the possibility that there may be gaps in this legislation.

Consequently, the findings of the research reported herein can be used by contracting authorities across the EU. At the same time, the three chosen regimes of general and direct applicability ensure that the lessons drawn can also be applied within the very narrow context of data migration issues in public procurement. The observations can also be used in future research as the basis for assessing the need for amendment (if any) of EU legislation (including Directives) or of the national laws.

The main research question to be answered in this article is:

- *To what extent are existing instruments from directly applicable EU legislation within the field of free flow of non-personal data, personal data protection, and competition law effective in addressing vendor lock-in in public procurement within the area of data migration?*

To answer the above question to an adequate level of detail and in a comprehensible manner, I have divided it into the following three sub-questions:

- *To what extent are existing instruments from directly applicable EU legislation within the field of free flow of non-personal data effective in addressing vendor lock-in in public procurement within the area of data migration?*
- *To what extent are existing instruments from directly applicable EU legislation within the field of personal data protection effective in addressing vendor lock-in in public procurement within the area of data migration?*
- *To what extent are existing instruments from directly applicable EU legislation within the field of competition law effective in addressing vendor lock-in in public procurement within the area of data migration?*

In answering these sub-questions, the effectiveness “as such” will firstly be assessed, followed by an assessment of the extent of this effectiveness. An existing instrument (i.e., the possibilities introduced by the current legislation to address the given problem) will be, for the purpose of this article, deemed as effective if it provides the basis to achieve data migration even though there is no comprehensive contractual basis. However, the respective instrument will be deemed effective only if it provides at the same time for a solution that exceeds the benchmark based on the two possible solutions to address the problem of vendor lock-in under public procurement law, which has been described above. Then, the extent of effectiveness will be assessed as the set of situations to which these instruments apply (whereas this paper will generally describe the limitations of

the solution if it cannot be used in every case of vendor lock-in in public procurement within the area of data migration).

The aim of this article is not to describe the various types of vendor lock-in or analyze *ex ante* measures or how to find the proper balance between a high risk of occurrence of vendor lock-in and overly broad (and thus costly) contractual rights of the contracting authority. Also, the article does not analyze *ex post* measures addressing data portability issues in public procurement within any other field than the three fields mentioned in the main research question.

This article is based primarily on doctrinal legal research of statutory legislation, academic literature, guidelines, and other soft law of the relevant authorities and case law. Some of the sources may have originated in national legislation, or in legislation that is no longer in force. Such sources will be used only if the information provided therein is also relevant to the currently applicable EU legislation.

Following this introduction (Chapter 1), the article is structured into three main chapters (Chapters 2-4), one dedicated to each of the sub-questions, and a conclusion (Chapter 5). In Chapter 2, the possibilities to address vendor lock-in within the data migration area based on the RFFFND will be analyzed, particularly based on codes of conduct within the meaning of Article 6 of that Regulation.

Chapter 3 will be devoted to the analysis of two legal instruments governing personal data portability. The first is the obligatory written agreement on personal data processing, which shall be concluded between a controller and a processor within the meaning of Article 28 (3) of the GDPR. The second one is the data portability right stated in Article 20 of the GDPR. In particular, we shall analyze whether and how data controllers can use the data portability right (which really is a right of data subjects)³⁸ in order to address the data portability issues and to what extent this instrument can be used by contracting authorities.

Chapter 4 analyzes whether and under what circumstances conduct causing vendor lock-in (or taking advantage of vendor lock-in) may qualify as an abuse of a dominant position and therefore as a breach of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”).

The findings will be then summed up in Chapter 5.

Having now reached the conclusion of the introductory chapter, and before we dive into the analytical chapters laid out above, let’s first have a look at a model case designed to illustrate the effectiveness of the current approaches in practice; this model case should increase the accessibility of the material presented further below in this article.

³⁸ According to Article 4 (1) of the GDPR, the data subject is an identified or identifiable natural person to whom the personal data relates.

Model case

A hypothetical EU member state (let it be called “Portain”) is obliged under its national law to ensure the possibility of traveling across all regions by train. This national law, in particular, designates routes whose operation must be ensured by the government. Portain has decided to outsource the operation of trains on these routes to an external railway company. There is only one railway company in Portain which is able to operate the trains on all of the mandatory routes. This company is called Furious But Not Fast (“FBNF”) and has operated these routes since 1999. The existing contractual relationship between Portain and FBNF will last until 1 December 2021. For the period thereafter, a new contract will have to be concluded.

In 2015, Portain decided to provide travelers with the option to buy train tickets online, including tickets that are valid for 24 months and registered via the personal account of the traveler. Thus, it was agreed with FBNF that FBNF would develop and operate a new complex IT system administrating the necessary data. FBNF holds the property rights to the IT system and the data is processed by FBNF on behalf of Portain. Both the IT system and the data are stored in cloud servers located in another EU member state. The agreement between Portain and FBNF sets out only the categories of data to be processed by FBNF (including the data on customers and their currently valid tickets and statistical data on the occupancy of individual routes), terms of remuneration and basic security requirements. Both personal and non-personal data are processed in the IT system. A data processing agreement has also been concluded, in accordance with Article 28 of the GDPR. Under the GDPR, a controller and a processor are obliged to conclude this agreement³⁹ (in writing)⁴⁰ if the processor processes personal data on behalf of the controller (and if the processing is not based on another act of the Union).⁴¹ The duration of this data processing agreement is dependent on the duration of the main agreement. Portain has no complex, contractually stipulated, exit strategy in relation to data migration. In other words, none of the aforementioned agreements (and no other relevant agreement) contain any provision about what happens with the data when the main agreement expires (going beyond the mandatory provisions stipulated in Article 28 (3) of the GDPR).

In December 2020, Portain announced its plan to offer the operation of the trains on each mandatory operated route as a separate contract within separate public procurement procedures. Portain has several regional railway companies but none of them has the capacity to operate more than 8 % of the routes in Portain. FBNF announced that it will not allow the other railway companies to use the IT system and, more importantly, the data it contains. Based on this announcement, Portain decides to explore the necessary legal steps to gain complete control over

³⁹ Mandatory stipulations of this agreement are prescribed by Article 28 (3) of the GDPR.

⁴⁰ Article 28 (9) of the GDPR

⁴¹ Article 28 (3) of the GDPR

key data so that it will be able to provide the data to the companies that will operate the mandatory routes in the future.

2. Vendor lock-in in the area of non-personal data

A data portability problem, including vendor lock-in in public procurement within the area of data migration, generally arises because the contracting authority (or another party) simply cannot request the contractor to “return” the data *ex lege*. This kind of problem is not generally expected with tangible goods, as it is clear who is the owner of the object in question. Thus, there is usually no problem to determine, in the absence of any other legal title (such as a rental agreement), the person who may *ex lege* request the possessor of the tangible good to return it to them. Thus, the concept of *data ownership* could potentially resolve the problem of vendor lock-in.

Indeed, from time to time, the concept of data ownership is being discussed and promoted.⁴² Some professionals even note (maybe incidentally) that data (with no further specification) can actually be owned under the currently applicable legislation.⁴³ Nevertheless, the majority of scholars are of the opinion that data generally⁴⁴ should not and, most importantly, cannot be owned because of its specific nature.⁴⁵ This majority, to which I happen to belong myself, argues that it

⁴² Nadezdha Purtova, ['Do Property Rights in Personal Data Make Sense after the Big Data Turn?'](#) (2017) Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series.

No. 21/2017, accessed on 2 February 2021, Jeffrey Ritter and Anna Mayer, ['Regulating data as property, a new construct for moving forward'](#) (2018) Duke Law & Technology Review, 1 16, 277, accessed 2 February 2021

⁴³ Petr Vévoda, ['Data obsažená v IT systémech, jejich vlastnictví a zakázkové právo'](#) (2017) Zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata - Informační list 1 17, accessed 5 February 2021

⁴⁴ The flow of data can of course be limited by contractual or technical restrictions. Information derived from data can be also subject to copyright and the data itself may be subject to other kinds of intellectual property, but all these constructs should be regarded as an exemption from the default status of freely flowing data. Cf. Herbert Zech, ['A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data'](#) (2016) 11 6 Journal of Intellectual Property Law & Practice 460-470, accessed on 19 April 2021

⁴⁵ This specific nature, and the reasons supporting the claim against the possibility of ownership, are well described by Dan Sventesson and Radim Polčák in their book “Information Sovereignty – Data Privacy, Sovereign Powers and the Rule of Law”. See also Jakub Míšek, *Moderní regulatorní metody ochrany osobních údajů* (Masarykova univerzita 2020) 38, or, in relation to information, Jean Nicolas Druey, 'Information Cannot Be Owned: There is More a Difference than Many Think' (2004) Harvard Law School Public Law Research Paper Series, Research Paper no 96, 6-7.

is more suitable to set out rights and duties in relation to data processing activities. This approach, which can, among other aspects, allow several persons to exercise their rights to the same data at the same time, is in line with the data processing-oriented approach taken by the lawmaker in RFFFND (and in the GDPR⁴⁶).^{47, 48} This regulatory approach will be, for the purpose of this and the following chapter, deemed reasonable. Thus, the analysis will focus on the possibilities to address vendor lock-in within the area of data migration in public procurement by means provided for in this regulatory framework targeting the processing activities.

In this chapter, particular attention will be paid to the currently applicable RFFFND. It is the main regulation related specifically to the processing of non-personal data. The first subchapter will analyze the framework for free flow of non-personal data established by RFFFND, and the possibilities (and related effectiveness) of using the instruments introduced by this regulation as *ex post* measures to address vendor lock-in in public procurement within the area of data migration. The second subchapter is devoted to assessing the effectiveness and its extent, as well as to proposals *de lege ferenda*.

2.1. The RFFFND, self-regulation, and codes of conduct

The RFFFND has been introduced as a reaction to two negative phenomena which have made their presence felt in the EU. These two phenomena hamper the effectiveness and efficiency of data processing and the development of the data economy. They also result in insufficient competition between cloud service providers.⁴⁹ The first one is represented by requirements under national law concerning data localization practices; the second one is the vendor lock-in.⁵⁰ Thus, the RFFFND establishes the principle of free movement of non-personal data across EU member states,⁵¹ according to which member states are generally not allowed to establish national laws which would limit data transfer within the EU (unless where justified on the grounds of public security, taking into account the proportionality principle).⁵² This principle has already been established, in relation to the flow of personal data, in the GDPR.⁵³

⁴⁶ Jakub Míšek, *Moderní regulatorní metody ochrany osobních údajů* (Masarykova univerzita 2020) 38

⁴⁷ Article 2 of the RFFFND

⁴⁸ Article 2 of the GDPR, see also Jakub Míšek, *Moderní regulatorní metody ochrany osobních údajů* (Masarykova univerzita 2020) 38

⁴⁹ Recital 6 of the RFFFND

⁵⁰ Recital 2 of the RFFFND

⁵¹ Recital 10 of the RFFFND

⁵² Article 4 (1) of the RFFFND

⁵³ Article 1 (3) of the GDPR

The RFFFND also represents a reaction to situations in which the users of data processing services are prevented, by legal, contractual, or technical means, from migrating their data from one vendor to another or to their own systems – that is, a reaction to vendor lock-in within the area of data migration.⁵⁴

According to the explanatory memorandum,⁵⁵ the RFFFND seeks, among other things, to improve the mobility of non-personal data and to make it easier for professional users of data storage or other processing services to switch between providers and to port data. The general policy then is to achieve a more competitive and integrated internal market.⁵⁶

The RFFFND seeks to protect all users, i.e., to protect the interests of both natural and legal persons.⁵⁷ Having said that, it does not state a framework for the free flow of *every* type of data, but only of non-personal data. Thus, the framework is not *ex lege* applicable to processing activities relating to personal data.

With regard to the fact that the RFFFND has been introduced to address vendor lock-in, it may be presumed that it provides the user, including the professional user, with the means to achieve data migration. However, this is not entirely true. The RFFFND does not provide the user (or the professional user) with any specific right to address vendor lock-in which can be exercised solely based on this Regulation. Nevertheless, in its Article 6, it states that the European Commission shall encourage self-regulatory activities (of service providers)⁵⁸ in the form of codes of conduct.

The self-regulatory framework has been chosen in order to comply with the proportionality principle as set out in Article 5 of the Treaty on European Union (“TEU”), according to which the introduced legal framework should not go beyond what is necessary.⁵⁹ This is at the same time an opportunity for the industry to develop solutions to address vendor lock-in itself. Until today, no official assessment of the efficiency of this self-regulatory framework established based on the RFFFND has been published. However, the European Commission is planning to review the implementation of the codes of conduct regularly.⁶⁰ If the industry

⁵⁴ Recital 5 of the RFFFND

⁵⁵ European Commission, ['Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Framework for the free flow of non-personal data in the European Union'](#) (2017), accessed on 20 April 2021

⁵⁶ *ibid*

⁵⁷ See Article 5 (7) of the RFFFND

⁵⁸ Article 6 (3) of the RFFFND

⁵⁹ European Commission, ['Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Framework for the free flow of non-personal data in the European Union'](#) (2017), accessed on 20 April 2021

⁶⁰ Europa Nu, ['A Framework for the free flow of non-personal data in the EU'](#) (2018), accessed on 20 April 2021

develops no adequate solution, the European lawmaker could intervene and adopt additional measures, including legally binding *ex lege* obligations.⁶¹ Encouragement and facilitation of the development of codes of conduct should be motivated by the aim to contribute to a competitive data economy.⁶² The aspects that codes of conduct should cover are stated in Article 6 (1) of the RFFFND.⁶³

The RFFFND does not state any duty of the contractors to bind themselves by such codes of conduct. The codes of conduct are voluntary. This is also why the RFFFND does not state any sanctions or remedial measures in this regard.

As of today, two codes of conduct have been introduced. Both of them have been developed by the SWIPO (switching and porting) Codes of Conduct Working Group. This group is one of the two digital single market cloud stakeholder groups; it finalized its codes in May 2020.⁶⁴ SWIPO currently has 26 members (mainly from the private sector), including AWS, Google, Microsoft, and SAP.⁶⁵ It is questionable whether other “smaller” stakeholders can effectively address their needs using the wording of the codes of conduct. Even more questionable is whether these stakeholders can have real incentive to address, within the codes of conduct, also the specific needs of contracting authorities as entities from the public sector.

The developed codes of conduct are the Code of Conduct for Data Portability and Cloud Service Switching for Infrastructure as a Service (IaaS)

⁶¹ *ibid*

⁶² Article 6 (1) of the RFFFND

⁶³ The codes of conduct should cover at least the following aspects:

“(a) best practices for facilitating the switching of service providers and the porting of data in a structured, commonly used and machine-readable format including open standard formats where required or requested by the service provider receiving the data;

(b) minimum information requirements to ensure that professional users are provided, before a contract for data processing is concluded, with sufficiently detailed, clear and transparent information regarding the processes, technical requirements, timeframes and charges that apply in case a professional user wants to switch to another service provider or port data back to its own IT systems;

(c) approaches to certification schemes that facilitate the comparison of data processing products and services for professional users, taking into account established national or international norms, to facilitate the comparability of those products and services. Such approaches may include, inter alia, quality management, information security management, business continuity management and environmental management;

(d) communication roadmaps taking a multi-disciplinary approach to raise awareness of the codes of conduct among relevant stakeholders.”

⁶⁴ European Commission, '[DSM cloud stakeholder working groups on cloud switching and cloud security certification](#)', accessed 5 February 2021

⁶⁵ SWIPO, '[About SWIPO](#)', accessed 21 April 2021

Cloud services (“Code of Conduct for IaaS”) and the Code of Conduct Switching and Portability of data related to Software as a Service (SaaS) (“Code of Conduct for SaaS”). These two codes of conduct should be subject to a governance agreement enforced by an independent legal entity: SWIPO AISBL. The European Commission should evaluate these codes and their impact before the end of 2022.⁶⁶

Both codes introduce several duties of the contractor in the area of transparency. For example, according to Section 5.1 of the Code of Conduct for IaaS, an infrastructure cloud service provider is obliged to provide its customer in particular with up-front information on the processes and the applicable policies relevant to data portability. For instance, an infrastructure service provider should inform its customer on: “[a]vailable porting methods and formats, including available protections and known restrictions and technical limitations” and “[c]harges and terms associated with porting”. Similar requirements on transparency, concerning cloud service providers, can also be found in the Code of Conduct for SaaS.⁶⁷ These requirements are of course best considered to be *ex ante* measures, as they enable contracting authorities and other users to assess the risks and costs associated with potential data migration.

In Section 5.2, the Code of Conduct for IaaS lists the portability requirements for cloud services, e.g., that the infrastructure service provider should provide support to facilitate interoperability.⁶⁸ This section also expressly mentions the requirement to use a structured, commonly used, and machine-readable format. Moreover, it also covers the main scenarios of data migration and states, in relatively great detail, the minimum standards to which the infrastructure service provider should adhere (including a standard of cooperation). The relationship between portability and interoperability is best described by saying that data portability serves the data transfer itself, while interoperability ensures the possibility of subsequent processing of the data in the new environment.⁶⁹ Again, similar requirements can be found also in the Code of Conduct for SaaS.⁷⁰ However, the Code of Conduct for SaaS does not expressly stipulate the requirement to use structured, commonly used, and machine-readable format.

Both codes state that they do not replace a contract between the service provider and the customer.⁷¹ Non-compliance with the code can be subject to civil

⁶⁶ European Commission, ['DSM cloud stakeholder working groups on cloud switching and cloud security certification'](#), accessed 5 February 2021

⁶⁷ See for example Section 3.1.4 of the Code of Conduct for SaaS.

⁶⁸ See Section 5.2 DP02 of the Code of Conduct for IaaS.

⁶⁹ Section 1.3 of the Code of Conduct for IaaS

⁷⁰ See Section 3.2.9 et seq. of the Code of Conduct for SaaS.

⁷¹ Section 1.4 and 3.3 of the Code of Conduct for IaaS, section 3.1.5 of the Code of Conduct for SaaS

proceedings based on a breach of the governance agreement between the service provider and SWIPO AISBL.

2.2. Effectiveness of the instruments from directly applicable EU legislation within the field of free flow of non-personal data

The impact of the RFFFND on addressing vendor lock-in cannot be predicted in this article because the RFFFND provides us with no normative certainty as it is based on self-regulation. Analyzing the probability of success of this solution is an economic rather than a legal question. The statement that the RFFFND counters vendor lock-in practices, provided in the Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the EU, must be taken with a pinch of salt. At a later point, the same document proclaims that the RFFFND provides incentives for the industry to promote the possibility of switching of service providers and data migration; this statement is much more precise.⁷²

The RFFFND was written and adopted based on several public consultations.⁷³ During the public consultations, 56.8% of the respondents from the group of small and medium-sized enterprises answered that they ran into trouble when they attempted to change service providers. This percentage is even higher than the overall percentage of 42% for the occurrence of ICT vendor lock-in across the EU in the study mentioned in Chapter 1 of this article.

As for the potential of the RFFFND, it is fair to say that thanks to the RFFFND, vendor lock-in is expressly mentioned in directly applicable regulation of significant importance. This promotes awareness of the vendor lock-in problem in the area of data migration and may increase the number of situations in which users and professional users will require vendors to provide them with effective anti-vendor lock-in solutions.

Moreover, taking into account the possibility of rising pressure from the industry (as the problem of vendor lock-in will become more known and maybe also more urgent), as well as the possibility that the European lawmaker introduces stricter measures in the future, the potential of the framework introduced by the RFFFND becomes even more significant. This is also borne out by the following facts: Firstly, the RFFFND governs, as expressly acknowledged in Recital 17 of the Regulation, *all* types of IT systems as well as *all* schemes for the provision of the services related to data processing. Therefore, it has the potential to affect a vast spectrum of data processing activities. Secondly, self-regulation allows the stakeholders to use the market's innovation potential and the

⁷² See European Commission, '[Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union](#)', accessed 5 February 2021

⁷³ Petr Mišúr, 'Evropský parlament schválil nařízení o volném pohybu neosobních údajů v EU' (CH Beck 2018) 11-12 *Obchodněprávní revue* 333-342

experience and knowledge of service providers and professional users.⁷⁴ Applying these in codes of conduct can facilitate the right balance between the needs of users and the business practices of service providers.

As described above, adherence to the codes of conduct is voluntary, and the codes of conduct do not replace contracts between the service provider and the customer. In other words, if the contracting authority plans to rely on these codes of conduct, it generally needs to incorporate their terms and conditions in the agreement (for example, by reference) so that it can easily invoke these rules within civil proceedings in which it may be one of the involved parties.⁷⁵ Some national laws may consider non-compliance with the code of conduct also to constitute a breach of contract (or similar act), seeing as it is being taken into account during the conclusion of the agreement and, what is more, it can be understood as a public promise.⁷⁶ This is supported by the fact that the requirements stated in the codes shall apply at all times, as stated in these documents.⁷⁷ Nevertheless, this article is focused on EU law and thus will not analyze those instruments of national laws any further.

As mentioned in the previous subchapter, the codes of conduct introduce a number of requirements to achieve data portability, address the main scenarios in great detail and increase transparency. Thus, if the contractor adheres to one of these codes and at the same time the contracting authority links the code to the respective agreement (or otherwise ensures that the code is contractually binding), the code of conduct can be used as an effective tool to achieve data migration under transparent terms and conditions known before the conclusion of the contractual relationship for the original solution (to which the data migration is a follow-up service).

Returning now to the model case presented earlier, it is fair to say that, thanks to the rules introduced by the RFFFND, no requirements for localization practices should generally be introduced by national law which FBNF could use as an argument for not transferring the data to Portain. The data are currently stored in the cloud located in another member state, and there is no legal ground of this member state to limit the transfer to Portain (as the data does not relate

⁷⁴ This approach is also appropriate from the point of view of competition law. Thanks to self-regulation, the industry may come up with its own solutions. This creates incentives for innovation, which in turn may promote consumer welfare.

⁷⁵ According to the Code of Conduct for IaaS, the agreement shall determine the terms under which the data migration and switching of the cloud service is delivered. See Section 6.1 of the Code of Conduct for IaaS.

⁷⁶ See for example Section 1728 et seq. and Section 1733 of the Czech Civil Code: Act No. 89/2012 Coll.

⁷⁷ Section 6.1 of the Code of Conduct for IaaS and section 3.1.5 of the Code of Conduct for SaaS

to the public security of that member state). However, the RFFFND does not directly provide for any right of the contracting authority which could then be used to achieve data migration. As FBNF does not adhere to any of the codes of conduct, the contracting authority cannot rely on them. Thus, the only legal instrument in the area of free flow of non-personal data which the contracting authority can use as an *ex post* measure is the conclusion of an adequate agreement addressing this problem. Considering the announcement made by FBNF, it is unlikely that FBNF would enter into such an agreement.

In relation to codes of conduct, this article has identified several cases in which codes of conduct can serve as a ground to achieve data migration, and in which it is not necessary to use the negotiated procedure without prior publication or to repurchase the entire solution that is currently the subject of the vendor lock-in. Therefore, codes of conduct can be considered effective instruments; however, as we shall see, their reach is limited.

One may conclude that the existing instruments from directly applicable EU legislation can be effective provided that they are actually implemented by the industry. At this moment in time, the codes of conduct govern only cloud services. Thus, more codes have to be developed also to address other services relating to the processing of non-personal data. However, the main limitation is that the RFFFND does not introduce any right of the contracting authority which could be used as an *ex post* measure to address vendor lock-in *ex lege*. Thus, this framework (applicable only to non-personal data) is only effective if the contractor adheres to the respective code of conduct. If and to the extent that the industry does not voluntarily use these codes of conduct, additional measures should be introduced by the European lawmaker to increase the effectiveness of the RFFFND (and of the framework created by it).

In case self-regulation will be found insufficient, the effectiveness of the RFFFND in the area of free flow of non-personal data can be increased by amending it in such a way that processors of non-personal data shall have the duty (*qua* analogy to the right to data portability under Article 20 of the GDPR) to provide the controller (the user) with the data in a structured, commonly used and machine-readable format. This can be achieved, for example, by transforming the mandatory provisions of voluntary codes of conduct set out in Article 6 (1) of the RFFFND into mandatory requirements that are directly applicable based on the RFFFND without the need for additional steps to make these requirements binding for the processor of non-personal data. Moreover, the European lawmaker could introduce a rule to the effect that every code of conduct, once approved by the European Commission (or other authority), is binding *ex lege*. These approaches would ensure the user's legal and factual control over the data in a normative way.

3. Vendor lock-in in the area of personal data migration

The main legislation governing the processing and protection of personal data is the GDPR. This piece of legislation governing the processing of personal

data mainly focuses on protecting data subjects and their rights⁷⁸ (with a few exemptions)⁷⁹. Thus, it protects mainly the interests of natural persons.⁸⁰ The GDPR governs only processing activities relating to personal data,⁸¹ not to data in general. Therefore, it cannot be used to address vendor lock-in within the area of data migration in every case, but only within the specific area directly related to personal data.

The GDPR does not create any pathway to ownership of personal data.^{82, 83} Instead, it lays down other rights of natural persons – data subjects⁸⁴ and governs data processing activities,⁸⁵ including the obligations relating to these activities.^{86, 87}

The GDPR has been adopted based on Article 16 of the TFEU.⁸⁸ Article 16 aims at protecting individuals with regard to the processing of personal data (and to ensure the free movement of personal data within the EU – a so-called “double purpose”⁸⁹). The main aim of the GDPR is to protect natural persons to whom the personal data relates – data subjects. This derives, for example, from Recitals 1 and 2 of the GDPR. It is also expressly stated in Article 1 of the GDPR. This means – and this fact should be highlighted – that the GDPR is not designed to protect legal persons or even specifically contracting authorities (and to address their problems in the area of vendor lock-in). However, the GDPR does provide data controllers (including contracting authorities) with certain rights. As stated in Recital 4 of the GDPR, the right to data protection “(...) *must be considered in relation to its function*

⁷⁸ See for example Recitals 1 and 2 of the GDPR.

⁷⁹ See Article 28 of the GDPR. While this article aims to empower the controller with rights against the processor, these rights are in fact designed to protect the interests of the data subjects.

⁸⁰ Article 4 (1) of the GDPR

⁸¹ Article 1 of the GDPR

⁸² See Paul de Hert and Serge Gutwirth, 'Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxemburg: Constitutionalisation in Action' in Serge Gutwirth and others (eds) *Reinventing data protection?* (Springer 2009) 3-4.

⁸³ In relation to the right to data portability, see Inge Graef, Martin Husovec and Nadezhda Purtova, ['Data portability and data control: Lessons for an emerging concept in EU law'](#) (2018) 19 *6 German Law Journal* 1368, accessed 29 November 2020

⁸⁴ See Chapter III of the GDPR

⁸⁵ See Article 1 of the GDPR

⁸⁶ See for example Chapters II and IV of the GDPR

⁸⁷ As explained in the previous chapter, this fact should not not be understood as a limitation to the GDPR.

⁸⁸ Preamble to the GDPR

⁸⁹ Hielke Hijmans, 'Article 1 Subject-matter and objectives' in Christopher Kuner and others (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (Oxford 2020) 54

in society and be balanced against other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality." In relation to this Recital, the GDPR states the legal grounds on which other entities (other than the data subjects) – controllers – can process personal data.⁹⁰ Nevertheless, these grounds are still formulated in a way that the main aim of the GDPR – to protect data subjects – is apparent. Specifically, the controller can process personal data only if the data subject has given consent or if the processing is necessary for one of the activities stated in Article 6 (1) letters b)-f) (and if at the same time other prescribed conditions are met).

Highlighting the chief objective of the GDPR in this article is not self-serving: In taking into account this chief objective, one may conclude that even if the GDPR introduces certain instruments which can be used to address vendor lock-in of the controller – the contracting authority, it still does so to protect the data subject, not the controller (though the possibility to use the given instrument by the controller in its favor can be a secondary outcome of the aim to protect the data subject). This knowledge will help us interpret some of the rules laid down in the GDPR and assess the possibilities for amending the GDPR.

The rules from the area of personal data migration which can be potentially used to address vendor lock-in (as will be analyzed below) include the duties related to the data processing agreement between the controller and the processor⁹¹ and the right to data portability.⁹²

These two instruments can help the controller achieve an adequate level of control over the data. This control is essential to achieve various aims relating to data processing.

If the data processing is based on consent – as per Article 6 (1) letter a) of the GDPR, it is likely that the data subject gives the consent to receive some advantage in return. In case the controller cannot control the data, granting this advantage may be in jeopardy. Similarly, if the data processing is necessary for the performance of a contract – as per Article 6 (1) letter b) of the GDPR, the data subject may be expected to have an interest in the performance of the contract. If the controller is unable to control the data, this might cause problems during the performance of the contract which, again, may adversely affect the data subject. Article 6 (1) letter d) of the GDPR in fact explicitly states that the protection of the vital interests of the data subject (or of another natural person) forms part of the legal ground to process personal data. Therefore, it will be generally in the interest of the data subject that the controller can actually control the data, especially if the data are processed based on Article 6 (1) letters a), b) or d) of the GDPR. This kind of reasoning could also apply to other legal grounds. After all, the controller is obliged to protect data against unauthorized or unlawful processing and against

⁹⁰ Article 6 of the GDPR

⁹¹ See Article 28 of the GDPR

⁹² Article 20 of the GDPR

accidental loss,⁹³ destruction, or damage.⁹⁴ To do so, an adequate level of control is required. It is also in line with the broad concept of the controller⁹⁵ aiming to ensure effective and complete protection of the people concerned, as stated in the Google Spain and Google⁹⁶ or Jehovah's Witnesses⁹⁷ judgments.

To sum up the previous paragraph, the control over the data exercised by the controllers can be beneficial for data subjects for two reasons in particular. Firstly, this control is often essential to achieve the aim of data processing (or related aims), which can be beneficial for the data subjects (e.g., to buy and verify online train tickets). Secondly, control is vital to ensure an adequate level of data protection.

Both aforementioned instruments will be analyzed in this chapter (each in a separate subchapter). In each of these subchapters, these instruments will be applied to solve the problem set out in the model case. Moreover, solutions *de lege ferenda* will be proposed. Based on the analysis, the extent to which the existing instruments under directly applicable EU legislation within the field of personal data protection are effective in addressing vendor lock-in in public procurement within the area of data migration will be evaluated. The effectiveness (and its extent) will be evaluated in the fourth subchapter.

There exists also a third instrument that could potentially be used in addressing vendor lock-in – the corrective powers of the data processing authorities. However, these powers can be used in this way only if the respective member state determines, in accordance with Article 58 (6) of the GDPR, that the data protection authority has additional corrective powers which can be used in this way. Given that this is an issue of national law, it will not be further discussed in this article.

3.1. Data processing agreement

According to Article 28 (3) of the GDPR, the controller and the processor shall conclude a data processing agreement (unless their relationship is governed

⁹³ It should be emphasized, also with regards to the aforementioned principles, that loss of (or loss of control over) personal data can be regarded as an undesirable phenomenon (see Recital No. 85 of the preamble to the GDPR) and should thus be avoided.

⁹⁴ Article 5 (1) letter f) of the GDPR. Office for Personal Data Protection (of the Czech Republic) Instruction No. UOOU-08449/16

⁹⁵ See Case C-210/16 Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH [2018] para 27.

⁹⁶ Case C-131/12 *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* [2014] para 34

⁹⁷ Case C-25/17 *Tietosuojavaltuutettu v Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyskunta* [2014] para 66

by another legal act under EU or member state law). This agreement shall be in writing⁹⁸ and include several mandatory stipulations.⁹⁹ One of these stipulations may be used to address vendor lock-in.

A mandatory provision on which the controller may to a certain extent rely is stated in Article 28 (3) (g) of the GDPR, which provides that the data processing agreement shall include a stipulation to the effect that the processor is obliged, at the choice of the controller, to delete or return all personal data to the controller after the end of the provision of services relating to personal data processing. At the same time, the processor shall delete all existing copies unless required otherwise by applicable law. However, this provision may not be sufficient to achieve personal data migration in the required quality and time for two particular reasons.

The first reason is that the parties to the agreement are not obliged to agree on the format in which the personal data should be migrated. The problem here lies in the quality. The controller may receive the personal data in a format which it is unable to process or requires additional investments to be processed. Such investments may be necessary, for example, to convert the personal data, to purchase additional software to process the data in the relevant format or to train staff administering the data processing activities.

The relationship between the controller and the processor is generally a business-to-business relationship because the processor processes personal data on behalf of the controller. Thus, one could argue that some responsibility to further define the terms and conditions of the contract lies with the contractual parties.

Jenna Lindqvist notes that the legislation paradoxically focuses on controllers even though, in practice, the contractual terms of data processing agreements are often imposed by the processor on the client – the controller.¹⁰⁰ In any case, the regulation of personal data processing activities is based mainly on the controller's liability.¹⁰¹ Thus, it would not be conceptually correct to make this kind of exemption. Indeed, it can be, in some cases, complicated for the controller to negotiate adequate terms to achieve data migration in the required quality (and also within the adequate timeframe). But putting the processor into the position of the entity primarily responsible for the conclusion of the data processing agreement would only increase the power of the processor in this regard. Hence, it is a missed opportunity that the lawmaker, in preparing the GDPR, did not draft

⁹⁸ Article 28 (9) of the GDPR

⁹⁹ Article 28 (3) of the GDPR

¹⁰⁰ Jenna Lindqvist, ['New challenges to personal data processing agreements: is the GDPR fit to deal with contract, accountability and liability in a world of the Internet of Things?'](#) (2018) 1 26 *International Journal of Law and Information Technology* 54, accessed 1 January 2021

¹⁰¹ Article 5 (2) of the GDPR

the provisions of Article 28 governing the conclusion of the data processing agreement by analogy to the provision on the right to data portability.¹⁰² This would have made the regulation conceptually sound and would have ensured that the controller faces no problem negotiating the minimum standards for portability.

The second reason why it may not be possible to achieve personal data migration (and to address vendor lock-in in the area of personal data migration) merely by adopting the required wording in the data processing agreement is that the processor is obliged to migrate the personal data only if the provision of services relating to data processing is terminated. This means that the controller cannot simply request copies of the processed personal data continuously or in advance – prior to the termination of the provided services. This again, as outlined above, can also threaten the interests of data subjects because the data subject often provides its data to the controller so the controller can process it in order for the data subjects to receive some value/service in exchange for the data (for example, taking into account our model case, the opportunity to use an IT system to book train tickets online).

Can the data processing agreement be used as an instrument to address the model case? Portain determines the purposes and the means of the processing activity – it is a controller. FBNF processes personal data on behalf of Portain – it is a processor. These parties concluded a data processing agreement. This agreement states only the mandatory provisions pursuant to the GDPR. Thus, it can be used by Portain to achieve data migration, but only of personal data (not of all data) and only at the end of the provision of the services relating to the processing. The format of data is not specified. Therefore, Portain cannot be sure whether it will be able to process the data (or to process it without significant investment) after it has received the data from FBNF.

Several *de lege ferenda* proposals could be made. For instance, one may want to amend the GDPR so that the parties to the data processing agreement are required to contractually agree on the format of the personal data that becomes subject to personal data migration. Of course, this amendment is desirable only if it increases the protection of data subjects as well. Without this amendment, controllers are dependent on the ability to implement sufficient and well-balanced *ex ante* contractual measures to prevent vendor lock-in within the area of personal data migration. However, as is apparent from the aforementioned surveys, contracting authorities are not particularly successful in this discipline. It can jeopardize their ability to actually control the data, which, as explained above, can also negatively affect the interests of data subjects. Thus, this amendment has the

¹⁰² The provision on the right to data portability established in Article 20 of the GDPR states the obligation to share the personal data “in a structured, commonly used and machine-readable format”. Concerning the ability to process migrated personal data, this (or similar) language would provide for a higher level of legal certainty and of control over the “controller’s” personal data.

potential to increase the level of protection of data subjects and can be in line with the main objective of the GDPR. Alternatively, the same duty could be stated by national acts governing personal data processing (or processing of data in general). National laws may pursue objectives other than those of the GDPR.

Moreover, it is important to note that the main provision stating the duty to conclude the data processing agreement has one major shortcoming. It does not state the parties' obligations in case no data processing agreement is concluded (contrary to applicable law).¹⁰³

Again, to promote legal certainty and the possibility of the controller to exercise its control over the processing activities, it would have been better to amend the GDPR in a way that the essential rights and obligations of each party were stated directly by the GDPR, not indirectly by the duty to conclude an agreement. The parties could then be entitled to contractually adjust, within the stated scope and prescribed way, these rights and duties to address their needs. Thus, the GDPR would ensure a minimum level of control over the processed personal data, which could be increased further by a mutual agreement between the controller and the processor. There is no reason to argue that this approach would not be in line with the proportionality principle as set out in Article 5 of the TEU, because the respective duty is already enshrined in the current wording of the GDPR, and the proposed amendment would just change the way it is stated and applied. Similarly to the proposals mentioned above relating solely to the provision of Article 28 (3) (g) of the GDPR, this proposal could also be implemented by regulating the discussed obligations of each party in national acts.

3.2. Right to data portability

The right to data portability was introduced based on various queries of data subjects who were unable to obtain their personal data.¹⁰⁴ This newly

¹⁰³ It is important to emphasize that the origination of the relationship between the controller and the processor is not dependent on the existence of a written agreement containing a list of mandatory stipulations. It is dependent solely on the factual circumstances under which the controller determines, in the main, the purposes and means of the processing of personal data (see Article 4 (7) of the GDPR) and under which the processor processes these personal data on behalf of the controller (see Article 4 (8) of the GDPR). A relationship between the controller and the processor may arise even if the mandatory stipulations are not agreed upon between the parties at all or are agreed only partially. In such a case, the parties can be fined by the competent data protection authority (see Article 83 of the GDPR), but the controller cannot rely on obligations on which the parties did not agree.

¹⁰⁴ European Commission, '[A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union](#)' (Communication) COM(2010) 609 final 7, accessed on 26 April 2021

established¹⁰⁵ right is now stated in Article 20 of the GDPR. Its main objective is to improve the data subject's control over personal data.¹⁰⁶ In addition, it has a secondary rationale – to avoid vendor lock-in of the data subject.¹⁰⁷ The right to data portability gives the data subject the power to request and receive personal data concerning them. The controller shall provide the data subject with the personal data in a structured, commonly used, and machine-readable format.¹⁰⁸ According to the Article 29 Data Protection Working Party (“WP29”), the formats may vary across sectors. However, formats that require costly licensing constraints should not be deemed as meeting the requirements mentioned above.¹⁰⁹

This right can be exercised on the basis of the GDPR, i.e., no additional documents, such as a written agreement, are required. At the same time, the basic requirements on the format of the personal data are normatively stated, which prevents any omission of the parties in this regard. The GDPR does not impose an obligation to use one specific format. Even though the requirements set out in the GDPR do not ensure that the data subjects (or the controllers) will receive the data in their *preferred* format, it at least provides them with a relatively high level of certainty that they will be able to process the data without high switching costs. In spite of all this, the right to data portability has still several significant limitations.

The most significant limitation of this right when addressing vendor lock-in in the area of personal data migration is the fact that the right to data portability is a right of the *data subject*, rather than of the controller. It serves the data subject.¹¹⁰ Therefore, it can be used by the contracting authority only indirectly.

The data subject can exercise its right in person or via an authorized representative, for example, an attorney-at-law or other person based on power of attorney. The British regulator, i.e., the Information Commissioner's Office, expressly mentions the possibility of using a power of attorney to request personal data and data portability in its organizational document.¹¹¹ Thus, the contracting

¹⁰⁵ Stephanie Elfering, ['Unlocking the Right to Data Portability – An Analysis of the Interface with the Sui Generis Database Right'](#) (2019) 18 Munich Intellectual Property Law Center - MIPLC Studies, accessed 29 November 2020

¹⁰⁶ *ibid*

¹⁰⁷ *ibid*, 19

¹⁰⁸ Article 20 (1) of the GDPR

¹⁰⁹ Article 29 Data Protection Working Party, ['Guidelines on the right to data portability'](#) (2017) 17, accessed on 1 January 2021

¹¹⁰ See Janis Wong and Tristan Henderson. ['The right to data portability in practice: exploring the implications of the technologically neutral GDPR'](#) (2019) 9 3 International Data Privacy Law 177, accessed on 26 April 2021.

¹¹¹ Information Commissioner's Office, ['Requests for personal data \(SARs\) & Data Portability'](#), accessed on 26 April 2020. Audi even provides the data subjects with a

authority could ask the data subject for authorization to exercise the right to data portability on their behalf (or for exercising this right in a certain way). However, it may be complicated to motivate the data subject to use their right in a way that allows the contracting authority to achieve personal data migration.¹¹²

Another significant limitation is that the data subject can only request personal data from the controller, not from the processor. There are situations in which one entity is the controller and at the same time the processor of the same personal data. The occurrence of these situations, however, cannot be controlled by the contracting authority. Thus, the contracting authority cannot rely on the presumption that its contractor is in the role of the controller *and* the processor of all relevant personal data. This situation is improbable as the definitions of these roles are different. According to the legal classification of its role under the GDPR, the controller is generally an independent entity. However, the processor is always, to a certain extent, dependent on the controller. The reason for this is that the processor processes personal data on behalf of the controller.¹¹³ Thus, there cannot be a processor without a controller. It is the controller who generally solely or jointly with others determines the purposes and means of the processing activity.¹¹⁴ Nevertheless, provided that the contractor is both in the position of the controller and the processor in relation to certain personal data, the contracting authority may motivate the data subject to use its right to data portability and help the contracting authority get access to these data in a structured, commonly used and machine-readable format by exercising its right.

If the contractor is only the processor of the personal data relevant to the contracting authority, the contracting authority may motivate the data subject to exercise its right to data portability (by means of a request to the contracting authority) in order to transfer the data to another controller cooperating with this contracting authority. Provided that the data processing agreement has been duly concluded, the processor is obliged to cooperate with the controller so that the controller can respond to the request of the data subject.¹¹⁵ Even though the

template power of attorney to authorize a representative to exercise data subject rights, including the right to data portability. Audi, ['Power of attorney: Rights of data subjects'](#), accessed on 26 April 2021

¹¹² Hence, the contracting authority needs, for example, to use media campaigns or similar instruments to explain to the data subject why they should ask one entity to transfer the data to another.

¹¹³ Article 4 (8) of the GDPR

¹¹⁴ See Article 4 (7) of the GDPR and Case C-131/12 *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* [2014] para 34

¹¹⁵ Article 28 (3) (e) of the GDPR

GDPR stipulates this duty using rather vague terminology,¹¹⁶ one may reasonably expect the processor to be obliged, taking into account the nature of the processing, to assist the controller during the request of the data subject to migrate the personal data in a structured, commonly used and machine-readable format. Therefore, it should assist the controller also in converting the personal data to the required format. This conclusion is logical, as it is often the processor who is better equipped to administrate the data subject's requests.¹¹⁷

Unfortunately, the list of limitations to the right to data portability which reduce its power to address vendor lock-in in the area of personal data migration is rather extensive. The data subject can request the personal data only if the data was provided to the controller by this data subject, not by any other person.¹¹⁸ At the same time, the data subject has the right to receive this personal data only if the processing is based on the consent of the data subject or on a contract to which the data subject is a party (or on the steps requested by the data subject in order to enter the contract).¹¹⁹ As examples for situations in which this right can be exercised, WP 29 in its Guidelines on the right to data portability mentions data processing in relation to purchasing a book from an online bookstore or listening to songs via a streaming platform.^{120, 121} The data subject has this right also in case the processing is carried out based on automated means.¹²²

As we have seen, Portain is not a data subject but a controller. Thus, it has no right to data portability. It can only motivate the data subject to exercise this right (either in person or via granting power of attorney to Portain to do so). In this case, the data is provided to the controller by the data subject while purchasing the train tickets online. This situation is analogous to those described as examples for the processing of personal data for the purpose of performance of a contract in the Guidelines on the right to data portability. Thus, it can be concluded that the processing is necessary for the performance of the contract between the data subject and Portain. It means that the data subject can use its right to data portability.

¹¹⁶ Jenna Lindqvist, ['New challenges to personal data processing agreements: is the GDPR fit to deal with contract, accountability and liability in a world of the Internet of Things?'](#) (2018) 1 26 International Journal of Law and Information Technology 56, accessed 1 January 2021

¹¹⁷ *ibid*

¹¹⁸ Article 20 (1) of the GDPR

¹¹⁹ Article 20 (1) (a) of the GDPR

¹²⁰ Article 29 Data Protection Working Party, ['Guidelines on the right to data portability'](#) (2017) 8, accessed on 1 June 2021

¹²¹ These examples are of the same nature as the online purchase of train tickets. Thus, this activity described in the model case should also be subject to the right to data portability.

¹²² Article 20 (1) (b) of the GDPR

The data subjects can make requests only toward controllers, not to processors. As FBNF does not hold the position of the controller with respect to the relevant data, the request to port the data can be made only to Portain. Because of this, it makes (in this particular case) no sense to ask the data subject to grant power of attorney to Portain. Thus, the only possibility to benefit from this right by Portain is to motivate the data subject to request Portain to port personal data to newly appointed processor(s). In such a case, the processor (FBNF) is, if the data processing agreement is duly concluded, obliged to cooperate with the controller (Portain) so that the controller can respond to the data subject's request. This situation results from the fact that the definition of the controller does not include the actual ability/possibility of the controller to control the data. Therefore, it can be responsible for the request even though it is technically or otherwise dependent on other entities. However, it is evident that this theoretical possibility is so complicated that it would be onerous to apply it in practice (especially if the problem concerns a high number of data subjects).

The possibility to use this right to data portability by the contracting authority would be significantly increased if the GDPR were amended in such a way that the right to data portability would not only be enjoyed by data subjects towards the controller but also by the controller towards the processor. This kind of amendment would provide the controllers with the same level of control over the data processed by the processors as the proposal related to the amendment of the applicable law in the area governing the conclusion of the data processing agreement (as described in the previous subchapter). I have already noted that this would well be in line with the stated objectives of the GDPR, as increased control over personal data exercised by the controllers can be beneficial also to data subjects. Alternatively, this right of the controller could also be stipulated by national acts.

3.3. Effectiveness of the instruments from directly applicable EU legislation within the field of personal data protection

For each of the two instruments analyzed in this chapter – the data processing agreement and the right to data portability – we have identified cases in which they can be used to achieve data migration. In those cases, it is not necessary to use negotiated procedure without prior publication or to repurchase the entire solution which is currently the subject of the vendor lock-in. Therefore, the instruments can be deemed effective, though only to a limited extent. The first limitation common to both of them is that they can only be used to address vendor lock-in within the area of personal data migration (as opposed to data migration in general). The other limitations derive mainly from the principal objective of the GDPR, which is to protect data subjects, not contracting authorities in the role of the controller.

The data protection agreement, in order to be used as an effective instrument, has to be, first of all, duly concluded (thus, similarly to codes of

conduct described in the previous chapter, it is partially also an *ex ante* measure). In case it is duly concluded and meets only the minimum GDPR requirements, it provides the contracting authority with the possibility to request the personal data only if and to the extent that the provision of services relating to data processing is terminated. At the same time, however, it does not provide the contracting authority with legal certainty as to the format of the migrated personal data unless the format is explicitly specified in the agreement between the parties. Even though the contracting authority can rely on the data processing agreement only in specific situations, it is the more effective instrument (compared to the right to data portability), as the data migration can be requested directly by the contracting authority without the need for further support by a third party.

The right to data portability can be deemed as effective for the purpose of allowing contracting authorities to address vendor lock-in in the area of personal data migration to the extent that the respective data subjects are willing to support the contracting authority in this endeavor. The data subject can request the personal data only if it has been provided by them and if at the same time the processing is based on consent or on a contract or if the processing is carried out by automated means.¹²³ Moreover, it can be used only when the contractor is also a controller of the respective personal data or if the personal data should be migrated to another controller cooperating with the contracting authority. The limitations of these instruments mean that it will be rather complicated in practice for contracting authorities to use them.

This chapter has made several proposals to amend the currently applicable legislation. These amendments to the GDPR or national acts would undoubtedly lead to a reduction of the risk of occurrence of vendor lock-in in the area of personal data migration, as they would allow the contracting authority in the role of the controller to exercise control over the processed personal data even without a written data processing agreement or without the need of cooperation on the part of the data subjects. Nevertheless, it is necessary to note that it is unlikely that the European lawmaker will accept these amendments. Arguments could be made why these amendments are aligned with the objectives of the GDPR, and some of them have been presented above, but I have not found any significant concerns in the academic literature (or similar documents) arguing that the current wording of the relevant GDPR provisions causes serious problems to data subjects – and the protection of rights of data controllers is *not* the aim of the GDPR. Amendments could however be implemented on a national level, as national laws may pursue other goals.

4. Competition law and vendor lock-in within the area of data migration

Competition law addresses, as the main areas of regulation (and prevention) within its purview, i) cartels, collusion, and other anti-competitive

¹²³ Article 20 (1) of the GDPR

practices;¹²⁴ ii) abuse of a dominant position;¹²⁵ iii) concentrations and iv) state aid¹²⁶. In the introduction to this article, I've noted that where vendor lock-in occurs or appears to occur, and the given dependence manifests itself, bargaining power increases – more specifically, it increases unilaterally for the benefit of the contractor. Therefore, the only area of competition law which potentially allows us to address the problems deriving from the bargaining power of the contractor is the area governing abuse of a dominant position. The question relevant for the application of competition law (particularly the restrictions preventing abuse of a dominant position) is then whether the bargaining power of the contractor reaches a level that amounts to a dominant position within the relevant market. In other words, competition law can be used to address data portability issues in public procurement only if the contractor holds a dominant position and if its activities qualify as an abuse of such a position.

The first subchapter will analyze whether the relationship between the contracting authority and the contractor resulting in the need for a follow-up contract between the same parties creates a specific, relatively niche, relevant market. As it will be explained, such a qualification would mean that the contractor likely holds a dominant position, which it could abuse. A dominant position can be, of course, achieved also on markets of a different structure (e.g., because of the network effect¹²⁷). This, however, is not specific to the area of public procurement and thus will not be elaborated further in this article.

The second subchapter will be devoted to analyzing the possibilities for abuse of a dominant position in the field of data migration in public procurement. Then, competition law will be applied to the model case. The third subchapter will be focused on the assessment of the effectiveness and its extent.

4.1. Follow-up contract and the market definition

Market definition is a prerequisite for determining whether an undertaking holds a dominant position or not.¹²⁸ It allows a comparison of the market power of a selected undertaking to the market powers of the rest of the undertakings operating within the same relevant market. The relevant market is a combination of product and geographic markets. It comprises all interchangeable or substitutable products or services within the area in which the undertakings providing the given goods and services operate and in which the conditions for

¹²⁴ 101 TFEU

¹²⁵ 102 TFEU

¹²⁶ 107 TFEU

¹²⁷ Emanuela Arezzo and Gustavo Ghidini, '[On the Intersection of IPRS and Competition Law with Regard to Information Technology Markets](#)' (2006) 7, accessed 30 April 2021

¹²⁸ Case T-321/05 *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc vs European Commission* [2010] paras 165-166, 174, 181, 187

the competition can be deemed as sufficiently homogenous.¹²⁹ Simply put, the relevant market is a “place” in which the relevant offer meets the customer’s demand.

If vendor lock-in occurs and the contracting authority needs to purchase a follow-up solution (e.g., to migrate the data), the contracting authority has, in general, two options, as described in the introduction of this article. The first one is to conclude a follow-up contract with the original contractor (usually based on the negotiated procedure without prior publication). The second one is to bear high switching costs (which in general also include the costs for repurchasing the original solution, e.g., for obtaining/producing the data). The fact that the switching costs are so significant that they dissuade the contracting authority from switching to a new contractor represents the very nature of vendor lock-in, as the purchase options of the contracting authority are now tied.¹³⁰ Purchase of potentially substitutable products or services, if there is such a theoretical possibility, would result in spending such high costs that these products or services cannot actually be regarded as substitutes. These products or services would not meet the requirements of a hypothetical monopolist test.¹³¹ This test evaluates whether consumers would switch their purchases from a hypothetical monopolist if this monopolist increased competitive prices by 5-10% (a small but significant non-transitory increase in prices – also known as the SSNIP test).¹³²

While the original public procurement procedure can take place within a competitive relevant market, in case vendor lock-in occurs, the follow-up public procedure takes place on the market legally, technically, or otherwise limited.¹³³

It has for instance been determined that one can distinguish between the market(s) for the sale of motor vehicles and separate repair and maintenance

¹²⁹ European Commission, 'Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law 97/C 372/03' (1997) paras 7-9

¹³⁰ Rajiv C. Shah, Jay P. Kesan and Andrew C Kennis, '[Lessons for Open Standard Policies: A Case Study of the Massachusetts Experience](#)' (2007) Illinois Public Law Research Paper No. 07-13, 7, accessed 5 September 2020

¹³¹ For more information on the market definition, see Louis Kaplow, '[Market Definition and the Merger Guidelines](#)' (2011) The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, accessed on 20 April 2021.

¹³² For more information on the SSNIP test, see Andrea Amelio and Daniel Donath, '[Market definition in recent EC merger investigations: The role of empirical analysis](#)' (2009) *Concurrences Revue des droit la concurrence*, accessed 20 April 2021.

¹³³ For more information on the reasons for the occurrence of vendor lock-in, see Bianca Sjoerdstra, '[Dealing with Vendor Lock-in](#)' (University of Twente 2016) 3-7, accessed 5 September 2020

markets (often separate for each brand of motor vehicles).¹³⁴ In relation to access to data produced by connected vehicles (which are needed for repair and maintenance), Giles Warrington argues that if customers are effectively locked-in to the original equipped manufacturer, each of these manufacturers is likely to have its own aftermarket.¹³⁵ An analogy can be drawn to other areas and thus it can be concluded that the market of the original goods and services and the market for the follow-up – complementary goods and services can be separated into two markets: “original market” and aftermarket. It does not mean that the relevant markets for the original solution and the follow-up solution are always separated.

Generally speaking, if the contracting authority gives relatively significant consideration to the possibility that a follow-up contract will be needed in the future, it is likely that there is a single market. The reasoning is that the original and follow-up solution may be regarded as a complex solution demanded by the contracting authority. However, it is unlikely that vendor lock-in occurs in such a case, as the situation is expected by the contracting authority and thus taken into account by establishing sufficient preventive *ex ante* measures.¹³⁶ On the other hand, if the purchase of the follow-up solution occurs in new, relatively unexpected circumstances, the markets should be regarded as separate – an aftermarket is created, as the original and the follow-up solution are not mutually substitutable; they are complementary.

The limitations on the aftermarket when vendor lock-in occurs may be of such extent that there is only one undertaking which is able to offer the required goods or services (i.e., for the purpose of this article, the service of data migration). In this way, the market for the follow-up solution can actually be subject to a monopoly of the original contractor in this specific relationship, usually deriving from the contracting authority’s choice made in the past.

The above conclusion is supported by the fact that, in a case of vendor lock-in, the contractor can, while negotiating the terms of the follow-up contract, act from a position of economic strength and behave to an appreciable extent

¹³⁴ Frank Wijckmans and Filip Tuytschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law* paras 11.172-11.180

¹³⁵ Giles Warrington, ['Competition law, data sharing and connected vehicles aftermarkets'](#) (Pinsent Masons 2020), accessed on 25 April 2021

¹³⁶ Moreover, some initiatives seek to also forbid the abuse of relevant market power. One of these initiatives has been recently introduced in Switzerland. If adopted also in the EU, these rules could serve to address abuse of a position based upon which other companies depend on a particular undertaking with respect to the supply of given products or services (if there is no sufficient and reasonable possibility to change the contractor). See Marcel Meinhardt, Astrid Waser and Benoît Merkt, ['New Swiss unilateral conduct rules significantly broadened'](#) (Lexology, 2021), accessed on 26 April 2021.

independently of its competitors and customers (i.e., contracting authorities). Therefore, this situation meets the definition of a dominant position stated by the European Court of Justice (“ECJ”) in *United Brands* judgement.¹³⁷

Albert Sánchez Graells, in his book “Public procurement and the competition rules”, devotes a relatively large amount of attention to the dominant position of a buyer.¹³⁸ If the contracting authority is a dominant buyer, it can likely resolve the problem of vendor lock-in by using its bargaining power deriving from its position. Nevertheless, the dominant position, as it will be explained below, must not be abused.¹³⁹ However, Graells also acknowledges the fact that the abuse of a dominant position can occur on the contractor’s side and can be used against the contracting authority.¹⁴⁰ Hence, he does not specify the reasons for the emergence of a dominant position. This fact also indirectly confirms that the grounds for a dominant position may vary. Even though this article is focused on *ex post* measures addressing the occurrence of vendor lock-in within the area of data migration in public procurement, the outcomes of this chapter may be often used also when addressing other situations of abuses of a dominant position, e.g., an abuse of a dominant position relating to refuse to provide certain IP rights or other goods and services (even in the private sector).

To conclude this subchapter, if the contracting authority decides to demand a solution which is a follow-up solution to the previously purchased goods and services and finds itself in some form of vendor lock-in, it is likely that the markets for the original and follow-up solutions should be deemed to be separate markets. In this situation, taking into account the nature of vendor lock-in, it is likely that the original contractor holds a dominant position on the aftermarket. The dominant position of the contractor can, of course, also occur under other circumstances. The question of whether and under what circumstances the use of the bargaining practices of the contractor (while the contracting authority demands data migration) can be qualified as an abuse of a dominant position will be answered in the following subchapter.

4.2. Abuse of a dominant position and its qualification

Data is, in general, non-rival. This means that the same data can be available to (and processed by) several persons. At the same time, the quantity of data is not affected. This is why some scholars state that access to data, or in

¹³⁷ Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities* [1978] ECR 207

¹³⁸ Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart Publishing 2011) 34, 61-64, 196

¹³⁹ 102 TFEU

¹⁴⁰ Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart Publishing 2011) 196

particular to personal data, is not relevant for assessing market power.¹⁴¹ Nevertheless, the fact that data is non-rival does not automatically mean that it is easily accessible,¹⁴² and thus, its value can lie in particular in the ability to access and process it. Thus, data can be a relevant factor to determine dominance.¹⁴³ A dominant position relating to data thus can be based solely on access or also on other circumstances, such as the ability to convert the data, use it within databases, compile it with other data sets, transfer or otherwise process it. Moreover, dominance can also be based on a combination of these factors with other circumstances, which are not directly related to data.¹⁴⁴ For example, the Czech Office for the Protection of Competition concluded in the CHAPS case¹⁴⁵ that a dominant undertaking cannot, without objective justification, refuse to provide its competitors (intending to introduce a product for which these data were indispensable) with transport timetables, as this conduct qualifies as an abuse of a dominant position.¹⁴⁶

Under Article 102 of the TFEU, any abuse of a dominant position within the internal market or a substantial part of it is prohibited. Determining what kind of activities/relevant markets meets the condition of “occurrence within a substantial part of the internal market” exceeds the scope of this article and thus will not be further elaborated upon. Nevertheless, we may at least note that basic criteria can be found in the Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, which among other things, state: “If the dominant position covers part of a Member State that constitutes a substantial part of the common market and the abuse makes it more difficult for competitors from other Member States to gain access to the market where the undertaking is dominant, trade between Member States must normally be considered capable of being appreciably affected.”¹⁴⁷ The guidelines expressly mention regions, ports, or airports as examples for what may constitute

¹⁴¹ Marixenia Davilla, 'Is Big Data a Different Kind of Animal? The Treatment of Big Data Under the EU Competition Rules' 8 (2017) *Journal of European Competition Law & Practice* 378

¹⁴² Thorsten Mäger and Philipp Otto Neideck, '[European Union – Data-related Abuse of Dominance](#)' in Claire Jeffs (ed), *E-Commerce Competition Enforcement Guide* (Global Competition Review 2018), accessed 30 April 2021

¹⁴³ *ibid*

¹⁴⁴ *ibid*

¹⁴⁵ Office for Personal Data Protection (of the Czech Republic) R12/2016/HS-01402/2018/310/HBt (2018)

¹⁴⁶ This decision was annulled by the Regional Court in Brno, but on strictly procedural grounds. The findings relating to substantive law are still relevant.

¹⁴⁷ Commission Notice – Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty [2004] OJ C101/81, para 97

a substantial part of the internal market.¹⁴⁸ Thus, where this article speaks of abuse of a dominant position, it is always presumed that the aforementioned condition is met. Moreover, even if this were not the case, the national competition law would still apply. As it is generally modeled on EU competition rules, similar concepts will apply also to “local” markets.¹⁴⁹

Article 102 of the TFEU provides a non-exhaustive list of possible abuses of a dominant position. Concerning the nature of lock-in described above, three types of abuse may be of particular relevance: excessive pricing, unfair terms, and refusal to deal. These abuses can appear during the negotiation of the follow-up contract with the contractor which provided the original solution but are not limited to such cases. The given conduct is not forbidden only if the dominant undertaking demonstrates that it produces efficiencies that outweigh the negative effects (e.g. if it is objectively necessary to provide the given service, or it is a loss-minimizing reaction to competition from other undertakings).^{150, 151}

4.2.1 Unfair conditions and excessive pricing

According to Article 102 a) of the TFEU, it is prohibited for a dominant undertaking to directly or indirectly impose unfair trading conditions or prices. Unfair conditions may serve as a ground to create vendor lock-in. Based on these trading conditions, the contracting authority can be prohibited from including some *ex post* measures within the contract or can be actually forced to include stipulations increasing the probability that vendor lock-in will actually occur. Thus, in this case, the contractor has the dominant position already in the market for the original solution and is able to use its bargaining position to adjust the terms (which are otherwise, by default, defined by the contracting authority) of the contract eventually resulting in vendor lock-in.¹⁵²

Article 102 a) of the TFEU concerns those terms which an undertaking without dominance is not able to impose on its customers – but the dominant

¹⁴⁸ *ibid*, para 98

¹⁴⁹ See for example Section 10 et seq. of Czech Act No. 143/2001 Coll.

¹⁵⁰ European Commission, 'DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses' (2005) para 5.5

¹⁵¹ A certain degree of lock-in may serve as an incentive to innovation. See Peter Swire and Yianni Lagos, ['Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique'](#) (2013) 72 Maryland Law Review 335, 340, accessed 30 April 2021

¹⁵² World Law Direct explicitly mentions vendor lock-in as prohibited anti-competitive behavior. See World Law Direct ['Prohibited Anti-Competitive Behavior'](#), accessed 22 June 2021

undertaking is.¹⁵³ The test to assess whether the imposition of these kinds of terms qualifies as an abuse of dominant position or not was firstly established in BRT/SABAM¹⁵⁴. It is focused on the criterion of necessity (the imposition of certain terms does not qualify as an abuse of a dominant position if it is absolutely necessary in relation to the subject matter of the contract). This test was later elaborated in GEMA II¹⁵⁵, Tetra Pak II¹⁵⁶ and AAMS¹⁵⁷. In accordance with the later decisions, one needs to assess whether the term in question is reasonably necessary and, at a second stage, whether the term is reasonable taking into account also the legitimate interests of the dominant undertaking, other concerned parties, and especially customers.¹⁵⁸ This test was subsequently detailed in DSD.¹⁵⁹ According to this decision, it is necessary to establish whether the term is central to the subject matter of the contract and, at a second stage, to determine whether it is proportionate.

Thus, if the contractor is a dominant undertaking which imposes on the contracting authority terms resulting in vendor lock-in and these terms are not central to the subject matter of the contract (which is likely, as limitation of data migration is not usually essential in this regard) and at the same time proportionate, the contractor abuses its dominant position, which is forbidden. In such a case, the competition authority may initiate proceedings with FBNF, incl. the imposition of a fine up to 10% (or more if permitted under national law) of FBNF's worldwide turnover and call upon it to adjust the contentious terms.¹⁶⁰

The problem of excessive pricing may arise because the contractor, motivated as it is by financial gain, will tend to charge the highest possible price for data migration when this service is demanded on the aftermarket. In case of vendor lock-in, it is fair to conclude, from the economic perspective, that this highest possible price is the one which does not exceed the amount of the potential switching costs of the contracting authority (or that at least does not exceed them by more than 5-10%, in accordance with the SSNIP test criteria). Otherwise, the

¹⁵³ Robert O'Donoghue and Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (3rd edn, Hart Publishing 2020) 1023

¹⁵⁴ Case 127/73 *Belgische Radio en Televisie and société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v SV SABAM and NV Fonior* [1974] ECR 51

¹⁵⁵ *GEMA II* (Case IV/29.971) Commission Decision 82/204/EEC [1981] OJ L94/12

¹⁵⁶ Case C-333/94 P *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities* [1996] ECR I-5951

¹⁵⁷ Case T-139/98 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) v Commission of the European Communities* [2001] ECR II-3413

¹⁵⁸ Robert O'Donoghue and Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (3rd edn, Hart Publishing 2020) 1033-1037

¹⁵⁹ *DSD* (Case COMP D3/34493 – DSD) Commission Decision 2001/463/EEC [2001] OJ L166

¹⁶⁰ Article 15 of Directive (EU) 2019/1

contractor would be at risk that the contracting authority decides for another solution. This, of course, applies only if the contracting authority does not intend to purchase more follow-up solutions. If more follow-up solutions are planned/expected, additional aspects should be considered and calculated. It could be more economical to cover “one-time” switching costs to quit the vendor lock-in relationship for a more open one, as this decision can lead to savings in the future when follow-up solutions will be purchased on a competitive market with more undertakings being able to offer the solutions sought.

Does a contractor’s tendency to set a high price for migrating the data because it is the only undertaking which can offer the demanded solution, qualify as excessive pricing? First of all, it is necessary to state that, in general, the threshold for intervening with excessive pricing is relatively high.¹⁶¹ Moreover, it is not the objective of competition law to set specific price levels.¹⁶² Therefore, the assessment has to be done on a case-by-case basis.

To assess whether the activity outlined above amounts to excessive pricing, the difference between the undertaking’s (potential) costs and its income should be investigated. If suspicion of excessive pricing arises, the observations made in this step may lead to further investigation. As part of this investigation, the price level set by the contractor for the contracting authority can be compared to the price level on another comparable relevant market as a benchmark.¹⁶³ Finding comparable relevant markets when addressing the vendor lock-in problem should in general not be hard, as they can be markets with the same product or service (in our case, the service of data migration) in which competition is not restricted by the previous choice of the contracting authority. They are markets where the legal, technical or other restrictions resulting in vendor lock-in do not apply. The ECJ firstly introduced this two-stage test in the previously mentioned *United Brands* case.¹⁶⁴ However, it is necessary to note that a mere comparison may not be sufficient, as the different price levels can be caused by objective conditions applicable within the relevant market. Thus, it might also be necessary to take into account additional criteria.¹⁶⁵

Three outcomes to this investigation are possible. Firstly, the investigation may reveal that the price level is comparable to the price level within similar (competitive) relevant markets. That would mean that even if vendor lock-in is

¹⁶¹ [Types of abuse of dominant position related to pricing](#) (Finnish Competition and Consumer Authority 2014), accessed on 27 April 2021

¹⁶² *ibid*

¹⁶³ *ibid*

¹⁶⁴ Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities* [1978] ECR 207

¹⁶⁵ Case C-177/16 *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome* (ECJ, 14 September 2017), paras 42-45

present (as the purchase choices of the contracting authority are tied), it does not (from this point of view) represent a problem. The follow-up contract can be still efficient; efficiency in public spending on data migration can be ensured.

Secondly, the investigation may show that the price level set by the contractor is higher compared to the similar (competitive) market, but not excessively so. This would be a problem, as the contracting authority is not able to ensure efficiency in public spending. However, competition law does not provide us with any *ex post* measure to address this situation.

The third possible outcome is that the investigation actually shows that the price level is excessive, which is forbidden. Under these circumstances, the competition authority may initiate proceedings with FBNF, including the imposition of a fine of up to 10% (or more if permitted under national law) of FBNF's worldwide turnover and call upon it to lower the price.¹⁶⁶

Looking at the model case of Portain and FBNF, it becomes evident that some information in relation to FBNF's market share for operating the routes is available. However, as the problem here lies specifically within the area of data portability, this information will likely not be sufficient, as the relevant market for the data migration service and for the provision of data itself would be almost certainly considered as separated from the original one – as an aftermarket. It is fair to assume that the data will be so unique that there are no substitutes. This would mean that FBNF holds a monopoly and a dominant position (especially as the barriers to gaining data of this specific character are high).

We do not know whether the terms of development and administration of the IT system were subject to the parties' negotiations. If the terms were stated on a take-it-or-leave-it basis by Portain, FBNF certainly did not impose unfair conditions on Portain in this regard.

However, if FBNF used its dominant position on the original market in such a way that it did not allow Portain to implement *ex ante* measures to achieve data migration, this conduct might qualify as abuse of a dominant position. The conduct will be found abusive if the terms are not central to the subject matter of the contract (which is unlikely in this situation, as there is no objective justification to limit the data migration – other than to create a vendor lock-in affecting Portain) and at the same time proportionate. Such conduct is forbidden, and thus Portain can seek protection with the competition authority.

In considering the possibility that the conduct of FBNF falls within the definition of excessive pricing, it is necessary to note that FBNF does not aim to charge Portain excessive prices for the provision of the data to Portain or other competitors. It uses the control over this data as a bargaining strategy to be the only company operating all the mandatory routes in Portain in the future. This means that its activity cannot qualify as an abuse of a dominant position by excessive pricing.

¹⁶⁶ Article 15 of Directive (EU) 2019/1

4.2.2 Refusal to deal

The third type of abuse which might be relevant for the situation of vendor lock-in within the area of data migration is a refusal to deal.¹⁶⁷ A dominant undertaking can generally choose with whom (and on what terms) it conducts business. However, under exceptional circumstances, it cannot refuse to deal with other undertakings. The test to determine when the dominant undertaking is obliged to engage with the other party has been developed in case law, particularly in *Magill*¹⁶⁸, *Bronner*,¹⁶⁹ *IMS Health*,¹⁷⁰ and *Microsoft*¹⁷¹. The *Microsoft* case dealt with a situation in which Microsoft refused to provide Sun Microsystems with the necessary information to optimize software of Sun Microsystems to ensure interoperability with Microsoft's operating system software. As the core of this case lies in the provision of information, the test applicable there should also be sufficient to address the relatively similar problem of data migration.

According to the *Microsoft* ruling, for certain conduct (refusal to share certain information) to qualify as a refusal to deal and thus as an abuse of a dominant position, it has to meet the following criteria: i) the information has to be indispensable for competition, ii) refusal excludes effective competition on the secondary market, iii) the refusal prevents the emergence of a new product and iv) the refusal to provide the information (i.e., to license it) is not objectively justified. It should be noted that this case was based on the presumption that the information is protected by IP rights.¹⁷² Lacking this kind of protection can result in a situation in which it may be easier for the competitor to attain knowledge of the information and so no intervention using competition law concepts is needed. On the other hand, such intervention of competition law may be even "easier", as there would be no risk of a conflict between the aims of IP rights protection and competition law. Moreover, the test applied in non-IP cases¹⁷³ does not contain the

¹⁶⁷ For more information on the refusal to deal see Liyang Hou, '[Refusal to Deal within EU Competition Law](#)' (2010) SSRN Electronic Journal, accessed 30 April 2021.

¹⁶⁸ Joined cases C-241/91 P and C-242/91 *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities* [1995] ECR II-575

¹⁶⁹ Case C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.* [1998] ECR I-7791

¹⁷⁰ Case C-481/01 *IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG* [2004] ECR I-5039

¹⁷¹ Case T-201/04 *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities* [2007] ECR II-3601

¹⁷² Case C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.* [1998] ECR I-7791

¹⁷³ *ibid*

criterion of prevention of the emergence of a new product. Thus, it might be even easier to conclude that certain conduct qualifies as an abuse of a dominant position also from this point of view.

In this part of the article, it is appropriate to take a closer look especially at the indispensability criterion, as its interpretation can be affected by the fact that the given problem relates to data processing. Indispensability can be defined as the lack of a realistic potential alternative. Indispensability is established if it is not economically viable to create a second product comparable to the relevant existing one.¹⁷⁴ There are cases in which the contractor collects the data for several years. It might be, for example, personal data of customers, logistic data, or data on production efficiency. In these cases, it is likely that the value of these data sets increases as more and more data is collected. If vendor lock-in in the area of data migration occurs, it is likely that it would not be economically viable to collect certain data sets once again. Moreover, often it will be almost impossible to collect the same (or comparable) data sets. Portain (more precisely, the new railway companies interested in operating the mandatory routes), for example, needs the data of users who have bought the tickets which are valid for 24 months and registered via a personal account of the traveler. The Czech Republic recently introduced the option to buy the mandatory highway stickers online. In this case, the Czech Republic (or a company administering this kind of service) needs exactly the data set enabling it to identify the cars allowed to use the highway. No other data set can replace it. Thus, it is possible to identify cases in which the data (which is subject to a data migration request/demand on a market where the contractor is a dominant undertaking) can be found indispensable. This was also the case of the already mentioned CHAPS decision.

Nevertheless, it should be noted that in this type of abuse, it is not the contracting authority who can claim the duty of the contractor to deal, but the potential direct competitors of the contractor. Firstly, the competitors are the undertakings that are mainly affected on the secondary market. Secondly, the contractor wishes to deal with the contracting authority (as this may lead to profit for the contractor). The problem is that the contractor does not wish to deal with its competitors, and so these competitors cannot offer their goods or services to the contracting authority. Thus, to rely on this limitation of abuse of a dominant position, the contractor's competitors have to be actually interested in receiving the data in question.

Applying the analysis above on the model case, we find that FBNF refuses to provide the data to other competitors. Thus, if the relevant test stated in the Microsoft judgement is met, the current approach of FBNF can qualify as a refusal to deal. This means that FBNF can be obliged to share the data with competitors.

¹⁷⁴ *ibid*, paras 45-46

4.3 Effectiveness of the instruments from directly applicable EU legislation within the field of competition law

To conclude this chapter, competition law can serve as a tool to address vendor lock-in in the area of data migration. Several scenarios in which competition law can intervene and be used as an *ex post* measure to address vendor lock-in within the area of data migration in public procurement have been described in this chapter. In these scenarios, competition law provides us with tools to achieve data migration in a way exceeding the efficiency benchmark stated above in the introduction to this article. Thus, Article 102 of the TFEU which forbids the abuse of a dominant position can be found effective for this purpose, though to a limited extent. Conduct relating to the vendor lock-in can, if the required tests are met, qualify in particular as the imposition of unfair terms, excessive pricing, or refusal to deal.

The limits of effectiveness result from the tests described above. Thus, competition law is effective in addressing vendor lock-in within the area of data migration in public procurement to the extent to which the contractor holds a dominant position and its activities qualify as an abuse of this position. Only a limited set of specific situations can be resolved based on competition law. On the other hand, when we compare these rules with rules governing personal data and non-personal data, we find that competition law has the advantage of applying to activities dealing with all types of data and information.

5. Conclusion

This article is devoted to an analysis of the extent to which the existing instruments from directly applicable EU legislation within the field of free flow of non-personal data, personal data protection, and competition law are effective in addressing vendor lock-in in public procurement within the area of data migration. The introduction to this article has described how the rules governing public procurement as their primary regulatory subject in principle allow one to address vendor lock-in which has already manifested itself, by use of the negotiated procedure without prior publication or by repurchasing the entire solution which is currently the subject of the vendor lock-in. As the article is focused on *ex post* measures, the existing instruments (i.e., the legal possibilities introduced by current legislation to address the given problem) have been deemed effective only insofar as they serve as a basis for successful data migration even in the absence of a comprehensive contractual arrangement between the parties, provided further that they are more effective than the benchmark represented by the possibilities given by public procurement law. The extent of the effectiveness has been assessed as the set of the situations (and its limitations) in which these instruments can be applied.

The first chapter is focused on the field of free flow of non-personal data. This chapter found that the RFFFND, while introduced as a reaction to vendor lock-in, creates no normative certainty because it states no direct obligations. The

RFFFND establishes a self-regulatory framework. Based on this framework, the European Commission shall encourage self-regulatory activities in the form of codes of conduct. As of today, two codes of conduct have been introduced: the Code of Conduct for IaaS and the Code of Conduct for SaaS. Both of them stipulate relatively extensive obligations of the providers in relation to portability requirements and transparency. The identified situations in which contracting authorities can rely on one of these codes are those in which a contracting authority aims to migrate non-personal data. For this to be possible in the first place, the provider must have agreed to adhere to one of these codes (and must be contractually or otherwise obliged to comply with the rules set out therein). Thus, while this framework has the potential to be effective in addressing vendor lock-in, it has some limitations.

As to the extent of the effectiveness of the codes of conduct based on the RFFFND, it is fair to say that they are only effective to achieve migration of non-personal data (as opposed to data in general). Moreover, these codes are not binding *ex lege* (and the RFFFND does not state any *ex lege* alternative to achieve data migration otherwise than based on these codes). Thus, these codes are effective only to the extent that the contractor adheres to them. Hence, these codes cannot qualify as pure *ex lege* measures – they partially qualify also as *ex ante* measures. As the European lawmaker has opted for a self-regulatory approach, the extent of the effectiveness will be big only if the industry broadly accepts the codes of conduct and if additional codes of conduct are introduced that will govern also other business relationships.

The second chapter is devoted to the field of personal data. In this chapter, two instruments have been identified as effective in achieving data migration: the data processing agreement and the right to data portability. The contracting authority can only rely on these instruments if it wishes to migrate *personal* data. A data processing agreement can obviously only be invoked if one was concluded in the first place. Thus, it is not a pure *ex post* measure. To rely on the right to data portability, the contracting authority needs cooperation from the data subjects because this right is a right of the data subject. It may therefore be complicated for the contracting authority to benefit from this right in practice. Thus, it is evident that even though these instruments can be effective in some situations as described above, the extent of their effectiveness is significantly limited (as these situations are very specific). Most of the limitations are caused by the fact that the GDPR, which is the regulation establishing these instruments, aims to protect data subjects, not contracting authorities in the role of controllers. Therefore, the possibility to use the given instrument by the contracting authority in its favor can only be a secondary outcome of the main objective of the GDPR – to protect the data subjects.

The third chapter addresses the topic of competition law, in particular its tools designed to restrict abuse of a dominant position. In this chapter, we found that demand for data migration in case a vendor lock-in has (at least seemingly)

occurred, likely meets an offer on the aftermarket on which the original contractor (for the solution to which the data migration relates) holds a dominant position. We then identified the three types of abuse of a dominant position which may be relevant in the area of data migration. These are, in turn, unfair conditions, excessive pricing, and refusal to deal. All these kinds of conduct are forbidden (unless they can be objectively justified in the individual case). In relation to each of them, the legal measures to prevent abuse of a dominant position can serve as grounds to achieve data migration and so they can be deemed effective in addressing data migration. They are effective to a limited extent, in that they presuppose that the contractor holds a dominant position and its conduct relating to data migration qualifies as an abuse of this position under the respective tests.

As for unfair conditions, one must assess in particular whether the respective term (which might cause vendor lock-in) is central to the subject matter of the contract and, in the second stage, to determine whether it is proportionate. If not, the dominant undertaking imposing this term generally abuses its dominant position. To assess whether certain activities amount to excessive pricing, the difference between the undertaking's (potential) costs and its income must be investigated. If this initial assessment raises suspicion of excessive pricing, further investigation is required. As part of this investigation, the price level set by the contractor for the contracting authority can be compared to the price level on another, comparable relevant market. For a certain kind of conduct to qualify as a refusal to deal in products protected by intellectual property rights, it must meet the following criteria: i) it has to be indispensable for competition, ii) the refusal excludes effective competition on the secondary market, iii) the refusal prevents the emergence of a new product and iv) the refusal to provide the product is not objectively justified. (The test applied in non-IP cases does not contain the criterion that refusal prevents the emergence of a new product.)

If one compares the current instruments in the field of competition law to those mentioned in previous chapters, one may conclude that their effectiveness is the highest as they apply *ex lege* (no further action, such as adopting certain standards by the industry, is needed); what is more, the contracting authority generally does not need any other party to initiate administrative proceedings to achieve data migration with the competition authority. Even so, if the given contractor does not comply with competition law, the competition authority or a court must first impose the relevant remedy before the contracting authority can access the data.

This article should have made it evident that existing instruments from directly applicable EU legislation within the field of free flow of non-personal data, personal data protection, and competition law can only be effective in specific situations when it comes to addressing vendor lock-in within the area of data migration. While the measures discussed in this article can be used in the practice of contracting authorities, they cannot be applied in every case in which vendor lock-in occurs.

Considering the model case used in this article, contracting authorities may use the information provided herein to control their data, for example, in the field of public transport. However, this article has shown that in order to have a legal framework which can be effective (without significant limitations) in addressing vendor lock-in, amendments to current legislation are needed. As the aim of this article was not to propose solutions *de lege ferenda*, the amendments have been proposed in a rather cursory manner. While this article can serve as a basis for such subsequent legislative changes, it will be necessary, as part of the preparatory steps, to precisely analyze how and at what level (whether on the EU or national level, general or sectoral) these amendments should be adopted (such that the amendments are effective and at the same time proportional).

I sincerely hope that this article will have made a worthwhile contribution, however modest and preliminary in scope, to reducing the phenomenon of vendor lock-in. At the same time, I would like to believe that it may also contribute to increasing efficiency in the area of public procurement.¹⁷⁵

Bibliography

- Amelio A and Donath D, ['Market definition in recent EC merger investigations: The role of empirical analysis'](#) (2009) *Concurrences Revue des droit la concurrence*, accessed 20 April 2021
- Andhov M, (Andrecka N), 'Contracting Authorities and Strategic Goals of Public Procurement – A Relationship Defined by Discretion?' in Sanja Bogojević, Xavier Groussot and Jörgen Hettne (eds), *Discretion in EU Public Procurement Law* (Hart Publishing 2018)
- Arezzo E and Ghidini G, ['On the Intersection of IPRS and Competition Law with Regard to Information Technology Markets'](#) (2006), accessed 30 April 2021
- Audi, ['Power of attorney: Rights of data subjects'](#), accessed on 26 April 2021
- Banda C, ['Enforcing Data Portability in the Context of EU Competition Law and the GDPR'](#) (2017) MIPLC Master Thesis Series (2016/17), accessed 29 November 2020
- Chýle J, ['Jaké otázky si klást v IT veřejných zakázkách před zahájením migrace dat a problematika vendor lock-in'](#) (2017) *Informační list 2017 - Zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata*, accessed 29 November 2020.
- Davilla M, 'Is Big Data a Different Kind of Animal? The Treatment of Big Data Under the EU Competition Rules' (2017) *Journal of European Competition Law & Practice*

¹⁷⁵ This article is based on the author's LLM thesis defended at Tilburg University.

- De Hert P and Gutwirth S, 'Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg: Constitutionalisation in Action' in Serge Gutwirth and others (eds) *Reinventing data protection?* (Springer 2009)
- Druey JN, 'Information Cannot Be Owned: There is More a Difference than Many Think' (2004) Harvard Law School Public Law Research Paper Series, Research Paper no 96
- Dvořák D and others, *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář* (CH Beck 2017)
- Elfering S, '[Unlocking the Right to Data Portability – An Analysis of the Interface with the Sui Generis Database Right](#)' (2019) 38 Munich Intellectual Property Law Center - MIPLC Studies, accessed 29 November 2020
- Graef I, Husovec M and Purtova N, '[Data portability and data control: Lessons for an emerging concept in EU law](#)' (2018) 19 6 German Law Journal, accessed 29 November 2020
- Graells AS, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart Publishing 2011)
- Herrera S and Ouedraogo A, '[Efficiency of Public Spending in Education, Health, and Infrastructure – An International Benchmarking Exercise](#)' (World Bank Group 2018), accessed 4 January 2021
- Hijmans H, 'Article 1 Subject-matter and objectives' in Christopher Kuner and others (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (Oxford 2020)
- Hou L, '[Refusal to Deal within EU Competition Law](#)' (2010) SSRN Electronic Journal, accessed 30 April 2021
- Kaplow L, '[Market Definition and the Merger Guidelines](#)' (2011) The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, accessed on 20 April 2021
- Kelman S, '[Goals, Constraints, and the Design of a Public Procurement System](#)' in *The Costs of Different Goals of Public Procurement* (Konkurrensverket 2012), accessed 4 January 2021
- Lindqvist J, '[New challenges to personal data processing agreements: is the GDPR fit to deal with contract, accountability and liability in a world of the Internet of Things?](#)' (2018) 1 26 International Journal of Law and Information Technology, accessed 1 January 2021
- Mäger T and Neideck PO, '[European Union – Data-related Abuse of Dominance](#)' in Claire Jeffs (ed), *E-Commerce Competition Enforcement Guide* (Global Competition Review 2018), accessed 30 April 2021
- Meinhardt M, Waser A and Merkt B, '[New Swiss unilateral conduct rules significantly broadened](#)' (Lexology, 2021), accessed on 26 April 2021

- Míšek J, *Moderní regulatorní metody ochrany osobních údajů* (Masarykova univerzita 2020)
- Mišúr P, 'Evropský parlament schválil nařízení o volném pohybu neosobních údajů v EU' (CH Beck 2018) *Obchodněprávní revue*
- O'Donoghue R and Padilla J, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (3rd edn, Hart Publishing 2020)
- Opara-Martins J, Sahandi R and Tian F, '[Critical analysis of vendor lock-in and its impact on cloud computing migration: a business perspective](#)' (2016), accessed 5 September 2020
- Purtova N, '[Do Property Rights in Personal Data Make Sense after the Big Data Turn?](#)' (2017) Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 21/2017, accessed on 2 February 2021
- Ritter J and Mayer A, '[Regulating data as property, a new construct for moving forward](#)' (2018) *Duke Law & Technology Review* 1 16, accessed 2 February 2021
- Shah RC, Kesan JP and Kennis AC, '[Lessons for Open Standard Policies: A Case Study of the Massachusetts Experience](#)' (2007) *Illinois Public Law Research Paper* No. 07-13, accessed 5 September 2020
- Sjoerdstra B, '[Dealing with Vendor Lock-in](#)' (University of Twente 2016), accessed 5 September 2020
- Sventesson D and Polčák R *Information Sovereignty – Data Privacy, Sovereign Powers and the Rule of Law* Edward Elgar Publishing 2017)
- Svoboda J, '[Veřejné zakázky v oblasti ICT a problém závislosti zadavatele](#)' (2019) 10 19 *Revue pro právo a technologie*, accessed 14 November 2020
- SWIPO, '[About SWIPO](#)', accessed 21 April 2021
- SWIPO, '[SWIPO codes published](#)', accessed 29 November 2020
- Swire P and Lagos Y, '[Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique](#)' (2013) 72 *Maryland Law Review*, accessed 30 April 2021
- '[Types of abuse of dominant position related to pricing](#)' (Finnish Competition and Consumer Authority 2014), accessed on 27 April 2021
- Vévoda P, '[Data obsažená v IT systémech, jejich vlastnictví a zakázkové právo](#)' (2017) *Zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata - Informační list* 1 17, accessed 5 February 2021
- Warrington G, '[Competition law, data sharing and connected vehicles aftermarket](#)' (Pinsent Masons 2020), accessed on 25 April 2021

Wijckmans F and Tuytschaever F, *Vertical Agreements in EU Competition Law* (Oxford 2018)

Wong J and Henderson T. ['The right to data portability in practice: exploring the implications of the technologically neutral GDPR'](#) (2019) 9 3 International Data Privacy Law, accessed on 26 April 2021

World Law Direct ['Prohibited Anti-Competitive Behavior'](#), accessed 22 June 2021

Zech H, ['A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data'](#) (2016) 11 6 Journal of Intellectual Property Law & Practice, accessed on 19 April 2021