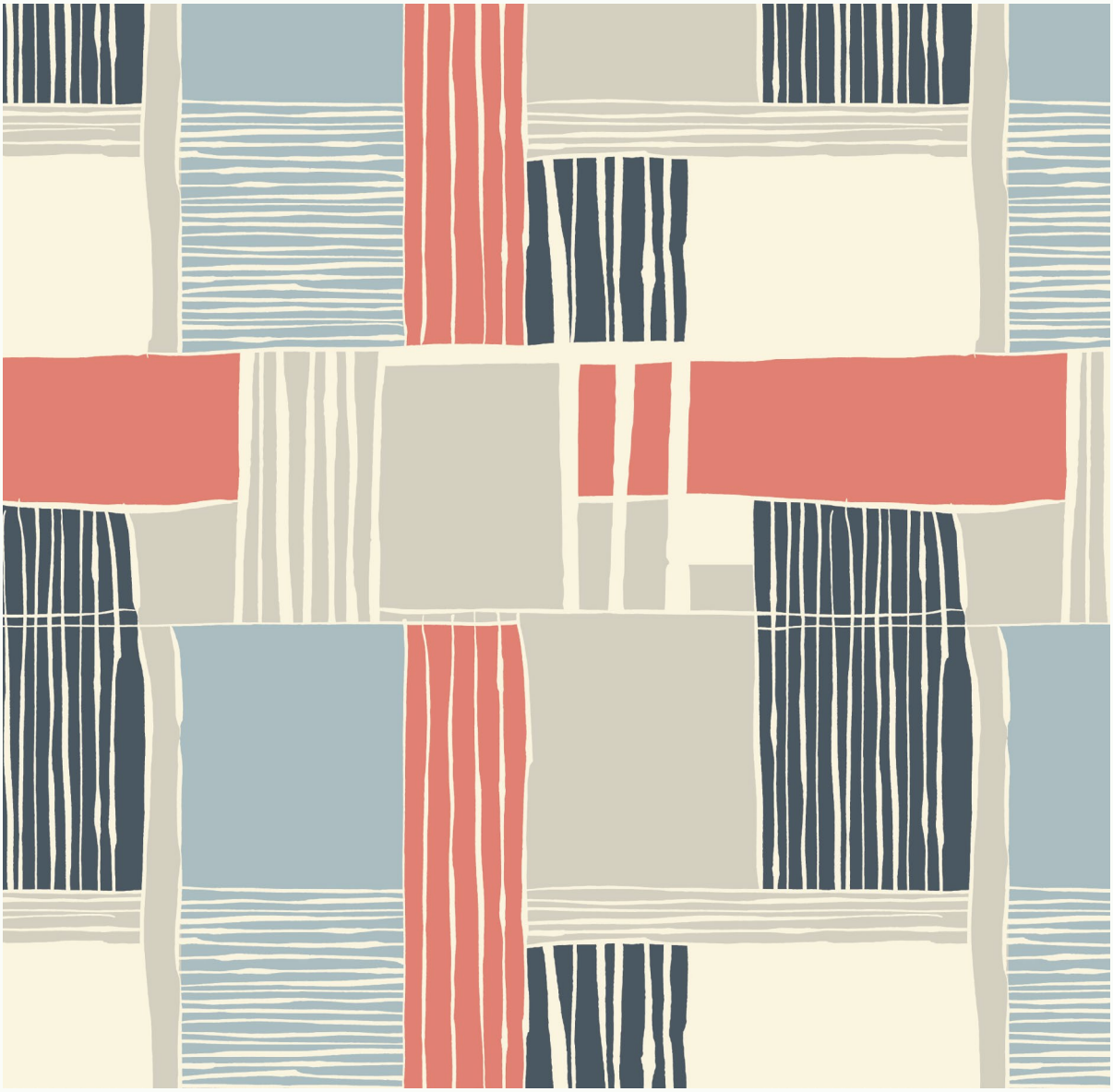
DEMOCRAZIA E SICUREZZA – DEMOCRACY AND SECURITY REVIEW

Anno XI, n. 2, 2021



Roma TrE-Press
2021

Democrazia e Sicurezza - Democracy & Security Review
Anno XI, n. 2, 2021 (contenuti chiusi il 14 ottobre 2021)

Direzione, redazione e impaginazione:
Laboratorio Multimediale e di Comparazione Giuridica
Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Scienze politiche
via G. Chiabrera, 199 - 00145 Roma
www.democraziaesicurezza.it - redazione@democraziaesicurezza.it

Iscrizione presso il Tribunale di Roma, n. 373/2011 del 5 dicembre 2011
Rivista scientifica (ANVUR) per l'Area 12 - Scienze giuridiche
e l'Area 14 - Scienze politiche e sociali ai fini dell'ASN.
Salvo diversamente indicato, gli articoli sono sottoposti a doppia procedura di revisione anonima (*double blind peer review*).

Elaborazione grafica della copertina
MOSQUITO mosquitoroma.it

Caratteri grafici utilizzati
Aller e Avenir (copertina); Century Gothic (titoli interni); Palatino Linotype (testo).

Edizioni *Roma TrE-Press* ©
Roma, ottobre 2021
ISSN 2239-804X

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina Creative Commons attribution 4.0 International Licence (CC BY-NCND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma.

Direttore responsabile
Salvatore Bonfiglio

Comitato editoriale
Francesco Antonelli, Salvatore Bonfiglio (Direttore scientifico), Mario Carta, Artemi Rallo Lombarte (Condirettore), Pamela Martino, Giuseppe Ricotta, Massimo Rubechi

Consiglio scientifico
Domenico Amirante, Fabrizio Battistelli, Paolo Benvenuti, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Francesco Clementi, Mario De Caro, Jean-Philippe Derosier, Carlo Focarelli, Rosario Garcia Mahamut, Hermann Groß, Andrew Hoskins, Martin Innes, Luis Jimena Quesada, Luis Maria Lopez Guerra, Stelio Mangiameli, Maria Luisa Maniscalco, Kostas Mavrias, David Mongoin, Lina Panella, Cristina Pauner Chulvi, Otto Pfersmann, Artemi Rallo Lombarte, Angelo Rinella, Marco Ruotolo, Cheryl Saunders, Giovanna Spagnuolo, Raffaele Torino, Alessandro Torre, Matthew C. Waxman

Redazione
Coordinamento: Gabriele Maestri
Osservatorio sulla normativa: Massimo Rubechi (coordinatore), Jessica De Vivo, Valentina Fiorillo, Gian Marco Pellos, Giulia Renzi, Giuliaserena Stegher
Osservatorio sulla giurisprudenza: Pamela Martino (coordinatrice), Giulia Aravantinou Leonidi, Luca Dell'Atti, Maria Dicosola, Carmine Petteruti
Osservatorio europeo e internazionale: Mario Carta (coordinatore), Susanna Azzaro, Francesco Battaglia, Beatriz Tomás Mallén, Cristina Gazzetta, Tommaso Amico di Meane, Pablo Julián Meix Cereceda
Osservatorio sociale: Francesco Antonelli (coordinatore), Santina Musolino, Giuseppe Ricotta, Valeria Rosato, Anna Simone, Pina Sodano

Il sito www.democraziaesicurezza.it riporta i *referee* esterni della Rivista, nonché le procedure di invio e revisione.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 14 ottobre 2021

Indice

Editoriale

Intelligenza artificiale e intelligenza naturale
di Carlo Focarelli 3

Saggi

Borders and Bordering in the EU in the Time of CoViD-19
di Luca Dell'Atti ed Emmanuele Quarta 11

Transparencia, derecho de acceso a la información y libertad de información durante la emergencia sanitaria por coronavirus en España. Algunas enseñanzas
di Cristina Pauner Chulvi 43

Osservatori

Le interdittive antimafia: un istituto sotto attacco?
di Gabriele Trombetta 89

La revoca della cittadinanza tra sicurezza nazionale e diritti. Note a margine del caso Shamima Begum
di Maria Dicosola 161

Drivers of Far-Left Extremism: a Systematic Review on Current International Scientific Literature
di Francesco Antonelli, Santina Musolino e Valeria Rosato 193

Recensioni

Carlo Mosca, La sicurezza. Valori, modelli e prassi istituzionali, *Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 666* 225
di Gabriele Maestri

Editoriale

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 26 luglio 2021

Editoriale

Intelligenza artificiale e intelligenza naturale

di Carlo Focarelli *

Si è molto discusso negli ultimi anni di una «crisi», se non della «fine», dei diritti umani, specie sotto la pressione del c.d. «sovranismo» diffusosi a livello globale in concomitanza con le posizioni dell'*ex* Presidente degli Stati Uniti Donald Trump. La questione può ricondursi, più indietro nel tempo, almeno alla politica c.d. «neoliberista» della destra anglo-americana, che è riuscita a «riformulare» i «valori» occidentali, contro il blocco comunista durante gli ultimi anni della guerra fredda, in termini di efficientismo e oggettivismo economico, dando una patina di scientificità di «non-ritorno» o di «ovvia inesistenza di alternative credibili» ad una strategia di potenza e di controllo globale delle masse, ed erodendo i diritti della persona umana intesa nella sua *unicità* e *complessità* attraverso tecniche di omogeneizzazione e semplificazione consumistica applicate ad ogni aspetto della vita sociale.

La c.d. «intelligenza artificiale» (IA, AI), i cui vantaggi nessuno può negare (come si può dire di *qualsiasi* progresso tecnologico), *in questo senso*

* Professore ordinario di Diritto internazionale presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi Roma Tre.

rappresenta la sintesi del *gregarismo sociale* che cerca di depotenziare la «persona umana» nella sua unicità e complessità, non diversamente sotto questo profilo da quanto avviene in qualsiasi regime totalitario, non importa se autocratico o democratico. Parlare di «diritti umani» può allora diventare senza senso, così come parlare di una loro «crisi», o di una loro operatività come «limiti» agli eccessi dell'IA, se non si modifica *a livello psichico* lo sfondo *autoritario di massa* che guida le tecniche pubblicitarie intese a trasformare gli stessi diritti umani in prodotti commercialmente funzionali[1].

Su questo sfondo, occorre registrare che si vanno moltiplicando presso organizzazioni internazionali e altre istituzioni (ad esempio nuovi corsi di laurea nelle università) gli «studi» sulla IA. La locuzione è quanto mai rivelativa del suo intento di fondo, che non è certo l'intelligenza, che chiameremmo «naturale», comunque la si intenda, ma è l'artefatto che dà maggiore *potenza* a chi se ne serve, al punto che l'epoca attuale potrebbe descriversi come quella della «AI Race», non dissimile dalla «Space Race» degli anni '60 del XX sec. Se l'«intelligenza naturale» cerca di *capire* il mondo, l'«intelligenza artificiale» cerca di *manipolarlo* (nel bene e nel male) a prescindere, se necessario, dal capirlo.

Tra gli innumerevoli documenti internazionali elaborati più recentemente possono ricordarsi, tra quelli adottati nel 2019, le «Nuove Linee-guida sulla protezione dei dati e l'intelligenza artificiale» (Consiglio d'Europa), la risoluzione sulla «politica industriale europea globale in materia

[1] V. C. FOCARELLI, *International Human Rights "in Crisis" and the Neoliberalization of the Human Person*, in *Chinese Journal of International Law*, 2020, pp. 53-100.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 26 luglio 2021

di robotica e intelligenza artificiale» (Parlamento UE), una raccomandazione sull'intelligenza artificiale diretta «a stimolare l'innovazione» (OCSE); e, tra quelli adottati nel 2020, la «Carta bianca sull'intelligenza artificiale» (Commissione UE), la raccomandazione sull'«etica dell'intelligenza artificiale» (UNESCO) e una raccomandazione relativa all'«impatto dei sistemi algoritmici sui diritti umani» (Consiglio d'Europa). In tutti questi documenti l'*incipit* di *routine* è immancabilmente che l'IA è molto utile ma può comportare dei rischi. L'accento viene poi dosato diversamente a seconda del contesto e di solito le organizzazioni economiche esaltano i benefici, pur notando di passaggio i rischi, mentre le organizzazioni umanitarie appaiono più attente ai possibili effetti negativi di tipo etico e sui diritti umani.

A scorrere questi documenti, straordinariamente prolissi e ripetitivi, si nota che: (*a*) i termini «intelligenza» e «artificiale» non vengono definiti ma dati per acquisiti; (*b*) si insiste nel definire l'approccio seguito come «umano-centrico» ma senza definire in base a quale definizione di «umano»; (*c*) si raccomanda l'inculcazione della «fiducia», cioè di una fede progressivamente interiorizzata, nell'IA come catalizzatrice dei benefici promessi, che appaiono essenzialmente di tipo materiale; (*d*) si dà per scontato e *già deciso* che l'IA va perseguita, rimanendo da discutere solo il modo di muoversi così da raggiungere prima degli altri la leadership globale secondo i propri valori (ad esempio da parte dell'Unione Europea contro Stati Uniti, Russia e Cina).

Si tratta di un approccio di *potenza* (e di *scontro* aperto) nel quale la posta in gioco è chi controlla il mondo, e l'IA, come da sempre la tecnologia, è cruciale. Come ha ben chiarito Vladimir Putin nel 2017 «Whoever becomes the leader in this sphere [AI] will become the ruler of the

world»[2]. Parlare di «etica» e di diritti umani, e addirittura di un'«etica» (anch'essa *mai definita* tra le innumerevoli etiche che da millenni si contendono il campo) «dell'IA», in questo contesto può suonare retorico ai più ingenui e perfettamente funzionale al sistema di potenza ai più scaltri.

Da ultimo, il 21 aprile 2021, la Commissione UE ha pubblicato una Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale[3]. Ci limitiamo a rilevare che la Proposta si presenta in veste essenzialmente economica, essendo finalizzata a «migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, la commercializzazione e l'uso dell'intelligenza artificiale (IA) in conformità ai valori dell'Unione» (1° considerando del preambolo). Nel farlo essa categorizza i dispositivi IA in proporzione al loro rischio di ledere i diritti fondamentali, contemplando misure sempre più restrittive via via che il rischio aumenta, fino ad arrivare al divieto nei casi limite, ad esempio quando il dispositivo IA causa o può causare danni fisici e psicologici oppure impone il c.d. «punteggio sociale» (*social scoring*) con effetti dannosi (art. 5).

Nella Relazione che accompagna la Proposta si ribadisce che «L'interesse dell'Unione è quello di preservare la leadership tecnologica dell'UE» in conformità dei valori UE. La Proposta si fonda sull'idea che vanno protetti, in proporzione al rischio, i diritti fondamentali spettanti agli individui intesi *singolarmente*, a prescindere dagli effetti *sociali* di tipo

[2] https://www.rt.com/news/401731-ai-rule-world-putin.

[3] https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2021/EN/COM-2021-206-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 26 luglio 2021

gregaristico. Senonché, il problema cruciale dell'automazione indotta dall'IA, pur riguardando i singoli, attiene agli effetti sociali aggregati: la protezione dei diritti fondamentali di singoli atomizzati ciascuno dei quali trova (ed è verosimile che trovi) una convenienza nell'IA non equivale necessariamente ad una convenienza o ad una moralità in senso sociale.

Da europei non possiamo che augurarci che l'UE riesca nel suo compito di assicurare diritti umani demercificati e deautomatizzati e contenere, usando la vecchia intelligenza «naturale», quel gregarismo di potenza che passo passo, nell'attuale «AI Race», può farci riprecipitare nell'abisso della guerra.

Saggi

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 1° agosto 2021

Saggi

Borders and Bordering in the EU in the Time of CoViD-19

di Luca Dell'Atti ed Emmanuele Quarta *

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Borders and globalization at the times of CoViD-19. – 3. Borders in Europe: between constitutional territory and European legal space. – 4. The border as an area of sovereignty. Managing the pandemic and the future of the Union. – 5. Conclusions.

1. Introduction

One of the most significant effects of the CoViD-19 pandemic – besides the impact the health crisis had on the political, social, and economic context in most countries across the world – is the introduction of severe restrictions on both international and intranational mobility. As it is known, many national governments implemented such measures in an effort to curb the spread of the disease. In the context of the European Union, this has equaled to the (momentary) suspension of the Schengen agreements

* Luca Dell'Atti è assegnista di ricerca in Diritto costituzionale italiano e comparato presso l'Università degli Studi di Bari «Aldo Moro»; Emmanuele Quarta è dottorando in Scienze delle relazioni umane presso l'Università degli Studi di Bari «Aldo Moro». Pur nella comune concezione del contributo, i paragrafi 1 e 2 sono stati scritti da Emmanuele Quarta, i paragrafi 3 e 4 sono opera di Luca Dell'Atti, mentre il paragrafo 5 è frutto dell'opera di entrambi. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); versione definitiva ricevuta il 29 luglio 2021.

as «the majority of Schengen states have partially or totally sealed their land, sea and air borders with the outside world, including to their Schengen/EU partners» (Castan Pinos and Radil 2020). After an initial period of strict lockdown, these measures were loosened (and in some cases re-enacted) according to the evolution of the epidemiological trends. While, at the time of writing, the spread of the pandemic has seemingly begun to slow down in many European countries, international, intranational, and everyday mobility are still subject to (albeit milder) restrictions.

To be sure, if one considers the refugee crisis and the terrorist attacks in many European cities, there is little new in this surge of bordering practices across the European Union (EU). What appears unprecedented is, instead, the actual extent of such measures, as virtually all Member States have resorted to the so-called Schengen prerogative that provides them «with the capability of temporarily reintroducing border control at the internal borders in the event of a serious threat to public policy or internal security»[1].

The aim of this paper is to discuss the implications of the global health crisis on the EU internal and external borders from a political and constitutional perspective.

From a political standpoint, borders (and control thereof) have long become a major theme in the public debate of many (but not exclusively) Western countries over the last twenty years. Furthermore, borders are deeply intertwined with the concept of sovereignty and, conversely, with

[1] Temporary Reintroduction of Border Control. Retrieved from: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control_en

that of globalization. In other words, borders simultaneously embody a space of *fixity* and one of *crossing* and are thus associated with the idea of *control* and *flow*. On the one hand, borders traditionally define the limits of state sovereignty – hereby intended as «the bundling of rule-making authority within bounded territories» (Hudson 1998) – in the post-World War II international system. On the other hand, in the contemporary context of ever-increasing international economic interdependence among states and global-scale phenomena (such as mass migrations), borders have increasingly become a space of flows in which (de-) regulatory practices systematically occur.

From a constitutional standpoint, freedom of movement – that is, the right of EU citizens to move and reside freely within the territory of the Member States – represents one of the fundamental freedoms of the EU project as well as a subject of the utmost interest in the field of constitutional law. Our argument is twofold and can be summed up as follows: on the one hand, the current pandemic has exposed both the vulnerability and the relevance of borders and border management in our globalizing world; on the other hand, the health crisis has underlined the dual nature of borders in the EU and once more called into question the idea of a borderless European space. Hence, we challenge both a) the 'borderless world' narrative at a theoretical level through a discussion of the concept of borders in the times of CoViD-19 and b) the 'borderless Europe' narrative at an empirical level through a critical review of the legal framework of the European legal space.

As such, in the first section of this essay, we will examine the relationship between borders and globalization in the light of the CoViD-19 pandemic by contrasting the longstanding and widespread discourse on

globalization as a process leading to the emergence of a 'borderless world'. The global spread of the contagion, as well as the measures adopted by most national governments in order to contain it, reveal the everlasting importance of borders and control thereof, as well as that of states as key-actors in the international scenario, along the lines of international standards to whom Member States have contributed thereof. In the second section, we will discuss the dual nature of borders in the EU, and namely the 'internal' and 'external' borders (and spaces), from a constitutional law standpoint. These, it is argued, simultaneously configure an apparently borderless space (that is, within the Schengen area) *and* an enclosed one (as is the case with the EU external borders and control thereof). In the third and last section, conclusions will be drawn regarding the impact the pandemic had on EU borders and sovereignty of Member States.

2. Borders and globalization at the times of CoViD-19

If there is a place that epitomizes (and highlights the contradictions of) 'globalization' today, such place would probably be the Swiss city of Davos, in which every winter the World Economic Forum (WEF) celebrates its annual meeting to discuss issues of global concern such as capital markets, environmental problems, international conflicts, and global economy, to name but a few. The main by-product of the 2018 meeting was the theme of 'Globalization 4.0: Shaping a New Architecture in the Age of the Fourth Industrial Revolution'. In the words of Klaus Schwab, founder and executive chairman of the WEF, 'globalization 4.0' had already begun

at that time and, according to his views, the world was largely unprepared to deal with the challenges this new era would bring along[2]. While Schwab's call to arms does not tell us a great deal about the exact meaning of globalization (or of its 4.0 update, for that matter), it is nonetheless quite revealing of the highly (and longstanding) fashionable nature of this buzzword, which works much like an empty signifier.

This, however, is hardly surprising, as the concept of globalization is simultaneously a contested and contextual one. On the one hand, like other concepts that have achieved widespread success in the media and the public, globalization has brought forth a broad range of contrasting (and sometimes overlapping) definitions. On the other hand, any theoretical account of this concept needs to deal with its highly contextual nature: globalization (or the plurality of processes that are often associated with this word) can hardly be considered an evenly unfolding process. In other words, (the meaning of) globalization varies greatly across time and places and is itself a "space-productive" process, in that the expansion of globalized capitalism is simultaneously inclusive *and* exclusive or, as argued by Sloterdijk, «[t]he world interior of capital is not an agora or a trade fair beneath the open sky, but rather a hothouse that has drawn inwards everything that was once on the outside» (Sloterdijk 2013). If globalization has led to unprecedented opportunities of growth and global coordination in some places, it has also brought along «all sorts of inequalities and asymmetries of wealth and power» (Sparke 2013) in others.

[2] Klaus Schwab, 'Globalization 4.0 – what does it mean?', retrieved from https://www.weforum.org/agenda/2018/11/globalization-4-what-does-it-mean-how-it-will-benefit-everyone/

To be sure, an accurate account of the evolution of (the concept of) globalization throughout the last decades would *sans doute* exceed the scope of our paper[3]. However, notwithstanding the inherent complexity of this concept (as well as the critical approach highlighted above), it should be noted that – still to this day – globalization is often associated with the geopolitical imagination of a process that will ultimately lead to a 'borderless world'. Put most succinctly, in the framework of such narrative globalization can be seen as a word that «evokes images of a world in which goods, services, capital, and information flow across seamless national borders» (Ceglowski 1998) or, in the views of the apologists of globalization, as a process leading to a 'flat world', in which «the global competitive playing field [is] being levelled» (Friedman 2006). The roots of the idea of the 'borderless world' discourse lay in the post-Cold War years. The advent of the end of history, along with that of other endisms, fostered a widespread consensus around the belief that – with the end of Cold War – «the importance of states […] and international borders would be greatly diminished» (Diener and Hagen 2009).

While, as it will be discussed, the actual reach of the borderless discourse can be critically assessed, it should nonetheless be noted that globalization – hereby intended as the complex interplay of flows of commodities, capital, technology, ideas, information, and people at an international scale – did have a major impact on the way borders are perceived, constructed, and handled. Perhaps as a reaction to what sounded much like a self-fulfilling prophecy, the field of border studies underwent a

[3] For a perspective on the plurality of processes underlying the concept of globalization (especially in the time of CoViD-19), see, *ex multis*, Steger & James (2020).

'season of renewal', opening to contributions from a wide range of other fields and approaches (Newman and Paasi 1998). While the traditional approach to border studies was by and large rooted in the fields of IR and classic geopolitics, this renewed border studies agenda progressively moved toward an understanding of the multidimensional, contextual, and contested nature of borders and boundaries alike (Newman and Paasi 1998, Newman 2006). In other words, this new theoretical approach understands borders and liminary spaces as the object of constant production and reproduction by a plurality of actors and at different scales than that of the state. As in our contemporary world «borders are often constructed in new ways, in a variety of locations, by diverse types of people» (Rumford 2012), they have not disappeared – they have, indeed, changed. Once deemed the mere 'lines in the sand' that demarcated the limits of state sovereignty, borders today have become, in the words of Balibar, 'invisible', in that they «are dispersed a little everywhere» (Balibar 2004).

The words of Balibar point out how, in a somewhat paradoxical fashion, the practice of bordering has increasingly shifted away from the traditional site of borders themselves (Johnson and Jones 2016, Yuval-Davis et al. 2019). Bordering practices occur today in a plurality of places: border checkpoints can now be found at international airports as well as in train stations or consulates (Agnew 2008, Yuval et al. 2019). This, however, does not imply that 'traditional' national borders have become altogether irrelevant, nor that they are doomed to disappear any time soon. If anything, our contemporary world is still (and perhaps more than before) «a world of compartments and borders which may be more fluid and elastic, easier to cross, than in the past, but they are out there all the same, im-

pacting upon the minutiae of our daily life practices, identities and affiliations» (Newman 2006). Instead of the process of deterritorialization of state authority the 'borderless world' discourse predicted, we are now witnessing a wide range of processes of constant reterritorialization in which state borders have become «more complex and differentiated» than before (Popescu 2012).

Hence, in lieu of fading away, borders today hold center stage in the public debate of most Western societies. Ever since the 9/11 terrorist attacks in the United States and over the last two decades, borders have become a valuable political currency, as demonstrates the electoral success of right-wing populist parties in countries on both sides of the ocean. Former US President Donald Trump's electoral campaign, which was largely articulated around the promise to build a wall between Mexico and United States, clearly shows how «rebordering the states has become a symbol of resistance to the pressures that emanate from neoliberal globalization» (Yuval et al. 2019), as well as from its negative by-products, such as illegal immigration, drug trafficking, and international terrorism. The reason of this lies in the association between the concepts of a) (control of) borders and b) security, insofar as borders work as performative devices that simultaneously define a «space of security» and a «space of insecurity» (Ritaine 2009), separating 'Us' from the 'Other', the known from the unknown, and what is safe from what is (perceived to be) inherently dangerous.

In this sense, it can be argued that the current pandemic has provided (further) concrete evidence on the subject of borders and their relevance in our contemporary, globalizing world, first and foremost in a widespread context of emergency. To be sure, the spread of infectious diseases

across the globe is not something novel *per se*: human history is filled with examples of pandemics having spread on a global scale, especially (albeit not exclusively) by the means of international commerce. What appears new in the current situation is, instead, the global context in which the CoViD-19 pandemic is taking place: to put it in the words of a fact sheet published in 2017 by the United States federal agency 'Centers for Disease Control and Prevention' (CDC), «[i]n today's interconnected world, a disease threat anywhere is a disease threat everywhere»[4]. In our contemporary global village, viruses – like information – spread fast. Hence, infectious diseases – as we learnt by the experience of the current pandemic – have taken the dimension of a global phenomenon and, much like international terrorism and environmental change, belong by and large to the «dark side of globalization» (Heine and Thakur 2011).

From the city of Wuhan – the capital of Hubei Province, China, where the novel strain of coronavirus was first identified in December 2019 – the outbreak quickly began spreading globally. Confronted with the speed at which the contagion progressed in the first months of 2020, most national governments across the world have introduced restrictions to both international and intranational mobility in an attempt to geographically contain the spread of the disease which, in turn, as «a microbial threat […] is inherently transnational in scope» (Enemark 2009). In this sense, the nature of infectious diseases is deeply *spatial*, in that their ability to spread depends on the mobility of their hosts. Hence, human activity plays a crucial role in the spread of the contagion: zoonosis – that is, the transmission

[4] CDC Global Health Fact Sheet 2017, retrieved from https://www.cdc.gov/globalhealth/resources/factsheets/pdf/CDC_Global-Health_Fact_Sheet.pdf.

of an animal virus to a human host – is strictly connected to activities such as industrial animal farming and intensive agriculture. Subsequently, infected individuals become the host through which the infection eventually spreads out. Against this background, it is clear that «borders appear as the primary policy instrument to contain the health risk and to ensure national security» (Radil et al. 2020).

However, although the renewed importance of national borders stands as perhaps one of the clearest effects of the pandemic, the COVID-19 outbreak has equally brought along the resurgence (or the creation altogether) of borders at different scales than that of the state. Throughout the last year and a half, the citizens of many countries have witnessed both a resurgence *and* a proliferation of borders. In other words, depending on where we reside, we now experience and cross – or are prevented from doing so – multiple borders in our day-to-day life, with our households having themselves turned into a potential border. The access to certain places, for instance, is now subject to preventive practices such as temperature screening. In many countries, the introduction of curfews impeded citizens to leave their houses after a certain time, often at night-time, while restrictions were imposed on the activity of traditional places of socialization. Borders that have been long deemed as scarcely relevant and porous – such as the EU internal borders as part of the Schengen Agreements, which will be discussed in the next section – have now been *reterritorialized*.

On these grounds, it has been argued that the current situation represents the «revenge of borders» (Bandiera 2020) against the longstanding (and diehard) illusion of a 'borderless world'. Borders of subnational di-

visions that once barely held any relevance aside from their administrative purpose have now become «akin to a national border» (Radil et al. 2020). As it is known, in late January, the epicenter of the outbreak, the city of Wuhan and the Hubei Province, was placed overnight under lockdown by the Chinese government, resulting in the sudden confinement of over sixty million people. Similar measures, albeit to a much lesser extent, have been taken in other countries as well in the attempt to manage and contrast the spread of the contagion: regions and other administrative divisions have been organized and hierarchized according to the evolution of the pandemic trend. This has given birth to what can be dubbed as a "pandemic cartography", in which political maps are combined with a chromatic scale that symbolizes the level of risk of each and every administrative division, as well as the restrictions into force associated with such level. Hence, in countries such as France and Italy, nationwide lockdown measures gave way to the adoption of differentiated levels of risks on a regional basis.

What strikes the most in the current situation, however, is what can be defined as a process of *hyper-extension of borders*. In this sense, it would appear convenient to recall the concept of 'biometric borders', as developed by Amoore in her discussion on the consequences of the 9/11 attacks on bordering practices in the United States. Biometric borders «extend the governing of mobility into domains that regulate multiple aspects of daily life. Subject to biopower, the crossing of a physical territorial border is only one border crossing in a limitless series of journeys that traverse and inscribe the boundaries of safe/dangerous, civil/uncivil, legitimate traveller/illegal migrant» (Amoore 2006). In other words, borders have become 'portable', in that they extend – as we have discussed above – far beyond

their traditional site at the edges of state territory, which appear even more clearly in the light of the restrictions adopted to control the spread of CoViD-19. This proliferation of bordering practices both in the EU and in other countries stretches from the enclosure of international borders to that of other subnational divisions and, ultimately, to the individuals themselves (Radil et al. 2020).

In many ways, in this situation individuals have become the privileged site of bordering practices, as social-distancing measures have introduced invisible – and yet perceivable – boundaries between people. Bordering practices now take place up unto the threshold of people's houses in case of suspected or confirmed infections. The access to public places is subject to previous temperature screening, whereas passengers are exclusively allowed onboard on international flights if they provide a negative CoViD-19 test or if they possess a digital certificate that proves the traveler received a full vaccination against the disease. In other words, the pandemic has made the law visible or, as argued by Tedeschi, the current situation offers «a unique opportunity for everyone to become aware of the law, its materiality and spatiality, and the consequences that it can have for people's everyday lives (such as the power to restrict movements), even in normal times and in other contexts» (Tedeschi 2020).

While individuals stand as perhaps the most evident example of this rebordering process, the pandemic equally had significant negative effects on international trade in exporting and importing countries alike, especially throughout the first wave, albeit with heterogenous effects across different productive sectors (Hayakawa & Mukunoki 2021). Within the context of the UE internal market, this has become especially evident with regards to the case of the trade of essential drugs among Member

States and to the initial lack of EU-level coordination in handling the spread of the pandemic, as it will be discussed in the following sections. Hence, if the borderless world illusion has perhaps untimely celebrated the imminent withering away of the state as a key-actor in global politics (as well as that of international borders), the global health crisis has possibly brought forth an overall redefinition of state-market relationships in many of the countries affected by the disease, in the framework of a situation of «complex intertwining of state, market and society at all levels of the world, from the global to the regional and the local, with no single party able to stay out of the crisis and with causality running in virtually all directions» (Chung et al. 2020).

3. Borders in Europe: between constitutional territory and European legal space

The process of European integration has been co-essential to the globalization process and in some respects an accelerator of it. Both processes pursue, in principle, the facilitation of trade on a supranational and transnational scale, thus directly implying the concept of borders as places of flows and crossings.

Moreover, the European institutions achieve these goals on a strictly legal level since they are endowed, by virtue of the Treaties, with binding powers over the Member States. The European communities were established – and have evolved – primarily to pursue mercantilist goals: with the founding treaties of the 1950s, the founding States set their main objective in the creation of a customs union by dismantling customs borders;

the Single European Act (1986) marked a decisive step towards the creation of the single market by completing and consolidating the fundamental freedoms of movement of the factors of production (workers, capital, goods, enterprises); the Maastricht Treaty (1992) laid the legal foundations for the creation of monetary union and the adoption of the common currency.

In relation to these goals, attention to social rights and the construction of a European political entity with democratic legitimacy remain, as is well known, at least recessive. Although there have been several efforts in this direction at various times in the evolution of the integration process, the political and social features of the united Europe represent, still nowadays, its most lacking aspects (Farina 2018): if the economic-financial crisis of the last decade shed light on the difficulty of creating popular consensus on the behalf of the technocratic governance of the EU, the current health crisis – despite the attempt to reopen the discussion with the inter-institutional proclamation of the European Pillar of Social Rights in October 2017 – has highlighted the lack of attention to social issues and to the logic of internal solidarity.

With specific regard to the subject of this paper, it could be argued that the mercantilist mark of the EU appears equally evident in the management of borders, both internal and external ones. Under the Treaties, the ways in which the EU can act on borders and freedom of movement can be outlined on two different legal bases: a) the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ); b) free movement of goods, persons, services and capitals.

Under a) we include both the internal borders – which are in principle open – and the coordinated management of the external borders, as well

as the resulting EU competences on the subject of common asylum and immigration policies. The takeover of the Schengen *acquis* and the replacement of the Schengen Executive Committee by the EU Council is also relevant in border matters. In this regard, it must be remembered that the AFSJ – like the other EU policies that are not typically linked to historically Community economics matters – is still based on the intergovernmental method, which gives the Member States an undisputed pivotal role in the decision-making processes and an equally undisputed primacy over the properly European (non-intergovernmental) institutions, that is, the Commission and the Parliament. In any case, Article 72 of the TFEU requires Title V, concerning the AFSJ, «shall not affect the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security».

A practical effect of this can be seen in the European reaction to certain phenomena and/or episodes on an supranational scale that are perceived as dangerous for public security and are faced by States re-enforcing their national borders, thus demonstrating the precarious nature of the EU and Schengen 'space without borders': the massive increase in migratory flows from North Africa to Europe as a result of the 'Arab Spring' has found the EU unprepared and incapable of managing its external borders in a coordinated manner, pushing national governments (especially the governments of border countries) to adopt solitary and different solutions (Rinaldi 2016); after the Charlie Hebdo attacks, several countries adopted the procedures provided for by the Schengen legal system to re-establish controls on their national borders (Carrera et al. 2018).

In short, in the matter of border controls, Europe seems to re-enact old-fashioned dynamics, very similar to those of the times when issues of immigration and asylum were still the object of policies of international cooperation between European governments, with the result that the EU often appears to act as an instrument for the implementation of national policies, rather than as a supranational organization pursuing its own (Favilli 2018).

Yet, precisely because of these transnational phenomena, in recent years the European institutions and the most prominent European governments have begun a debate on the possible reform of the Schengen System, which has been given a decisive acceleration by the pandemic emergency. In particular, three perspectives are being discussed: implementing internal controls by amending the Schengen Borders Code to increase European powers; implementing external border controls by increasing Frontex staff and competences; allowing access and circulation within the Schengen area on condition of good governance practices and participation in the Common European Asylum System (CEAS) (De Somer 2020). We will see in the future which of these perspectives will prevail, but for the moment we can say that all of them keep the basic structural limit of the European border management that, as we will say in the next paragraph, operates through governance mechanisms on non-territorial spatial elements rather than with governance mechanisms on territorial elements.

Point b), on the other hand, concerns the hard core of the Community-based competences of the EU, i.e., the customs union and the single market, which are instrumental to the main political aims of the EU, that is, free competition and price stability. These objectives are also achieved

through the protection of the four fundamental freedoms of movement: workers, establishment, goods, and capitals. The absence of internal borders is needed to create and consolidate the single market, insofar as some typically national prerogatives are not endangered: the Treaties themselves, which enshrine the four freedoms of movement, recognize national powers, as we discussed above, the right to restrict them for reasons of public security, public order and public health (Article 45, paragraph 3: free movement of workers; Article 52, paragraph 1: right of establishment; Article 65, paragraph 1, letter b: free movement of capitals[5]).

With specific reference to the current health emergency, it could be pointed out that the European Commission has tried to claim its own area of action in the fight against contagion and, as far as we are concerned, in the management of borders, both internal and external: firstly, the Commission immediately recommended the Member States to manage their external borders in a coordinated manner, limiting movements from outside the Union[6]; secondly, it addressed the States to manage their internal borders while guaranteeing security and ensuring the free movement of goods[7]. In other areas of policy, the Commission's actions have been more

[5] Free movement of capitals can be limited by Members States not only on grounds of public security but also «to take all requisite measures to prevent infringements of national law and regulations, in particular in the field of taxation and the prudential supervision of financial institutions, or to lay down procedures for the declaration of capital movements for purposes of administrative or statistical information».

[6] See the Communication of the Commission, COM(2020) 115, 16.3.2020, "COVID-19: Temporary Restriction on Non-Essential Travel to the EU".

[7] See the "Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services" by the Commission, 2020/C 86 I/01.

significant: thus, in the field of health, the nodal point of the common European response is the vaccination plan; with regard to the economic consequences of the pandemic, the considerable effort linked to the Next Generation EU, which will be discussed later[8].

However, the Commission, more or less rhetorically, has from the very beginning of the emergency justified these actions because it considers them to be functional to the preservation of the single market, the main aim of any EU action. During the session of the European Parliament in March last year, at the height of the crisis, von der Leyen said: «we have no stronger asset for this than our unique Single Market. A successful European response can only be coordinated if our Internal Market and our Schengen area work the way it should»[9].

After all, the ideological foundation of the European integration process (the ordoliberal thought of the Freiburg School) aims to a legally integrated system composed by the EU and Member States that only acts directly to ensure competition and price stability, which should then, in a mediated way, generate widespread social and economic welfare (Somma 2014; Lucarelli 2019).

Even if the Commission is seeking opportunities for autonomous intervention in the management of the pandemic, it is coming up against a) the functional nature of the anti-contagion measures and, more generally, of European policies and actions, and b) the competence and attitude of

[8] See the actions taken by the Commission under the European common response here: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response_en.

[9] The full text of the speech is here: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_20_532.

States to intervene in the matter in question to protect some specific national assets.

Therefore, we can assume the absence of internal borders in the EU and the Schengen area is only apparent. There is no European space without internal borders, but a European space with suspended internal borders (Tosi 2020). This suspension is temporary, meant to disappear in the face of an emergency. The main response to a transnational emergency is resetting internal borders, but it seems not to be the EU that is closing its internal borders and keeping its citizens at home; it seems is each State that is (re)appropriating its former external border.

These remarks make it possible to shift attention to the declinations of the spatial element on which both the European and the national legal systems operate. These are two very different declinations, since the 'space' of European law is very different from the 'territory' of national law, especially constitutional law.

The European area is, first and foremost, an «area [...] without internal borders» (Article 3, paragraph 2 TEU), essentially instrumental to the single market and free movement: in European law, the concept of the border changes from being a dividing line to a place or opportunity for exchange (Benlolo Carabot 2018), above all an economic exchange but non only. Indeed, over time it has become something more: it is that area of «landless rights» in which the evolution of multi-level protection of rights is able to offer a higher standard of protection than States do on their own territory (Rodotà 2013). However, this is – not by chance – the case for some particularly advanced civil rights, such as privacy (with particular reference to the web), procedural guarantees especially in the criminal law, the rights of LGBTQIA+ people, but not for social rights, with respect

to which, «the circumstance of being "landless", generally turns into a *deminutio*. Paradoxically, it is precisely those rights that are most threatened by the neo-liberal mainstream». (Salazar 2017, 19-30).

It has been pointed out that, over time, the concept of territory and the concept of border, which is different but instrumental to the physical definition of the first, have become polysemic. Thus, the territory is no longer only a constitutive element of the State, a portion of land that is the subject of State sovereignty, but a value element that is open both to other cultures and to the respect and protection of identity territories within the State itself (Häberle 2000), sublimating towards a less material and more spiritual concept; the border, for its part, is no longer only the demarcation line between two (or more) national territories, but can be declined (among others) in an economic, social, linguistic, ethnic and religious sense, especially in the EU (Benlolo Carabot 2018).

Despite this, the entire European construction remains centered on traditional State schematism; from this perspective, the territory retains its purely national character because it still represents, in the perception of the Member States, the ultimate counter-limit for the preservation of their sovereignty (Tosi 2020). Similarly, the attempt of progressively 'territorialize' the European legal area is weakened by the fact that it is only a process led by courts, which would, instead, require legally, the revision of the Treaties and, politically, the will of the European institutions and the European governments to give a more authentically political content to the Union (Salazar 2018). Not least because, from the perspective of written law, when the Treaties refer to the territory, they are speaking of the territory of the Member States.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 1° agosto 2021

4. The border as an area of sovereignty. Managing the pandemic and the future of the Union

As we have discussed in the first section of this essay, the first reaction of many governments to the spread of CoViD-19 was the implementation of a double category of measures: on the one hand the closure of external and internal borders (both national and intra-national), and on the other the enforcement of lockdown and social distancing and the mandatory use of personal protective equipment (PPE). These measures, first strictly applied in China and Italy and openly opposed by some conservative governments (USA, UK, Brazil), quickly became the only effective tool to prevent the spread of the contagion and were, therefore, widely applied all over the world. Over time, the anti-CoViD measures have been modified several times, sometimes toned down, sometimes tightened according to the evolution of epidemiological trends, but – as we have argued earlier – in any case they still represent the core of the strategy of many governments – especially the European ones – to fight the pandemic emergency.

From the point of view of constitutional law, there are two points that need to be emphasised in relation to these measures: firstly, the measures in issue – although recommended by the WHO – are adopted on their own by each government, not on the basis of an international coordination plan, nor by supranational organisations, above all the EU; secondly, these measures consist in limiting movement rights both objectively (closure of borders) and subjectively (restriction of citizens' movement).

As shown above, the health emergency linked to the CoViD-19 pandemic recalls the centrality – which, to this day, appears inescapable – of

the nation State as the last and/or first level of security for its citizens and its territory, therefore drawing the attention of scholars of legal science and politics to the *vexata quaestio* of sovereignty in its European dimension.

In fact, on the subject of EU-Member States relations, two different conceptions of border can be highlighted: on the one hand, the 'internal' borders that coincide with the national borders and that still represent the main territorial manifestation of the exercise of the sovereign power of the State aimed at the protection of public order, public safety and public health; on the other hand, the 'external' borders that represent the boundaries of the European legal space and that should be under the competence of the EU as a place of 'shared sovereignty'. However, these two different concepts of borders mark and define two different concepts of the spatial element of public power, the constitutional territory of the State and the European legal space. Thus, the latter, as legal concepts of international law rather than political concepts, is managed at the EU level in terms of definition of common positions benefitting from the EU Member States contribution and support, but in practice is very often managed directly and properly by the border countries whose borders coincide with the external ones of the Union (Sartoretti 2020).

Because of this coincidence, the external borders of the Union become the place where certain purely constitutional contradictions arise, especially in emergency situations, which are in turn connected with the structural features of the European institutions, purposes, and decision-making processes.

The double soul of borders allows first of all to recall the declination of the issue of sovereignty outlined by the Italian Constitution, one 'positive', the other 'negative': Article 1 concerns the democratic and political

dimension of sovereignty that belongs to the people and is exercised through the instruments of direct and, above all, representative democracy regulated by the Constitution itself, while Article 11, read together with Article 10, concerns the internationalist dimension of sovereignty that is limited, «on equal terms with other States», for the purpose of building «an order that ensures peace and justice among Nations».

It is well known that Article 11 is closely connected to Italian Membership of the EU, since it has long been identified by the Constitutional Court as the legal foundation that justifies the direct entry of binding European law and its *primauté* over domestic law, well before Parliament amended Article 117, paragraph 1 of the Constitution, which today binds legislative power, among other things, to the «constraints deriving from the Community legal system».

The two different dimensions of sovereignty were not, in the intentions of the Constituent, opposed but were, on the contrary, complementary, and able to balance each other. Above all, they were responding to specific historical and constitutional needs of the moment in which the Constitution was written, that is, on the one hand, to re-found the democratic roots of the State after twenty years of authoritarianism; on the other, to recover legitimacy in the eyes of the international community of liberal-democratic countries after twenty years of autarchy.

The internationalist approach in article 11 of our Constitution was also, not by chance, the main inspiration of the European unitary project in the intentions (and ideologies) of De Gasperi, Schumann and Adenauer, whose main aim was to ensure the liberal-democratic order of European countries against the risk of authoritarian backlash, but also against the revolutionary risk pressing from the east (Guazzarotti 2017).

However, if the issue of sovereignty is first and foremost addressed by written constitutional law, we have to consider that, in practice, it also depends on the evolutions that the process of European integration has undergone over time. The initial internationalist vocation, that was also the hard core of project of the Founding Fathers, has, over time, had to face the ordoliberal twist of the European communities, which have evolved to pursue mercantilist goals, in application of the doctrine of the social market economy (*soziale Marktwirtschaft*). The Union, therefore, has not only received more and more competences from the Member States but, even before that, it has strengthened its ability to influence the decisions of European governments through that informal and technocratic process that is governance, which represents the core of the neo-liberal practices that spread (also in Europe) at the end of the last century (*Ibidem*).

Therefore, it can be said that the twist suffered by the process of European integration since the 1980s and 1990s has progressively eroded the political sovereignty of the Member States, with the special endorsement of both European and national courts, without at the same time constructing a European political sovereignty. In short, the loss of sovereignty is not transferred to the Union (Guazzarotti 2020a), but it is rather dispersed along a process of construction of a sort of financial sovereignty without a state (Lucarelli 2019).

The pandemic, from the point of view of border management, recalls the problem of the declination of sovereignty in the multi-level system of the EU and its members and highlights its limits and contradictions, which lie primarily in the absence of a political sovereignty with a continental dimension. Therefore, with regard to the European reaction to the current health crisis, it has been discussed that it cannot be tackled in a

«reductionist» sense, as happened with the economic and financial crisis of 2008-2011, but, on the contrary, in a «para-federal» sense. This means that the solution cannot be found, once again, in the prevalence of technology over politics, but in the construction of new spaces for democratically legitimized political decision-making on a European scale (Guazzarotti 2020b). In this sense, the contradiction that emerged with dramatic clarity during the 2008-2011 crisis between the austerity of European economic governance and the need to protect the internal welfare of some member states can be resolved by taking social constitutionalism as a point of reference for future reforms of European integration. In other words, we are not suggesting a restoration of constitutional borders as a solution to problems that are clearly continental in scale, but that the EU should take as an example the methods of protection of social rights and the objectives of substantial equity and equality that are typical of European constitutions with socially advanced content (above all the Italian Constitution; Gambino 2012).

The European handling of the pandemic has shown some positive steps in this direction: the recourse to a European debt to finance the Next Generation EU; the adoption of a formula for the distribution of funds that differs from the traditional '*juste retour*' and is centered on the needs of the requesting state; the suspension of the Stability and Growth Pact; the partial reform of the European Stability Mechanism; the centrality of the European institutions tout court – that is, non-intergovernmental – in the approval of the most important plan of the Next Generation EU (the Recovery and Resilience Facility, RRF) are all evidence of the attempt to strengthen the European places of political decisions. What is more important, this is to be done with the instruments of European law and not

with international treaties, through a direct intervention of public power in the market arena and, finally, through a reshaping of relations between the Union and the Member States that seems to mind the social needs of the countries most affected by the crisis (Guazzarotti 2020b).

5. Conclusions

Borders still matter, both in our globalizing world and within the supposedly borderless European space. As we have shown through our discussion, the global health crisis has further exacerbated this re-emergence of borders and bordering practice in many of the countries affected by the contagion. This appears perhaps even more clearly when looking at the EU case study. At the time of writing, much like one year ago, restrictions on international and intranational mobility have been currently loosened, even though border-crossing within the EU is still subject to certain regulations and measures. While it is impossible to predict whether the evolution of the pandemic trends will require a re-enactment of such bordering practices in the near future, it appears clear that both internal and external borders (and control thereof) will uphold their relevance. As we have shown, the conceptions of borders (and, therefore, that of space) in the EU can be defined by its paradoxical nature: on the one hand, under provision of the Schengen Agreements, one could be tempted to subscribe to the idea of a 'borderless Europe'; on the other hand, Member States still uphold their prerogatives concerning national (and international) border management, especially in the case of the Union's external frontier.

Regarding the implications of the global crisis for the EU, we do not mean to return to the issue of the potential modification of European economic governance towards models of government inspired by solidarist and non-competitive, political and non-technocratic logics, a topic we have already discussed in this journal (Dell'Atti 2020). However, it appears clear that the mercantilist and technocratic nature of European economic governance is the main obstacle to the prospect of a social and political Europe: although some possible ways forward have been identified in the current Treaties in the direction of a solidarity-based model of relations, it has been pointed out that solidarity, meant in an equalizing sense, is not yet «an absolute right for States and a corresponding obligation for other States and the EU». It means, according to the Author, that «the Union can only show the solidarity that the Treaties allow it to show and under the conditions laid down, despite the loud calls for solidarity that have been made in recent times». That is because «any hope or "forcing" of the scientific and public debate, although justified by the exceptional nature of the moment, runs the risk of clashing with the strict legal framework» (Morgese 2020, 113).

For these reasons, it is not simply a matter of commenting on the specific instruments with which the EU is managing the extraordinary and exceptional phase linked to the pandemic, which remain, after all, emergency instruments, but, instead, of considering whether and how the EU will ordinarily reform its legal structure, its political objectives and even its aspirations. Hence, the Conference on the future of Europe, which is currently taking its first steps, is an unmissable chance to inscribe the future of the Union in the furrow of democratic and social constitutionalism.

References

Agnew, J. (2008), *Borders on the mind: re-framing border thinking*, in *Ethics & Global Politics*, 1 (4), p. 175 ss.

Amoore, L. (2006), *Biometric borders: Governing mobilities in the war on terror*, in Political geography, 25 (3), p. 336 ss.

Balibar, É. (2004), *We, the people of Europe? Reflections on transnational citizenship*, Princeton, NJ: Princeton University Press.

Bandiera, G. (2020), *Barriere Geografiche: Confini Versus Frontiere. Significatività e Impatto Post COVID-19*, in *Documenti Geografici*, vol. 1, p. 293 ss.

Benlolo Carabot, M. (2018), *La transformation de la notion de frontière dans l'Union Européenne*, in *Pouvoirs*, 2, pp. 65 ss.

Carrera, S., M. Stefan, N. Chun Luk, L. Vosyliūtė, (2018), *The Future of the Schengen Area: Latest Developments and Challenges in the Schengen Governance Framework since 2016*, LIBE Report, February, p. 11 ss.

Castan Pinos, J., & S. M. Radil, (2020), *The Covid-19 pandemic has shattered the myth of a borderless Europe*, in *LSE European Politics and Policy (EUROPP) blog*.

Ceglowski, J. (1998), *Has Globalization Created A Borderless World?*, in *Business Review*, Mar, p. 17 ss.

Chung, C. K. L., J. Xu & M. Zhang (2020), *Geographies of Covid-19: how space and virus shape each other*, in *Asian Geographer*, 37 (2), p. 99 ss.

De Somer, M. (2020), *Schengen: Quo Vadis?*, in *European Journal of Migration and Law*, 19 June.

Dell'Atti, L. (2020), *I diritti sociali alla prova della crisi, fra Costituzione e governance economica europea. Verso la fine della storia?*, in *Democrazia e sicurezza*, 2, p. 13 ss.

Diener, A. C. & J. Hagen (2009), *Theorizing borders in a 'borderless world': Globalization, territory and identity*, in *Geography Compass*, 3 (3), p. 1196 ss.

Enemark, C. (2009), *Is pandemic flu a security threat?*, in *Survival*, 51 (1), p. 191 ss.

Farina, B.M. (2018), *Diritti sociali e prospettive di sviluppo del Welfare europeo*, in *Annali 2016-2018*, Università Suor Orsola Benincasa: Napoli, pp. 147 ss.

Favilli, C. (2018), *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo: Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 361 ss.

Friedman, T.L. (2006), *The world is flat: The globalized world in the twenty-first century*, London: Penguin.

Gambino, S. (2012), *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *Federalismi.it*, 24, 12 dicembre.

Guazzarotti, A. (2020a), *La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei*, in *DPCE online*, 1, p. 327 ss.

Guazzarotti, A. (2020b), *Integrazione europea e riduzionismo politico*, in *Costituzionalismo.it*, 3.

Häberle, P. (2000), *Stato costituzionale. I) Principi generali* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana.

Hayakawa, K., & H. Mukunoki (2021), *The impact of COVID-19 on international trade: Evidence from the first shock*, in *Journal of the Japanese and International Economies*, 60, no. 101135.

Heine, J., & R. Thakur (2011), *The dark side of globalization*, Tokyo: UNU Press.

Hudson, A. (1998), *Beyond the borders: Globalisation, sovereignty and extra-territoriality*, in *Geopolitics*, 3 (1), p. 89-ss.

Johnson, C., & R. Jones (2016), *Where is the Border?*, in C. Johnson & R. Jones (eds.), *Placing the border in everyday life*, London: Routledge, pp. 17-28.

Lucarelli, A. (2019), *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 1 (speciale), p. 12 ss.

Morgese, G. (2020), *Solidarietà di fatto… e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in *Eurojus*, speciale, p. 77 ss.

Munari, F. (2016), *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, p. 517 ss.

Newman, D. (2006), *Borders and Bordering. Towards an Interdisciplinary Dialogue*, in *European Journal of Social Theory*, 9 (2), p. 171 ss.

Newman, D. & A. Paasi (1998), *Fences and neighbours in the postmodern world: boundary narratives in political geography*, in *Progress in human geography*, 22 (2), p. 186 ss.

Popescu, G. (2012), *Bordering and ordering the twenty-first century: Understanding borders*, Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers.

Radil, S. M., J. Castan Pinos & T. Ptak (2020), *Borders resurgent: towards a post-Covid-19 global border regime?*, in *Space and Polity*, p. 1 ss.

Rinaldi, E. (2016), *L'Unione europea e le deroghe alla libertà di circolazione in funzione di governo dei flussi migratori*, in *Costituzionalismo.it*, 3.

Ritaine, E. (2009), *La barrière et le checkpoint: mise en politique de l'asymétrie*, in *Cultures & conflits*, 73, p. 15 ss.

Rodotà, S. (2013), *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari: Laterza.

Rumford, C. (2012), *Towards a multiperspectival study of borders*, in *Geopolitics*, 17 (4), p. 887 ss.

Salazar, C. (2017), *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista AIC*, 3.

Sartoretti, C. (2020), *Se gli Stati membri tornano Stati nazione: frontiere e immigrazione al vaglio della Corte di giustizia*, in *DPCE online*, p. 2037 ss.

Schuster, A. (2013), *L'*omisso medio *ovvero l'emergere di una identità territoriale propria dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, p. 556 ss.

Sloterdijk, P. (2013*), In the world interior of capital: Towards a philosophical theory of globalization*, Cambridge: Polity.

Somma, A. (2014), *La dittatura dello* spread. *Germania, Europa e crisi del debito*, Roma: Derive Approdi.

Sparke, M. (2013*), Introducing Globalization. Ties, Tensions, and Uneven Integration*, Hoboken: Wiley.

Steger, M., & P. James (2020), *Disjunctive globalization in the era of the Great Unsettling*, in *Theory, Culture & Society*, Special Issue, p. 1 ss.

Tosi, D.E. (2020), *Emergenza Covid e processo di integrazione europea: alcune riflessioni in ordine alla 'questione' del territorio dell'Unione*, in *DPCE online*, 2, 2347 ss.

Yuval-Davis, N., G. Wemyss & K. Cassidy (2019), *Bordering*, Hoboken, NJ: John Wiley & Sons.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 1° agosto 2021

Saggi

Abstract

Borders and Bordering in the EU in the Time of CoViD-19

The response of European governments to the CoViD-19 pandemic has been that of reinforcing national borders and restricting citizens' freedom of movement, in continuity with the securitarian policies adopted in past years to react to transnational phenomena such as terrorism and migration flows. This reaction shows the centrality of the role of the State in the management of borders to protect public order, public safety, and public health, and it highlights the weakness of the European legal space, which, on the other hand, is mainly aimed at guaranteeing freedom of movement and the functioning of the single market. After some theoretical considerations on the evolution of the concept of border in the light of the current pandemic, the article focuses on the European understanding of the element of the border by relating the different concepts of constitutional territory and European legal space and by discussing the issue of sovereignty in Europe starting from the concept of border and in the light of the European response to the health crisis.

Keywords: borders; pandemic; sovereignty; territory; space.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

Saggi

Transparencia, derecho de acceso a la información y libertad de información durante la emergencia sanitaria por coronavirus en España. Algunas enseñanzas *

di Cristina Pauner Chulvi **

ÍNDICE: 1. Introducción: los derechos fundamentales en un contexto de emergencia, en concreto, el derecho a la libertad de información. – 2. Transparencia de las instituciones públicas y derecho de acceso a la información. – 2.a) La publicidad activa. – 2.b) La publicidad pasiva. – 3. Infodemia y desinformación en tiempos de la covid-19. – 3.a) La comunicación institucional. – 3.b) El papel de los medios de comunicación. – 4. Conclusiones.

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto RTI2018-095367-B-100 sobre la implementación del RGPD en España.

** *Professora Titular* di Diritto costituzionale presso l'Universitat Jaume I di Castellón. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); versione definitiva ricevuta l'11 ottobre 2021.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

1. Introducción: los derechos fundamentales en un contexto de emergencia, en concreto, el derecho a la libertad de información

La situación de crisis pandémica mundial provocada por la covid-19 ha tenido un impacto profundo en todos los ámbitos poniendo en peligro la salud y los cimientos de las sociedades democráticas y ha requerido de la adopción de medidas sanitarias, sociales y legales que han puesto a prueba la resistencia ciudadana y la adecuación de instrumentos jurídicos para hacerle frente.

Entre estos últimos, y a semejanza de otros países[1], el Gobierno español declaró el estado de alarma[2] en todo el territorio nacional con la promulgación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que se prorrogó mediante

[1] Entre los meses de enero y mayo, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Italia, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay declararon estados de emergencia nacional; Chile y Ecuador adoptaron figuras similares como el estado de excepción, estado de urgencia sanitaria (Francia) o estado de calamidad pública (Guatemala). En Reino Unido se aprobó una ley específica que concedió poderes de emergencia al Gobierno (Coronavirus Act 2020) y en Alemania se adoptaron medidas negociadas entre los Länder y el gobierno de Berlín sin declarar ningún tipo de estado de emergencia o excepción.

[2] Esta figura se encuentra prevista en los artículos 55.1 y 116.2 de la Constitución Española (CE) y en España cuenta con el único precedente de la declaración de estado de alarma el 4 de diciembre de 2010 para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, como consecuencia de la crisis de los controladores aéreos a raíz de un conflicto laboral entre estos trabajadores y la Agencia Española de Navegación que desembocó en el colapso del tráfico aéreo del país, al abandonar aquellos sus puestos de trabajo de manera masiva. El desarrollo legislativo de los estados excepcionales se encuentra en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES).

sucesivos reales decretos[3] hasta el día 21 de junio de 2020, fecha de inicio de la situación denominada de "nueva normalidad", en la que se adoptaron medidas urgentes de carácter preventivo para seguir controlando la pandemia, extendidas hasta el 25 de octubre de 2020 con una nueva declaración del estado de alarma prorrogada hasta el 9 de mayo de 2021[4].

Con carácter general, las medidas adoptadas durante la declaración de los estados excepcionales han de ser estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad y deben ser aplicadas en forma proporcionada a las circunstancias (art. 1.2 LOAES). En este contexto, el pasado 14 de julio, el Tribunal Constitucional español[5] declaró la inconstitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación por el

[3] Las prórrogas del Real Decreto 463/2020 se sucedieron cada quince días y tuvieron lugar por Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo; Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo; y Real Decreto 55/2020, de 5 de junio.

[4] Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 y prórrogas por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre y Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

[5] STC 148/2021, de 14 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra determinadas disposiciones del Real Decreto (artículo 7 sobre limitación de la libertad de circulación de las personas; artículo 9 sobre medidas de contención en el ámbito educativo y de formación; artículo 10 sobre medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, cultural, recreativa, hostelería y restauración; artículo 11 sobre medidas de contención en relación a lugares de culto). Se trata, por tanto, de una declaración de nulidad parcial del primer decreto del estado de alarma que ha recibido críticas por el retraso en resolverse dada la excepcional importancia del asunto y que resultó aprobada por seis votos a favor y cinco en contra de los magistrados que manifestaron en sendos votos particulares.

territorio nacional (confinamiento) impuestas por el Real Decreto 463/2020 al exceder del alcance que al estado de alarma reconocen la Constitución y la LOAES e implicar una suspensión de derechos fundamentales, no una limitación – siquiera extraordinaria – de los mismos[6].

El análisis del pronunciamiento jurisprudencial queda fuera del objeto de estas líneas, pero nos permite enlazar con la afectación que la declaración del estado de alarma supuso al acceso a la información y al principio de transparencia. Así, es indudable que la grave crisis sanitaria ha servido para acentuar el papel fundamental del acceso a la información en un estado democrático y su virtualidad como medida preventiva contra la pandemia. Puesto que si el derecho de acceso a la información y la comunicación pública libre basada en noticias veraces es indiscutible en un contexto de normalidad, tanto más necesarias resultan ambas en una situación de vigencia de un estado excepcional.

El derecho fundamental a la libertad de información, consagrado en el artículo 20.1.d) CE y reconocido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), es una "garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad

[6] El debate sobre el alcance de las medidas adoptadas en el RD 463/2020 ha sido muy amplio entre los especialistas de Derecho Público. La polémica se centró sobre si las medidas adoptadas implicaron una suspensión o una limitación de derechos fundamentales, cuestión que analiza Escobar Roca (2021, 113-152).

libre y democrática (…)" en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[7].

El derecho fundamental a la libertad de información comprende el derecho de acceso a la información pública[8] que, por tanto, también es una condición indispensable para que haya una democracia de calidad: los ciudadanos, la sociedad en general, exigen tener acceso a la información con relevancia pública que pueda afectarles. Y si hasta el momento no se trataba de un derecho que recibiera mucha atención, la demanda de información sobre todos los aspectos de la enfermedad – el origen del virus, la causa, el tratamiento y el mecanismo de propagación – y sobre la gestión pública de la crisis sanitaria han puesto de relieve el potencial del derecho de acceso a la información. Por tanto, se puede afirmar que la pandemia ha puesto a prueba el sistema de acceso a la información y ha brindado la oportunidad práctica de mostrar su eficacia.

En las líneas que siguen analizaremos cómo se ha mantenido el principio de transparencia activa de las instituciones y administraciones públicas y en qué grado se ha dado cumplimiento al derecho de acceso a la información durante el contexto de emergencia en España. El objetivo es subrayar la necesidad de que la lucha contra la pandemia se realice sin menoscabo de la libertad de información y otros derechos fundamentales puesto que

[7] Valgan por todas las SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 21/2000, de 31 de enero, FJ 4, y 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4 y SSTEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. Reino Unido*, § 49, y de 6 de mayo de 2003, caso *Appleby y otros c. Reino Unido*, § 39.

[8] El TEDH hace referencia al derecho de acceso a la información como parte de la libertad de información (art. 10 CEDH), entre otras, en la sentencia de 14 de abril de 2009, caso *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*.

la sociedad y las personas no pueden protegerse adecuadamente de las enfermedades "cuando se les niega información, cuando han perdido la confianza en las fuentes de información y cuando la propaganda y la desinformación dominan las declaraciones de las autoridades públicas"[9].

Así, en primer lugar, nos referiremos al irregular mantenimiento de la publicidad activa en el Portal de Transparencia de la Administración General del Estado que puso de relieve que la secuela del estado de alarma afectaba también a la vertiente activa de la publicidad. También nos ocuparemos, en segundo lugar, de la suspensión de los plazos para ejercer el derecho de acceso a la información pública y del criterio restrictivo que siguió a la suspensión para seleccionar las solicitudes de acceso o reclamaciones a las que sí se daba trámite. Pero si hay un elemento radicalmente distorsionador sobre la información es el de la difusión masiva de noticias falsas sobre el coronavirus, ayudada por el efecto multiplicador de las redes sociales. Esta epidemia de información o infodemia, además de contribuir al empeoramiento de la pandemia, afecta al derecho fundamental de la ciudadanía a recibir información veraz. Por ello, en tercer lugar, analizaremos el papel que juega la comunicación institucional en una situación de crisis masiva y la estrategia comunicativa adoptada por el Gobierno español, así como la experiencia de los medios de comunicación para obtener y difundir información durante la crisis. Finalmente, a la vista de la respuesta que el sistema de acceso a la información ha dado en este contexto de pandemia y cómo se ha visto afectado el ejercicio de las libertades informativas, se sugerirán algunas medidas que puedan resultar apropiadas para proteger aquellos derechos en futuras situaciones de emergencia.

[9] Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2020, 3).

2. Transparencia de las instituciones públicas y derecho de acceso a la información

El acceso a la información pública es un derecho garantizado por Ley en los países democráticos y condición necesaria para garantizar el conocimiento de la actividad de los poderes públicos y, por ende, su control. Este derecho debe asegurarse a cualquier ciudadano aunque juega un papel fundamental para los profesionales de la información que han visto en el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública una herramienta básica para el desarrollo de su labor profesional.

Su regulación surge en España con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno[10] (LTAIPBG) en un momento de grave desafección institucional y política provocada por la crisis económica de 2008 y que daría lugar al movimiento 15M. La Ley 19/2013 distingue claramente las dos vertientes de la publicidad: la publicidad activa, es decir, la obligación de la administración pública de proporcionar y difundir – constantemente y de forma veraz – toda la información de mayor relevancia, sin que nadie lo solicite[11], y el derecho de acceso a la información pública, que abarca la

[10] La bibliografía sobre transparencia y acceso a la información es inabarcable por lo que sirvan, entre otros, Blanes Climent (2014); Guichot Reina y Barrero Rodríguez (2020); Martín Delgado (2019). Sobre la Ley 19/2013 puede consultarse Fernández Ramos y Pérez Monguió (2014); Troncoso Reigada (2017).

[11] Artículos 6 a 11 LTAIPBG.

posibilidad de acceso de cualquier ciudadano o ciudadana – mediante solicitud previa – a la información pública sin más limitaciones que las que contemplan las leyes[12].

La publicidad activa está al servicio de la transparencia en la actividad pública. El ciudadano o la ciudadana no tienen por qué preocuparse de solicitar cierta información, sino que la administración pública se la ofrece a través de los diferentes canales existentes y, fundamentalmente, a través de Internet. Por su parte, el derecho de libre acceso a la información pública tiene una configuración diferente porque se trata de acceder no a la información que la administración ha hecho pública por ella misma o tiene el deber de hacerlo, sino a cualquier otra, siempre que tal acceso no esté limitado.

A pesar de la claridad con la que la norma establece los cauces para tener conocimiento de información pública, durante la vigencia del estado de alarma ni los portales de transparencia se actualizaron con la periodicidad necesaria ni las solicitudes de acceso a la información se tramitaron en tiempo y forma en España. Ambas limitaciones afectaron a toda la ciudadanía, pero muy especialmente a los periodistas que presentan muchas solicitudes de información pública y se nutren de la información accesible en aquellos portales para publicar contenidos propios que se salen de la agenda de los medios o que inciden en cuestiones de interés que las autoridades no publicitan adecuadamente[13].

[12] Artículo 12 LTAIPGB: "Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley (…)". Los límites al acceso se regulan en el artículo 14 LTAIPGB.

[13] Fue el caso de la polémica negativa del Ejecutivo español en dar a conocer la composición del comité de expertos que asesoraba al Gobierno y que levantó críticas unánimes entre los profesionales de la información.

2.a) *La publicidad activa*

Una de las primeras medidas restrictivas de la transparencia durante parte de la vigencia del estado de alarma en España fue la suspensión de la publicación de los contratos de emergencia adjudicados por los Ministerios con motivo de la covid-19.

Durante una situación de crisis sanitaria es razonable que se articulen procedimientos extraordinarios para gestionar compras, inversiones o subcontrataciones y obtener con urgencia materiales, recursos o servicios que permitan salvar vidas y limitar los efectos que provoca la pandemia. En esta línea, el Ejecutivo español adoptó algunas medidas urgentes para responder al impacto económico de la covid-19 entre las que destaca la tramitación de emergencia de todos los contratos públicos para atender a las necesidades de protección de las personas[14]. Todos recordamos la angustiosa carrera de los gobiernos europeos para adquirir material sanitario (mascarillas, respiradores, equipos de protección individual o tests de coronavirus) en un mercado especulativo y desbordado en medio de un aumento repentino de la demanda mundial.

Pero esta situación extraordinaria desactiva algunos controles de los procedimientos administrativos de contratación incrementando el riesgo de que se produzcan situaciones de mal uso o de abuso de esta figura

[14] Artículo 16.2 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19. Este régimen excepcional de contratación por vía de emergencia se contempla en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que permite acudir a él "cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional".

jurídica. Potenciar la publicidad, transparencia y rendición de cuentas es la recomendación básica que debe aplicarse para minimizar ese riesgo.

De hecho, el Ministerio de Hacienda español publicó una Nota informativa[15] en la que expresamente recordaba la obligatoriedad de publicar los contratos celebrados por la vía de la tramitación de emergencia en el perfil de contratante del órgano de contratación y, por tanto, en el Portal de Transparencia.

Sin embargo, esta disposición contrasta con la afirmación contenida en otra Nota informativa del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, del que depende el Portal de Transparencia, donde se comunicó "que no se están publicados ni se van a publicar durante el estado de alarma los contratos de emergencia adjudicados por los distintos Ministerios, sobre todo, el de Sanidad y Transportes" [16].

Así, durante el año y medio transcurrido desde la declaración del estado de alarma, el seguimiento de información sobre las contrataciones tramitadas por vía de emergencia solo cabía hacerse a través de las publicaciones oficiales correspondientes (*DOUE*, *BOE*). Tarea a la que se ha dedicado la organización Civio que, mediante el seguimiento de las resoluciones publicadas en el *BOE*, ha constatado que 6.445 millones de euros fueron adjudicados en contratos por la vía de emergencia por las administraciones públicas en 2020[17].

[15] *Nota informativa del Ministerio de Hacienda*, a través de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 9 de abril de 2020.

[16] *Nota informativa del Ministerio de Política Territorial y Función Pública*, a través de la Dirección General de Gobernanza Pública, de 17 de abril de 2020.

[17] Informe disponible aquí: https://civio.es/quien-cobra-la-obra/buscador-de-contratos-de-emergencia/?q=6666cd76f96956469e7be39d750cc7d9&lang=es

En el último informe de supervisión de las adjudicaciones formalizadas por vía de emergencia, de marzo de 2021, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) enumera diversos errores advertidos en las operaciones analizadas y advierte de la "confusión por parte de los órganos de contratación al interpretar la tramitación de emergencia como un tipo de tramitación alternativo a las tramitaciones ordinaria y urgente reguladas en la Ley de Contratos del Sector Público y no como un procedimiento o expediente de contratación de carácter excepcional"[18].

El hecho de no dar publicidad a los contratos por vía de emergencia tuvo como consecuencia que tampoco se publicasen en el Portal de Transparencia de la Administración General del Estado. Esta cancelación del principio de transparencia en la actividad pública contradice lo dispuesto en el artículo 8.1.a) de la LTAIPBG.

La importancia de mantener actualizado el Portal de Transparencia en situación de emergencia se advierte, entre otros, en la utilidad del mismo como herramienta ante las noticias falsas y los bulos a los que nos referiremos más adelante. La consulta de estos portales se ha ido extendiendo entre la ciudadanía y el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal ha destacado que "si los ciudadanos conocen que existe información veraz y fidedigna, y dónde encontrarla, acudirán a estas fuentes y tendrán criterio para rechazar datos y noticias que no se atengan a la verdad".

Con todo, el impacto del apagón informativo es mucho más severo en los periodistas ya que la fase inicial de recogida de datos para su posterior

[18] OIReScon (2021, 81).

divulgación es parte integrante del derecho a la información. Este derecho comprende tres facultades: la de investigar o recoger datos que se desean comunicar, la de elaborar la noticia para divulgarla y, finalmente, la de difundir la información. En palabras del Tribunal Constitucional, "el contenido del derecho a comunicar libremente información veraz comprende el proceso entero desde la obtención y elaboración de la noticia hasta su difusión, de forma tal que se protege de forma específica a quienes hacen la búsqueda y difusión de la información su profesión" (SSTC 56 y 57/2004, de 19 de abril).

En esta primera fase dinámica, el periodista recaba información por sí mismo y, en un sentido amplio, el derecho a la investigación – como se ha denominado por algún sector doctrinal a esta fase inicial – debe entenderse como la facultad atribuida a los profesionales de la información, a los medios informativos en general y al público de acceder directamente a las fuentes de las informaciones y de las opiniones y de obtener éstas.

Para los profesionales de la comunicación y la prensa en general, reconocidos constantemente por la jurisprudencia constitucional y europea en su papel de garantes del pluralismo y de emisores de informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general[19], los impedimentos o limitaciones de acceso a la información pública suponen la vulneración de su libertad informativa.

[19] STC 58/2018, de 4 de junio, FJ 7 y STEDH, de 14 de junio de 2016, asunto *Jiménez Losantos c. España*, § 28.

Admitiendo el carácter de "perro guardián" de la prensa[20], en su sentencia de 8 de octubre de 2019, el TEDH ha confirmado que "la recopilación previa de información es un paso preparatorio esencial en el periodismo y es una parte inherente y protegida de la libertad de prensa. Los obstáculos que dificultan el acceso a la información de interés público pueden disuadir a los que trabajan en los medios de comunicación o en ámbitos que reivindican estos asuntos. Como consecuencia, es posible que ya no puedan desempeñar su papel fundamental como guardianes públicos, y su capacidad para facilitar información precisa y fiable puede verse afectada negativamente (…) El papel de guardián de los medios de comunicación adquiere especial importancia en tales contextos, ya que su presencia es una garantía de que las autoridades pueden rendir cuentas por sus conductas (…) el Tribunal está convencido de que el informe que el demandante pretendía preparar se refería a una cuestión de interés público, donde había poco margen para las restricciones a la libertad de expresión en virtud del artículo 10, apartado 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (…)"[21].

[20] Son innumerables las sentencias que confirman esa función de vigilancia de las instituciones atribuible a la prensa. Por todas, véanse las SSTEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 8 de julio de 1986, asunto *Lingens c. Austria* y de 26 de noviembre de 1991, asunto *Sunday Times c. Reino Unido*. Sobre el origen de la teoría, puede verse Martinez Albertos (1994).

[21] STEDH, de 8 de octubre de 2019, asunto *Szurovecz c. Hungria*, § 52, 61 y 62. El fallo declara que el Gobierno húngaro violó el artículo 10 al no permitir la entrada de un periodista a un centro de recepción para solicitantes de asilo y refugiados. Resulta interesante a nuestros efectos conocer la argumentación del Gobierno húngaro que alegó que la queja del solicitante se basaba en una reivindicación de un derecho de acceso a la información que no entraba en el ámbito de aplicación del artículo 10 puesto que todo

Así pues, la importancia de reforzar la transparencia y el acceso a la información en tiempos de pandemia es indiscutible para que la ciudadanía pueda saber cómo gestionan la crisis sanitaria nuestros poderes públicos, y los datos económicos y la gestión de los recursos económicos son sin duda un asunto de interés público[22].

Los informes publicados por diversas organizaciones pro transparencia presentan recomendaciones para evitar la corrupción en la contratación de emergencia[23] que sería aconsejable poner en práctica. En concreto, recomiendan cumplir con la obligación de publicar y formalizar los contratos en los términos que fija la Ley de Contratos del Sector Público en España y la normativa europea, la creación de secciones específicas en el Portal de Transparencia que faciliten el acceso a todos los contratos celebrados por trámite de emergencia, con procedimiento negociado u otros procedimientos extraordinarios o el fortalecimiento de los programas de cumplimiento y un *reporting* adecuado así como el refuerzo de las medidas de diligencia en la cadena de suministro.

derecho de acceso a la información en virtud del artículo 10 sólo podría interpretarse como un derecho a recibir información impartida voluntariamente por terceros y sólo existe una obligación negativa por parte del Estado de no obstaculizar injustificadamente el acceso a la información disponible públicamente y de no castigar a nadie por recibir información de las autoridades públicas. El TEDH desestimó esta pretensión confirmando que el derecho de acceso forma parte integrante del derecho fundamental recogido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[22] En este sentido, Piñar Mañas (2020) y Gamero Casado (2020).

[23] Transparencia Internacional-España (2020).

2.b) La publicidad pasiva

El derecho de acceso a la información pública durante la pandemia no fue suspendido de forma expresa en España pero se ha visto afectado, básicamente, por la suspensión de los plazos administrativos – entre ellos, por tanto, los de tramitación de solicitudes de acceso a la información pública[24] –, lo que supuso una suspensión *de facto* del mismo a pesar de que el decreto que declaraba el estado de alarma aseguraba lo contrario: «las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución» (Preámbulo del Real Decreto 463/2020).

Concretamente, en virtud de la Disposición adicional tercera del mencionado Real Decreto 463/2020, se suspenden los términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de procedimientos de las entidades del sector público, con algunas excepciones en procedimientos del ámbito de la Seguridad Social o tributario, mientras esté declarado el estado de alarma. En el apartado 4 se añade que "las entidades del sector público podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimien-

[24] Esta restricción al ejercicio del derecho de acceso a la información no se ha producido únicamente en España sino que diversos países han adoptado decisiones que afectaban al ejercicio del mencionado derecho. Puede consultarse un estudio sobre la afectación al derecho de acceso a la información pública durante la pandemia y la respuesta de las administraciones y de la sociedad civil en América Latina y algunos países europeos en Montero De Espinosa Candau et al. (2020).

tos administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios".

El Gobierno matizó que la suspensión no impedía, sin embargo, que los ciudadanos presentasen sus solicitudes ni que las administraciones públicas pudieran ir adelantando su trabajo para que, una vez agotado el plazo de suspensión, las respuestas pudieran llegar lo antes posible a los ciudadanos[25]. Y, poco después, se publicaron en el Portal de Transparencia sendos informes de la Abogacía del Estado que concluían que las solicitudes de acceso a la información pública y las reclamaciones ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno relacionadas con los hechos justificativos de la declaración del estado de alarma o que fueran de interés general, se podían seguir tramitando caso a caso (Blanes Climent 2020, 18).

Pero la doctrina y organizaciones que impulsan la transparencia (Blanes Climent 2021, 332; Fernández Rodríguez 2020) han criticado que esta autorización a las entidades públicas para seguir con la tramitación de las solicitudes de información relacionada con la covid-19 durante la vigencia del estado de alarma se configurase como una facultad ("podrán acordar") en lugar de como una obligación, tanto porque el acceso a la infor-

[25] Muchas Comunidades Autónomas utilizaron esta opción y continuaron resolviendo solicitudes de información pública desde el inicio de la crisis. Es el caso de Castilla y León o Navarra. Andalucía, Canarias, Cantabria y Murcia mantuvieron la suspensión y el resto de Comunidades Autónomas la fueron levantando progresivamente. Con carácter general, el levantamiento de la suspensión de plazos administrativos tuvo lugar el 1 de junio de 2020.

mación pública en un contexto de emergencia pública cobra mayor virtualidad para la ciudadanía como porque los profesionales de los medios de comunicación y agencias de noticias de titularidad pública y privada fueron declarados servicios esenciales en el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo.

Por lo que respecta al ejercicio del derecho de acceso a la información por los ciudadanos, se ha ido extendiendo en los últimos años y, muy especialmente, lo han ejercido para cuestiones relacionadas con la pandemia como información sobre los criterios de reparto de la vacuna contra la covid-19, compras de materiales sanitarios o datos de contagios, entre otros[26]. De este modo, la suspensión del plazo para responder ha supuesto una restricción del derecho fundamental a la información que, a través del Portal de Transparencia como canal que tiene la ciudadanía para pedir información, dejó sin respuesta a 829 preguntas en el primer mes y medio de estado de alarma, situación que lamentó el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal que se sumó a una declaración de la Conferencia Internacional de Comisionados de Información que solicitaba a los gobiernos no sacrificar el derecho de acceso a la información en la crisis del coronavirus.

En el caso de los profesionales de los medios de comunicación no merecieron una especial consideración para acceder a la información a pesar de haber sido declarados como servicios esenciales[27]. Así, el Gobierno español, tras la primera declaración del estado de alarma ~~y~~ con el objetivo

[26] El número de peticiones de acceso a datos o documentación pública de la administración estatal fue de 11.442 en 2020, cifra muy superior a las recibidas en 2019 (7.449) y que duplica las de 2018 (5.995).

[27] Así lo denuncia Blanes Climent (2020).

de continuar frenando el avance de los contagios, acordó una medida en el ámbito laboral para reducir los desplazamientos por actividad laboral y profesional y aprobó el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, norma que dejaba fuera de su aplicación aquellas actividades consideradas servicios esenciales, entre ellas, a los profesionales de los medios de comunicación[28].

Y si el impacto de la suspensión del acceso a la información en los ciudadanos es negativo, en los periodistas tiene un impacto negativo mayor. Porque cuando son ellos quienes recurren a la Ley de Transparencia[29], en primer lugar, se cierra el canal fundamental por el que el público se mantiene informado. Aunque sabemos que la información está disponible en múltiples canales como chats, blogs, foros, páginas webs o redes sociales, los medios de comunicación profesionales siguen conformándose como los intermediarios naturales entre la noticia y el público. En un contexto

[28] Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el covid-19 (*BOE*, núm. 87, de 29.03.2020). En su Anexo se enumeran los sectores calificados como esenciales a cuyo personal no se le aplica la medida de limitación de su actividad laboral, entre ellos, "11. Las que prestan servicios en puntos de venta de prensa y en medios de comunicación o agencias de noticias de titularidad pública y privada, así como en su impresión o distribución".

[29] Como nos recuerda Manuel Medina, "Prácticamente desde su origen, las más significativas leyes de acceso a la información gubernamental han estado estrechamente vinculadas con el ejercicio del periodismo" confirmando que el diseño de la ley estadounidense de 1966 se hizo por y para periodistas, el impulso de las asociaciones de prensa alemanas que hubo detrás de la aprobación de la ley federal o el cambio radical que supuso la norma británica para el periodismo en Gran Bretaña (Medina Guerrero 2021). Sobre el uso que estos profesionales realizan de los datos abiertos ofrecidos por instituciones y organismos puede verse Díez-Garrido y Campos Domínguez (2018).

de crisis pandémica, la labor de la prensa ayuda a combatir la diseminación de información poco confiable sobre coronavirus y protegen a la población frente al peligroso fenómeno de las noticias falsas[30].

Y, en segundo lugar, se incumple la obligación de aplicar más estrictamente las causas que permiten denegar el acceso a la información pública – no digamos ya cualquier técnica obstruccionista – porque se está ejercitando el derecho fundamental a la libertad de información consagrado en el artículo 20.1.d) CE. Así se deduce del desarrollo jurisprudencial constante del TEDH sobre este tema que, desde la sentencia de 8 de noviembre de 2016, asunto *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, viene declarando que la negativa a proporcionar información a un profesional de los medios por parte de los poderes públicos puede constituir una interferencia lesiva del derecho a recibir y comunicar información garantizado en el artículo 10 CEDH. Debe recordarse que, en aplicación de la cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE, esta interpretación alcanza al derecho que consagra el artículo 20.1.d) CE.

En este contexto, la suspensión de los plazos de tramitación de las solicitudes de acceso a la información pública impide el desarrollo de la labor periodística cuando "lo lógico sería al revés. No solo que no estuvieran suspendidos, sino que los plazos se hubieran acortado por razones de urgencia para permitir un acceso más rápido a la información por parte

[30] El Informe sobre consumo de noticias digitales en 2021 elaborado por el *Reuters Institute for the Study of Journalism* de la Universidad de Oxford muestra que se ha incrementado la brecha de confianza entre las noticias en general y las que se encuentran en entornos de agregación, y las audiencias parecen dar más importancia a las fuentes rigurosas y fiables (*Digital News Report 2021*, Reuters Institute for the Study of Journalism).

de quienes acrediten que trabajan en los medios de comunicación o agencias de noticias" (Blanes Climent 2020, 17). Se argumenta que la suspensión de derechos fundamentales no puede producirse durante el estado de alarma[31] sino durante la declaración de los estados de excepción y sitio, afirmación que vino respaldada por la mencionada STC 148/2021 que, reproduciendo los argumentos contenidos en su anterior sentencia 86/2016, de 28 de abril, concluyó que se trata "de una medida solo prevista, respecto de algunos derechos fundamentales, en los supuestos de declaración del estado de excepción o el de sitio (art. 55.1 CE)" (fj 3).

Abriendo el foco del análisis, en un recorrido comparado se comprueba que esta restricción al ejercicio del derecho de acceso a la información no se ha producido únicamente en España, sino que diversos países han adoptado decisiones que afectaban al ejercicio del mencionado derecho, entre otros temas en la flexibilización o suspensión de plazos en las respuestas[32]. Países como Argentina, Bolivia, El Salvador, Francia, México, Panamá, Perú y República Dominicana decretaron la suspensión de plazos administrativos, algunos con mención expresa de los trámites realizados por el órgano de garantía de acceso a la información (caso de Bo-

[31] La Nota informativa del Ministerio de Política Territorial y Función Pública de 17 de abril de 2020 reconoció explícitamente que "Nos encontramos ante *una suspensión temporal vinculada al estado de alarma.* Las unidades de transparencia están trabajando de forma activa en la tramitación interna de las solicitudes para evitar que se produzca acumulación y para estar en disposición de responder lo antes posible" (la cursiva es nuestra).

[32] Puede consultarse un estudio sobre la afectación al derecho de acceso a la información pública durante la pandemia y la respuesta de las administraciones y de la sociedad civil en América Latina y algunos países europeos en Montero De Espinosa Candau et al. (2020).

livia y El Salvador) o explícitamente suspendiendo las solicitudes de información (caso de México). En el lado opuesto, se encuentran Guatemala o Chile, donde no se suspendió el derecho de acceso a la información en la emergencia, o Italia, que excluyó de la suspensión las solicitudes de información sobre la pandemia y la emergencia sanitaria (Montero De Espinosa Candau et al. 2020, 22).

Lo cierto es que, en nuestro país, haciendo uso de la facultad que reconocía el decreto de alarma, una vez pasado el primer momento de emergencia – a mediados de abril – se tramitaron algunas solicitudes referidas a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma. Sin embargo, no se estableció ningún procedimiento especial ni plazos abreviados. Más bien al contrario: la suspensión alargó el plazo de 1 mes para resolver (art. 20 LTAIPBG), en principio, durante el tiempo que estuviera vigente el estado de alarma[33]. La suspensión de plazos también afectó a los recursos tramitados ante los órganos garantes de la transparencia que, a pesar de continuar trabajando durante el estado de alarma, no pudieron darles trámite efectivo. Finalmente, la vía judicial

[33] En el ámbito europeo la ampliación de plazos ha sido una pauta más generalizada: Hungría (de 15 días para responder más 15 días de prórroga pasó a 45 días más 45 días de prórroga); Suiza (de 20 a 120 días); Rumania (de 10 a 20 días en el plazo general y de 30 a 60 días en los supuestos excepcionales y de 24 a 48 horas del plazo especial para periodistas). Un completo y crítico análisis del apagón informativo sobre el covid-19 en varios países europeos, España entre ellos, en el informe anual 2021 de algunas organizaciones asociadas a la Plataforma del Consejo de Europa para promover la protección del periodismo (Partner Organisations to the Council of Europe Platform to Promote the Protection of Journalism and Safety of Journalists 2021).

tampoco era practicable, puesto que el decreto de alarma también suspendió todos los términos y plazos procesales a excepción de determinados procedimientos penales.

En resumen, las situaciones descritas suponen una negación de la transparencia en un momento en que resulta crucial para que la ciudadanía pueda saber, entre otros, qué datos se utilizan para tomar decisiones, qué personas contribuyen a tomarlas, a qué se destina el dinero y se dé cierta corresponsabilidad por parte de los poderes públicos con el sacrificio solidario que se tuvo que reclamar a la población.

3. Infodemia y desinformación en tiempos de la covid-19

El brote de coronavirus estuvo acompañado desde su aparición de "un exceso de información acerca de un tema, mucha de la cual son bulos o rumores, que dificulta que las personas encuentren fuentes confiables y orientación fidedigna cuando lo necesiten", según ha declarado la Organización Mundial de la Salud (OMS), que acuñó el término infodemia para referirse al fenómeno. En este contexto, entre todo el volumen de información sobre salud pública aparece la desinformación, los bulos y la manipulación de la información amplificada mediante las redes sociales, añadiendo a la crisis sanitaria un nuevo virus que se propaga con más facilidad y convirtiéndose en un motivo de preocupación para las autoridades.

Las personas acceden a la información a través de diversas fuentes (medios de comunicación, gobiernos, organizaciones de salud, expertos,

científicos, médicos o contactos familiares y de amistad), pero las búsquedas de información en Internet sobre la covid-19 aumentaron exponencialmente, llegando a través de las plataformas y redes sociales en donde circulan historias falsas o engañosas, teorías de la conspiración, narrativas inciertas o información inexacta sobre todos los aspectos de la enfermedad. Esta intoxicación informativa puede dar lugar a problemas muy reales, afectar gravemente a la salud pública y de las personas y dificultar enormemente la lucha contra la pandemia[34].

Lamentablemente, en el escenario internacional ha habido ejemplos de narrativas problemáticas y engañosas que procedían de actores políticos y responsables de gobierno. Es el caso de Trump en Estados Unidos, López Obrador en México o Bolsonaro en Brasil Sus discursos en los que relativizaban el alcance o gravedad de la enfermedad, defendían la eficacia de tratamientos o medicinas sin ningún aval científico o resultado probado, incumplían las medidas sanitarias recomendadas o, en el peor de los casos, difundían las teorías negacionistas del coronavirus tenían, posiblemente, consecuencias más graves a efectos de desinformación y agravamiento de los contagios.

Ante esta situación confusa es decisivo proporcionar información precisa, actualizada y oportuna para ayudar a las personas a comprender la

[34] La infodemia puede empeorar la pandemia porque dificulta que las personas –incluidos los responsables de tomar decisiones o el personal de salud– encuentren fuentes confiables y orientación fidedigna, puede provocar problemas de salud mental, puede afectar a los procesos decisorios cuando se requieren respuestas inmediatas y, ante la falta de control de calidad de la información, cualquier persona puede difundir testimonios falsos sobre todos los aspectos de la enfermedad. Un excelente análisis de los riesgos de la desinformación para la democracia y valores como la salud o la seguridad en Serra Cristóbal (2021).

enfermedad y saber cómo protegerse, porque, en democracia, tan alarmante y peligroso es que las instituciones públicas no sean transparentes como la manipulación deliberada de la información.

La comunicación institucional y los medios de comunicación son los dos elementos clave para contribuir a la prevención y contención de los efectos de la crisis epidemiológica y de la contaminación informativa. A ellos se les puede sumar la colaboración de las empresas tecnológicas por su enorme influencia en el debate social[35].

[35] La Unión Europea ha apostado por un plan de acción que implica a toda la sociedad, las autoridades públicas, los periodistas, los investigadores, los verificadores de datos y, destacadamente, las plataformas tecnológicas en la lucha contra las noticias falsas. En 2018 se presentó el Código de Buenas prácticas sobre desinformación a nivel de la UE para control del contenido online, que se complementó en 2020 con el Programa contra la infodemia COVID en el que se incluían medidas como promover y dar visibilidad a los contenidos auténticos (Google Search dio prominencia a artículos publicados por las organizaciones de verificación de datos de la UE y LinkedIn envió el *European Daily rundown*, un resumen de noticias cualificado por periodistas experimentados, a cerca de 10 millones de miembros interesados en la UE), mejorar la sensibilización de los usuarios (Facebook e Instagram dirigieron a más de 2.000 millones de personas a recursos de las autoridades sanitarias, incluida la OMS), detectar y obstaculizar los comportamientos manipuladores (Twitter cuestionó más de 3,4 millones de cuentas sospechosas en relación con el debate sobre el coronavirus) o limitar la publicidad vinculada a la desinformación por coronavirus para evitar que los anunciantes se aprovechen de ella (todas las plataformas han facilitado anuncios relacionados con el coronavirus procedentes de las autoridades sanitarias públicas y de las organizaciones sanitarias). Sobre las actividades de la UE en materia de lucha contra la infodemia, véase Comisión Europea, *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos*, 10 de junio de 2020. En España, la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, definió un procedimiento de actuación contra la desinformación que establece las actuaciones para la detección de campañas de desinformación y su análisis ante los

La propia OMS advirtió que la gestión de epidemias implica también "la comunicación de riesgos", que consiste en una estrategia de información donde la comunicación se produce bidireccional y dinámicamente. Los tres elementos para una comunicación de riesgos adecuada son, en primer lugar, la transmisión clara por parte de las autoridades, de información sobre la gestión de la amenaza y las medidas de protección a adoptar por la población; en segundo lugar, la comprensión de las inquietudes sociales e individuales para adaptar la comunicación en correspondencia; y, en tercer lugar, la gestión de los rumores e información falsa que implica corregirlos de manera inmediata y adecuada.

3.a) La comunicación institucional

Por lo que respecta a la *comunicación institucional* debe caracterizarse por la transmisión de información útil, oportuna y de calidad, basada en evidencias científico-técnicas y no limitada exclusivamente a las medidas socio-sanitarias, sino también a criterios e instrucciones en materia laboral, de educación, de transporte, vivienda, ocio o culto, entre otras.

Sin embargo, en la discusión pública y doctrinal (Presno Linera 2020; Pérez Conchillo 2020, 234) se ha planteado si un mejor enfoque de la enfermedad hubiera servido para concienciar antes a la población del riesgo sanitario y de contagio en España. Así, se señalan como errores el primer mensaje de tranquilidad que se lanzó a la población para evitar el pánico

posibles impactos en la seguridad nacional, como para el apoyo en la gestión de situaciones de crisis donde pudiera haber una afectación derivada de dichas campañas, como es el caso de la pandemia por el covid-19.

generalizado pero que enmascaró el verdadero alcance de la amenaza, así como la interpretación incorrecta de los datos en los países de la Unión Europea de la que se deducía un mayor riesgo para sectores concretos vulnerables al virus. La suma de ambos errores generó una falsa sensación de inexistencia de riesgo para la población, fuera de esos grupos vulnerables, y retrasó la adecuada reacción social para protegerse.

En España se atribuyó al Gobierno la responsabilidad en la difusión de la desinformación porque la publicación de datos sobre el número de personas enfermas, ingresadas y fallecidas por el coronavirus que diariamente se daban a conocer, mostró que no existían criterios uniformes y estables y también reveló serias dificultades de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Esta actuación impidió la trazabilidad del método utilizado que es indispensable para otorgar la necesaria confianza de la sociedad en su conjunto. La falta de credibilidad en la información oficial agrava la desinformación porque "cuando no se actúa con criterios de calidad, comprensibilidad y transparencia el riesgo de desconfianza se acrecienta produciéndose una negación ciudadana a la infodemia" (Pérez Conchillo 2020, 236) y los ciudadanos rechazan la información.

Además, el formato de comunicación institucional que adoptó el Gobierno se calificó de error, ya que restringió las posibilidades de los periodistas para formular preguntas en las ruedas de prensa que el Gobierno ofrecía a diario lo que, además de limitar la libertad de información, dificultaban el trabajo de los medios para aclarar así las órdenes sobre salud pública y la rendición de cuentas por los cargos públicos de las decisiones adoptadas. El ejecutivo dio marcha atrás ante la reacción de algunos me-

dios de comunicación, que se negaron a formular preguntas dejando patente la arbitrariedad de la medida y suscribieron un manifiesto contra el filtrado en las ruedas de prensa[36]. La labor de la prensa era crucial para cuestionar la gestión pública en un momento en que el gobierno disponía de poderes superiores a los normales, el control parlamentario estaba en mínimos y la ciudadanía tenía limitados temporalmente parte de sus derechos. Además, debe recordarse que el derecho a la libertad de información que reconoce el artículo 20.1.d) CE es doble: por una parte, el derecho a recibir información veraz y, por otra parte, el derecho a difundirla. La veracidad de la información exige que el informador tiene el deber de contrastar la información aunque las fuentes oficiales gozan de una presunción de fiabilidad que mitiga la obligación de contraste que tiene el periodista en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional[37].

A pesar de estos posibles fallos, el esfuerzo de la Administración pública por contrarrestar la desinformación fue muy intenso, de-

[36] Más de 500 periodistas suscribieron un manifiesto titulado *La libertad de preguntar* en el que se rechaza el método desarrollado en el palacio de La Moncloa para las ruedas de prensa durante la crisis del coronavirus. La Secretaría de Estado de Comunicación publicó una nota en la que defendía la pluralidad y transparencia del sistema elegido y abría la puerta a cambiarlo por otro telemático directo siempre y cuando se asegurase su viabilidad técnica, y aseguró que desde que se declaró el estado de alarma se habían formulado casi 460 preguntas en 46 ruedas de prensa y que los miembros del gobierno habían intervenido en 75 entrevistas en distintos medios de comunicación.

[37] El Tribunal Constitucional considera fiables aquellas fuentes que constituyan un cauce institucionalizado y reconocido estatalmente de suministro de información a los ciudadanos (STC 190/1996, de 25 de noviembre) y determina que las fuentes oficiales gozan de una presunción de fiabilidad que mitiga la obligación de contraste que tiene el periodista (STC 178/1993, de 31 de mayo).

scartándose la aprobación de leyes orientadas a sancionar la desinformación sobre la pandemia[38]. Ciñéndonos a estudios científicos que analizaron la estrategia de comunicación del Gobierno de España en el ámbito nacional e internacional, los resultados "muestran una presencia permanente del Gobierno para ofrecer información, compareciendo hasta tres veces por día en rueda de prensa, de acuerdo con una estrategia destinada a controlar los temas y los encuadres y con lenguaje bélico asociado a la unidad nacional. En redes sociales los contenidos relacionados con la información administrativa o de servicio (…) prevalecen sobre la comunicación imagen (…), con un claro peso de las ruedas de prensa y una divergencia entre los intereses comunicativos de la ciudadanía y del Gobierno, que renuncia a una interacción real con ella" (Castillo-Esparcia, Fernández-Souto y Puentes-Rivera 2020, 11). Con todo, en un estudio de *Reuters Institute*, se detectaba que los ciudadanos españoles son los que menos consideran que el Gobierno les ha ayudado a comprender la pandemia (un 40% frente al 77% en Gran Bretaña o al 65% en Alemania), situó a España en una posición intermedia cuando se valoró la información sobre cómo comportarse ante el virus y en el segundo lugar cuando se valora la visión realista del problema que ha ofrecido el gobierno.

[38] Legislación que sí se aprobó en países de nuestro entorno más cercano como Francia, Reino Unido, o Italia. En general, la Unión Europea no ha apostado por la vía legislativa por el riesgo de que la utilización de términos vagos o imprecisos faculte a los cargos públicos para determinar la veracidad o falsedad de los contenidos. La Comisaria para los Derechos Humanos del Consejo de Europa recordó que "las medidas para combatir la desinformación nunca deben impedir a los periodistas y actores de los medios de comunicación realizar su trabajo ni han de conllevar un bloqueo indebido de los contenidos en Internet" (*Press freedom must not be undermined by measures to counter disinformation about COVID-19*, 3 de abril de 2020).

3.b) El papel de los medios de comunicación

Por otra parte, y junto a la comunicación institucional, los *medios de comunicación* juegan también un papel esencial a la hora de combatir la desinformación a la que está expuesta la ciudadanía a causa de los bulos o noticias falsas que son difundidos por las redes sociales. De hecho, la estrategia de comunicación institucional estuvo centrada en los medios de comunicación con el objetivo de "combatir a través de ellos la infodemia, en su condición de actores privilegiados del sistema comunicativo del Gobierno, a los que recurre la ciudadanía en la búsqueda de información (Casero-Ripollés, 2020)" (Castillo-Esparcia, Fernández-Souto y Puentes-Rivera 2020, 18).

Los datos demuestran que la relevancia social de los medios de comunicación aumenta en momentos críticos. La búsqueda de información y el seguimiento de las noticias se convierten en actividades clave y recursos valiosos para los ciudadanos. Se produce, así, un incremento del consumo de noticias y de la valoración positiva de la cobertura periodística en términos de confianza y credibilidad lo que implica "un reconocimiento del periodismo como una instancia esencial del siglo XXI" (Casero-Ripollés 2020, 10). En un interesante estudio sobre las prácticas informativas de la ciudadanía durante la covid-19, Casero muestra cómo la pandemia ha incrementado el consumo de noticias especialmente entre los usuarios más desconectados de ellas previamente (especialmente, los jóvenes y con menor formación) reduciendo diferencias con el tipo de usuarios frecuentes de la etapa pre-crisis (personas mayores de 65 años y con nivel educativo alto). La consecuencia en términos democráticos es altamente positiva

porque (se) "ha igualado el acceso y las prácticas informativas de la ciudadanía, generando consecuencias democráticas positivas. Activando el consumo de noticias de los más desconectados, la alerta sanitaria ha fomentado el principio de igualdad intrínseca (Dahl, 2006) y ha estimulado el principio de la accesibilidad general a la información (Habermas, 2006). En consecuencia, ha revitalizado el interés por los asuntos públicos, reactivando la esfera pública" (Casero-Ripollés 2020, 10).

Pese a esto, durante la pandemia los índices de desinformación en línea crecieron exponencialmente tanto porque los ciudadanos compartían información falsa sobre el covid-19 por su falta de conocimientos (se trataría del fenómeno de la *misinformation,* que describe el uso compartido involuntario de información falsa, inexacta o incompleta) como por la creación y difusión intencionada de bulos y rumores con fines comerciales o políticos (*disinformation*) (Heiss 2020), dando origen al mencionado fenómeno de la infodemia.

Sin discutir la gravedad del fenómeno de las noticias falsas, se ha advertido de los riesgos de limitar legalmente la difusión de desinformación relacionada con la pandemia porque es susceptible de crear desconfianza en la información institucional y crear un efecto disuasor sobre el ejercicio de la libertad de expresión e información, aunque habrá que distinguir entre tipos de mensajes y sus efectos[39]. Por ello, una estrategia acertada de

[39] En este sentido, con la aparición de la pandemia también han proliferado personas y empresas comercializadoras de productos con propiedades curativas frente al coronavirus. La legislación de protección a los consumidores junto con la normativa sobre medicamentos ha contribuido a proteger la salud pública mediante la investigación y, en su caso, sanción de esta industria especuladora. Es el caso de la advertencia que cursó la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos a los defraudadores que

lucha contra la infodemia es la de combatirla con medidas de vigilancia, análisis y control y mitigación.

Los ciudadanos pueden carecer de habilidades para detectar por sí mismos qué es información falsa o para realizar búsquedas más profundas de información por lo que no se puede delegar solo bajo su responsabilidad el chequeo de la información y corrección de la desinformación que localicen. Como vimos, el contexto de emergencia favorece la difusión de datos distorsionados por el impacto de las redes sociales y el riesgo de contaminación por noticias falsas es mayor cuando se utilizan como fuente inmediata de información sobre la pandemia. Afortunadamente,

comercializaban productos no autorizados por la Administración para mitigar, prevenir, tratar, diagnosticar o curar covid-19 en las personas. En el caso de la legislación española, el Código Penal (CP) tipifica, como delito contra la salud pública, el ofrecimiento o comercialización de un producto que cause daño a la salud (arts. 359 y ss. CP), y la Fiscalía General del Estado ha denunciado en ocasiones las noticias sobre métodos curativos sin contrastar médicamente o claramente ineficaces. Si la anterior conducta va acompañada, como es lo habitual, de la existencia de un negocio a partir de la información falsa sobre las propiedades curativas de una determinada sustancia sin contrastar científicamente, estaríamos ante un delito de estafa de los arts. 248 y ss. CP. Asimismo, en el ámbito administrativo, por aplicación de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio) se considera infracción muy grave la promoción, publicidad o información destinada al público de productos o preparados, con fines medicinales, que no se encuentren autorizados como medicamentos. Sobre la base de esta ley se ha investigado la promoción del uso de dióxido de cloro para curar el coronavirus.

en las redes sociales también existen perfiles que contribuyen a proporcionar información seria y contrastada sobre la pandemia (es el caso de expertos en salud) y las plataformas tecnológicas han puesto instrumentos de vigilancia en redes sociales para prevenir la difusión de bulos, etiquetar las noticias engañosas, eliminar el contenido que pueda provocar daños físicos y facilitar la localización de información contrastada.

Además, los esfuerzos de los medios de comunicación en la lucha contra las noticias falsas han sido evidentes en el contexto de crisis, momento en que los datos demuestran la predilección del público por los medios tradicionales que recuperan así parte de su autoridad periodística y vuelven a un primer plano como fuentes preferentes sobre asuntos públicos (Casero-Ripollés 2020, 11). Entre otras medidas adoptadas por los medios para luchar contra las noticias falsas[40], cabe señalar, primero, la utilización de herramientas de fact-check enfocadas en desinformaciones sobre la crisis sanitaria; segundo, la publicación de guías para orientar a los periodistas la cobertura informativa de la pandemia, especialmente, en relación con las fuentes de información fiables o recomendaciones sobre el tratamiento informativo; y, tercero, en el caso de los medios digitales, el uso de herramientas tecnológicas para una mejor cobertura informativa (aplicaciones de búsqueda y gestión de datos, presentación dinámica de la información, drones para fotos, un chatbot para informar sobre dudas en relación con el covid-19 o la inteligencia artificial para el análisis de grandes cantidades de datos y la creación de piezas periodísticas mejoradas con infografías o formatos multimedia).

[40] Sobre nuevos medios para informar sobre la covid-19, véase Costa-Sánchez y López-García (2020, 9).

En resumen, el periodismo y los medios de comunicación profesionales han demostrado su eficacia en la lucha contra la pandemia viral proporcionando cobertura informativa contrastada, impulsando la corrección pública de noticias falsas, denunciando falsedades perjudiciales y evitando que la desinformación alimente teorías de la conspiración que prevalecen sobre indicaciones científicas y de salud pública.

4. Conclusiones

En situaciones de emergencia, los Estados deben velar por el ejercicio de los derechos fundamentales, el mantenimiento de sus garantías y la interdicción de cualquier exceso en posibles restricciones o suspensiones. Si bien son numerosos los derechos que están en riesgo durante una pandemia, desde el derecho a la salud hasta la libertad de movimiento pasando por la vivienda o el trabajo, el derecho de acceso a la información adquiere en estos contextos un papel esencial para la protección de la vida y de la salud, para la toma de decisiones de importancia crítica en el ámbito social, económico y político y para la realización del principio de transparencia. Aparte de un derecho "consolidable" como fundamental[41],

[41] El derecho de acceso a la información está configurado como derecho fundamental en el ámbito internacional y en la Unión Europea, pero en España no se afirma como tal aunque se han sentado las bases para el tratamiento del acceso a la información como derecho fundamental y se le ha tratado como tal tanto por aplicación del artículo 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos a la luz de los tratados internacionales y la jurisprudencia europea – que ya han integrado a aquel derecho en la libertad de expresión e información (STEDH de 8 de noviembre de 2016, asunto *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*) – como por el

se trata de un derecho llave que es útil para garantizar otros derechos como el derecho a la salud o el derecho a una vida digna, los derechos laborales o los derechos de la infancia, de las personas con discapacidad, de los mayores y de otros colectivos en situación de vulnerabilidad.

La pandemia mundial provocada por la covid-19 ha provocado una situación atípica e imprevisible que ha tensionado los sistemas jurídicos y, entre otros, ha puesto a prueba la utilidad del derecho de acceso a la información para proteger otros derechos. Se ha comprobado que, incluso con debilidades, la información veraz y la transparencia activa han salvado vidas porque la información de calidad, confiable y pertinente favorece la toma de decisiones anticipadas y correctas por las instituciones y a la ciudadanía.

El análisis que hemos realizado nos ha permitido constatar cierta fragilidad del derecho de acceso a la información en España y responder a cuestiones básicas relacionadas con la libertad de información en periodos de crisis sanitaria.

Comenzando por estas últimas, en las líneas anteriores, se ha destacado la importancia de que el Estado cumpla con sus obligaciones para mantener informada a la población acerca de la pandemia mediante una comunicación temprana, transparente y comprensible. También se ha destacado que el acceso a la información que sobre la pandemia obra en poder de las autoridades públicas debe mantenerse con las mínimas restricciones posibles y que habrán de ser medidas limitadoras respetuosas con

reconocimiento del derecho de acceso en el artículo 24 CDFUE. Sobre el tema, por todos, Ruiz-Rico Ruiz (2021) y Cotino Hueso (2017) y bibliografía allí citada.

el principio de legalidad, proporcionales y necesarias en una sociedad democrática. La suspensión de plazos para tramitar las respuestas a solicitudes de acceso a la información no encaja en estas premisas. La desinformación ha de combatirse con mayores dosis de información objetiva y avalada científicamente, en general, con más libertad de información, puesto que las restricciones estatales para garantizar que la población reciba únicamente información "legítima" sancionada por las autoridades gubernamentales no es una opción en un Estado democrático de Derecho. A pesar del peligro que supone la circulación de información falsa, "el concepto de desinformación es extremadamente difícil de plasmar en una ley y es susceptible de dar al poder público una facultad discrecional excesivamente amplia para determinar qué es desinformación, qué es un error y qué es la verdad"[42].

Con carácter más concreto, presentamos algunas propuestas de mejora a implementar en un futuro:

1. En relación con el *derecho de acceso a la información*, habida cuenta de que no existe previsión normativa sobre cómo debe ser ejercido el derecho de acceso a la información en contextos de emergencia sería recomendable que se clarificara legalmente definiendo los criterios que garantizaran ese derecho en las leyes de excepción o en las leyes de transparencia. Asimismo, los ejecutivos tienen que reflejar en su estrategia de respuesta a crisis excepcionales cómo se garantiza el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información en un contexto extraordinario.

[42] Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2020, 14).

Tampoco debería caber ninguna suspensión general del derecho a la información, más bien al contrario, deberían aprobarse procedimientos extraordinarios para responder a solicitudes de información prioritaria, de forma que "Las solicitudes de información relacionadas con la emergencia sanitaria y las respuestas del gobierno a la misma deben considerarse como parte de la respuesta general a la emergencia y, por lo tanto, como un servicio esencial y, en consecuencia, deben mantenerse, como todos los servicios esenciales" (Montero de Espinosa Candau et al. 2020, 66).

2. En cuanto a la *información activa* que proporciona el Gobierno, sería oportuno fijar medidas que impidieran las lagunas de información en el Portal de Transparencia para acceder y tener conocimiento de algunos de los criterios y datos científico-técnicos para la adopción de decisiones contra la pandemia. Esta discrecionalidad gubernamental no resulta controlable con los mecanismos de la Ley de Transparencia vigente. Cualquier restricción del derecho a la información ha de observar los requisitos de necesidad, proporcionalidad y legalidad, lo que obliga a que se trate de una limitación estrictamente requerida por las exigencias de la situación y muy clara en cuanto a la manera en que el derecho a la información quede limitado. Y, desde un punto de vista práctico, se propone la creación de un portal que centralice toda la información nacional, regional y local y en diferentes ámbitos –no solo el socio-sanitario sino también laboral, económico, educativo, de ocio, etc.– por su relevancia

para la ciudadanía[43]. Así mismo, resulta esencial una actitud proactiva de las instituciones públicas que asegure la publicación de la información relevante para prevenir la desinformación y limitar la búsqueda de información en fuentes dispersas. La información debe publicarse con rapidez aunque debidamente contrastada para evitar que las correcciones provoquen desconcierto en la ciudadanía que no sabe dónde acudir para cotejar las noticias falsas que circulan masivamente en tiempos de crisis.

3. Por lo que se refiere a la *comunicación institucional*, la información de las autoridades públicas ha de garantizar su rigor y fiabilidad. Frente al baile de cifras y la disparidad de sistemas de contabilización en los distintos niveles administrativos, una sencilla medida de garantía de calidad y uniformidad de la información pública sería la de definir e implantar lo más pronto posible un sistema de información que permitiera hacer un seguimiento y cotejo fiable de toda la información que se está generando.

4. Con relación al papel de los *medios de comunicación* en tiempos de crisis, ha de estar marcado por su responsabilidad social y ofrecer información fiable, contrastada y equilibrada, esto es, un relato alejado de sensacionalismo y en el que los mensajes contengan información preventiva y consejos de actuación para la ciudadanía. Esta estrategia les

[43] La Coalición Pro Acceso recogió una serie de demandas en esta línea y la medida de centralización de la información porque "en algunos casos publicaban información en el Portal de Transparencia, otras en el Portal de Datos Abiertos, y a veces solo en las páginas web del Ministerio de Sanidad, o de las Consejerías de Sanidad en el caso de las Comunidades Autónomas, lo que provocaba confusión entre la población al no saber a qué portales debían dirigirse para obtener información" (González-León 2020, 27).

convierte en agentes esenciales en la lucha contra la desinformación y la infodemia contribuyendo a desmontar noticias falsas y garantizar que la ciudadanía reciba únicamente información veraz.

Referencias bibliográficas

Blanes Climent, M.Á. (2014), *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Cizur Menor, Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi.

Blanes Climent, M.Á. (2020), "La incidencia del COVID-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas", *Revista Española de la Transparencia*, n. 11, pp. 13-20.

Blanes Climent, M.Á. (2021), "La necesidad y las dificultades para el acceso a la información pública en tiempos del COVID-19", en L. Cotino Hueso y A. Boix Palop (coords.), *Los Límites al Derecho de Acceso a la Información Pública,* Valencia: Tirant lo Blanch.

Casero-Ripollés, A. (2020), "Impacto del Covid-19 en el sistema de medios. Consecuencias comunicativas y democráticas del consumo de noticias durante el brote", *El profesional de la información*, v. 29, n. 2.

Castillo-Esparcia, A., A.B. Fernández-Souto y I. Puentes-Rivera (2020), "Comunicación política y Covid-19. Estrategias del Gobierno de España", *El profesional de la información*, v. 29, n. 4.

Costa-Sánchez, C. y X. López-García (2020), "Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones", *El profesional de la información,* v. 29, n. 3.

Cotino Hueso, L. (2017), "El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, pp. 279-316.

Díez-Garrido, M. y E. Campos Domínguez (2018), "Los periodistas ante la transparencia en España: Valoración y uso de la apertura informativa", *Revista Española de la Transparencia*, n. 7, pp. 49-69.

Escobar Roca, G. (2021), "Los derechos humanos en estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales", *Revista de Derecho Político*, n. 110, pp. 113-152.

Fernández Ramos, S. y J.M. Pérez Monguió (2014), *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno*, Madrid: Aranzadi.

González-León, P. (2020), "La senda de la transparencia en España durante la COVID-19", *Revista Española de la Transparencia,* n. 11, pp. 21-30.

Heiss, R. (2020), "Fighting health infodemics: the role of citizen empowerment", *Eurohealth*, vol. 26, n. 3, pp. 23-25.

Guichot Reina, E. y C. Barrero Rodríguez (2020), *El derecho de acceso a la información Pública,* Tirant lo Blanch, Valencia.

Martín Delgado, I. (2019), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Madrid: Iustel.

Martinez Albertos, J.L. (1994), "La tesis del perro-guardián: revisión de una teoría clásica", *Estudios sobre el mensaje periodístico*, n. 1, pp. 13-25.

Montero de Espinosa Candau, I., M. Carneiro Freire, C. Cordero Sanz y J. Cordero Sanz (2020), *Transparencia, el acceso a la información y la protección de datos personales ante la emergencia sanitaria COVID-19*, Programa EU-ROsociAL, Madrid.

Pérez Conchillo, E. (2020), "El derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel y de la actual crisis sanitaria", *Revista de Derecho Político*, n. 109, pp. 229-260.

Presno Linera, M. (2020), "Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (3): la emisión y recepción de información", *Blog El derecho y el revés*, 31 de marzo de 2020.

Ruiz-Rico Ruiz, G. (2021), "La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa", *Revista de Derecho Político*, n. 110, pp. 71-73.

Serra Cristóbal, R. (2021), "De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 47, pp. 199-235.

Troncoso Reigada, A. (2017), *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Cizur Menor, Navarra: Thomson-Reuters Civitas.

Referencias de internet

Blanes Climent, M.Á. (2020), "La libertad de información durante el estado de alarma y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Blog de Transparencia y Gobierno Abierto,* 25 de mayo de 2020, https://miguelangelblanes.com/2020/05/25/la-libertad-de-informacion-durante-el-estado-de-alarma-y-la-doctrina-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos/

Fernández Rodríguez, J.J. (2020), "Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19", en *Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documentos de Opinión 43/2020*, 1 de mayo, http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEEO43_2020JOSFER_alarma.pdf.

Gamero Casado, E. (2020), "Transparencia y contratación de emergencia ante el Covid-19", *Observatorio de Contratación Pública*, 16 de abril de 2020, http://www.obcp.es/opiniones/transparencia-y-contratacion-de-emergencia-ante-el-covid-19.

Medina Guerrero, M. (2021), "El ejercicio de la actividad periodística al amparo de la Ley de Transparencia", *Tribuna de Opinión*, Asociación de Periodistas de Investigación, 7 de abril de 2021, https://investigacionapi.com/portada/2021/04/07/el-ejercicio-de-la-actividad-periodistica-al-amparo-de-la-ley-de-transparencia/.

Piñar Mañas, J. L. (2020), "Contra los bulos, transparencia. O sobre cómo la transparencia y el derecho a saber son exigencias democráticas también (o aún más) en estado de alarma", *Hay Derecho. Expansión*, 6 de mayo de 2020. https://hayderecho.expansion.com/2020/05/06/contra-los-bulos-transparencia-o-sobre-como-la-transparencia-y-el-derecho-a-saber-son-exigencias-democraticas-tambien-o-aun-mas-en-estado-de-alarma/

Otros documentos

Comisaria para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (2020), *Press freedom must not be undermined by measures to counter disinformation about COVID-19*, 3 de abril.

Comisión Europea (2020), *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos*, 10 de junio.

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2020), *Las pandemias y la libertad de opinión y de expresión, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, 3 de julio.

OIReScon (2020), *Informe especial de supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia*, marzo, https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/COVID-19/ies-emergencias-2021/IES-emergencias-2021.pdf

Partner Organisations to the Council of Europe Platform to Promote the Protection of Journalism and Safety of Journalists (2021), *Wanted! Real action for media freedom in Europe*, Council of Europe.

Reuters Institute (2021), *Digital News Report 2021*, Reuters Institute for the Study of Journalism, https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/es/digital-news-report/2021).

Transparencia Internacional-España (2020), *Transparencia y publicidad activa: Covid-19 y estado de alarma en España. Recomendaciones para la transparencia y prevención de la corrupción en el sector público y privado*, mayo. https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2020/05/Transparencia-y-publicidad-activa-recomendaciones-COVID19.pdf.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

Saggi

Abstract

Transparency, Right of Access to Information and Freedom of Information During the Health Emergency Due to Coronavirus in Spain. Some teachings

This article analyses how the principle of active transparency of public institutions and the right of access to information have been affected during the emergency context in Spain. We deal, among other questions, with the functioning of the Spanish Transparency Portals during the health crisis, the role played by institutional communication and the mass media in the fight against the worrying disinformation to which citizens are exposed through the so-called infodemic. The aim is to highlight the critical role that transparency and timely sharing of public information play for protecting public health, improving policy and decision-making and safeguarding democratic institutions.

Keywords: Freedom of information, transparency, disinformation, infodemic, right of access to information, state of alarm.

Osservatori

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

Saggi

Le interdittive antimafia: un istituto sotto attacco?

di Gabriele Trombetta *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le funzioni di pubblica sicurezza e le misure antimafia. – 3. La documentazione antimafia: principi generali. – 4. La comunicazione antimafia. – 5. L'informazione antimafia. – 5.1. L'eventuale tentativo di infiltrazione mafiosa. – 5.2. Le informative specifiche. – 5.3. Le informative generiche. 5.4. La denuncia del difetto di tassatività delle informative generiche. – 6. La competenza del Prefetto e la necessità di giurisdizionalizzazione delle misure. – 7. Procedimento e garanzie partecipative. – 8. *White list*. – 9. La banca dati nazionale unica. – 10. Effetti delle interdittive. – 11. Interdittiva antimafia e risarcimento del danno. – 12. Efficacia temporale delle interdittive. – 13. Superamento della dicotomia informativa/comunicazione antimafia. – 14. Il risarcimento del danno da interdittiva illegittima. – 15. Le misure terapeutiche nei confronti delle imprese: il commissariamento prefettizio. – 15.1. L'amministrazione giudiziaria. – 15.2. Il controllo giudiziario. – 15.3. Rapporti tra controllo giudiziario e processo amministrativo. – 16. Il sistema pattizio: i protocolli di legalità. – 17. Conclusioni. È giusto difendere le informative antimafia?

1. Premessa

Le interdittive antimafia rappresentano un fondamentale presidio di legalità per preservare l'economia dall'infiltrazione criminale. Si tratta di provvedimenti fortemente restrittivi, in grado di paralizzare l'attività dell'impresa compromessa con le mafie, così salvaguardando l'ordine

* Dottore di ricerca in Tutela delle situazioni giuridiche soggettive presso l'Università degli Studi della Campania «L. Vanvitelli». Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); versione definitiva ricevuta il 23 agosto 2021.

pubblico economico. L'istituto, tuttavia, è sottoposto a penetranti critiche dottrinali e – più raramente – giurisprudenziali, alla luce di molteplici profili di «sofferenza costituzionale» (Longo 2019) che lo caratterizzano.

Sul piano sostanziale, ne viene evidenziato il carattere afflittivo di «ergastolo imprenditoriale» (Mazzamuto 2016 b), tale da espellere dal mercato il soggetto attinto. Ancora, al di là dei casi patologici di erronea valutazione dell'Amministrazione, potenzialmente foriera di tragiche conseguenze sociali (Colamedici 2019), recentemente il giudice amministrativo ha sottolineato come l'omissione di qualsivoglia considerazione, in sede di irrogazione della misura, della capacità reddituale del destinatario sia questione di legittimità costituzionale rilevante e non manifestamente infondata[1].

Evocando il difetto di tassatività delle informative "generiche", è stata altresì sostenuta la incostituzionalità della misura, alla luce delle norme Cedu, sull'«onda lunga» (Amarelli 2017) della "sentenza De Tommaso"[2]. Sul tema, nel 2020, si è pronunciata la Corte costituzionale, stimando che l'istituto per i profili indubbiati non sia contrario a Costituzione. Il giudice delle leggi ha respinto anche l'ulteriore doglianza secondo cui il provvedimento non potrebbe essere di competenza prefettizia, dovendo invece rivestire natura giurisdizionale, per assicurare la terzietà dell'autorità decidente in materia tanto delicata[3].

[1] Tar Calabria, sez. Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732.

[2] Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09, de Tommaso c. Italia.

[3] Rievocata la capacità di penetrazione nell'economia delle mafie, Corte cost., 29 gennaio - 26 marzo 2020, n. 57 afferma che «la risposta amministrativa, non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco, la cui tutela impone di colpire in anticipo quel fenomeno mafioso, sulla cui gravità e persistenza – malgrado il costante e talvolta eroico

Nella decisione è stata sconfessata anche la tesi dottrinale secondo cui la qualità di provvedimento amministrativo non consentirebbe una cognizione piena ed effettiva da parte del giudice, in ragione dei limiti propri della giurisdizione generale di legittimità[4].

Per altro verso, l'esigenza di rimeditare, almeno nei casi di minor gravità, un approccio meramente repressivo ha condotto a introdurre misure "terapeutiche", votate – invece che alla neutralizzazione – al recupero dell'impresa.

È indubitabile che le interdittive rappresentino una frontiera avanzata di lotta alla mafia nell'economia, così come è anche vero che esse, per le ragioni sopra esposte, risultano sottoposte a serrata revisione critica, sino ad essere in qualche occasione persino "sotto attacco", nonostante le confortanti decisioni del giudice costituzionale e di quello amministrativo. Può, dunque, essere non inutile soffermarsi sull'istituto, così che, espostane la disciplina, se ne possano porre in rilievo le criticità e i punti di forza.

2. Le funzioni di pubblica sicurezza e le misure antimafia

Le funzioni di pubblica sicurezza sono volte alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza[5]. Si tratta dell'interesse pubblico alla prevenzione

impegno delle Forze dell'ordine e della magistratura penale – non è necessario soffermarsi ulteriormente».

[4] Cfr. di nuovo Corte cost., sent. n. 57/2020.

[5] Sull'ordine pubblico come categoria amministrativistica, cfr. Caia (2003), Famiglietti (2013) e Corso (1995). Risalente, ma fondamentale per una ricostruzione sistematica, Ranelletti (1908).

dei reati e al mantenimento della pace sociale. Sotto il profilo legislativo, la Carta costituzionale – all'art. 117, comma 2, lett. h) – rimette la potestà esclusiva allo Stato; sotto quello amministrativo, ai sensi dell'art. 118 Cost., le funzioni sono attribuite allo Stato, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

Il plesso amministrativo competente è l'Amministrazione della pubblica sicurezza, dipendente – in parte in via gerarchica, in parte in via funzionale – dal Ministero dell'interno, al cui vertice è posto il Ministro dell'interno-autorità nazionale di pubblica sicurezza (Sempreviva 2020).

Al Ministro sono assegnate funzioni strategiche di alta direzione dei servizi di ordine e sicurezza pubblica, nonché la competenza all'adozione dell'indirizzo politico, tradotto in senso operativo dal Dipartimento della pubblica sicurezza. Quest'ultimo, guidato dal Capo della polizia-Direttore generale della pubblica sicurezza, dirama alle articolazioni periferiche le direttive attuative della linea politico-amministrativa dell'autorità politica. L'Amministrazione della pubblica sicurezza è altresì composta dalle Forze di polizia, operanti sul territorio nazionale alle dipendenze delle autorità di pubblica sicurezza. Si tratta – oltre al citato Ministro dell'interno – del Prefetto e del Questore, rispettivamente per il versante di amministrazione generale e tecnico-operativo[6]. Al Prefetto è rimessa la fissazione degli obiettivi, il cui conseguimento è affidato, sul terreno, al Questore. A livello locale autorità di pubblica sicurezza sono il Questore, nel Comune capoluogo, e il dirigente del commissariato di pubblica sicu-

[6] È discusso se, accanto al Ministro dell'interno, autorità centrale di pubblica sicurezza, argomentando *ex* art. 3 l. n. 121/1990, sia anche il Capo della polizia – Direttore generale della pubblica sicurezza.

rezza negli altri Comuni. In assenza di un commissariato di pubblica sicurezza, l'autorità locale di pubblica sicurezza è il Sindaco, nella sua qualità di ufficiale del Governo.

Tanto premesso sul piano dell'amministrazione in senso soggettivo, può trascorrersi a collocare sistematicamente i provvedimenti amministrativi antimafia entro le funzioni di pubblica sicurezza. Esse tendono infatti, in via amministrativa, ad arginare la più grave forma di criminalità organizzata, rappresentando una significativa sezione della panoplia antimafiosa. Le tre gambe del sistema antimafia sono, secondo autorevole dottrina (Garofoli e Ferrari 2019): a) le disposizioni penali; b) le misure di prevenzione; c) gli strumenti amministrativi[7].

È a questi ultimi, dunque, che si farà riferimento in questo breve studio, nella consapevolezza che le misure di prevenzione – pur formalmente amministrative – si vedono ormai riconosciuto uno statuto parapenale.

3. La documentazione antimafia: principi generali

La documentazione antimafia è topograficamente collocata nel codice antimafia. Consiste in provvedimenti amministrativi intesi a interdire alle imprese colluse con la mafia di intrattenere rapporti con la pubblica amministrazione ovvero l'intrapresa di attività economiche soggette a regime autorizzatorio[8].

[7] Longo (2019, 33), con riferimento alle interdittive antimafia, parla di «quarto binario ad altissima velocità».

[8] Per un recente approfondimento sul tema v. anche Figorilli e Giulietti (2021).

Sul piano criminologico, l'ordito normativo muove dalla consapevolezza della necessità di colpire – oltre all'ala "militare" – anche la "mafia imprenditrice"[9]. Questa riflessione consente di lumeggiare anche i fondamenti costituzionali dell'istituto.

Anzitutto, viene in rilievo l'art. 97, comma 2 Cost. L'instaurazione di rapporti negoziali con imprese infiltrate dalla mafia ridonda sul valore dell'imparzialità dell'Amministrazione, esponendola a potenziali condizionamenti criminali. Del resto, la contrattazione con imprese contigue alla criminalità mafiosa incide altresì sul buon andamento, tenuto conto dell'immoralità e inaffidabilità della controparte.

[9] Ricorda Piemontese (2021) che il rilievo dei pubblici appalti per l'economia mafiosa era stato già evidenziato da Giovanni Falcone in un contributo per la *Rivista della Guardia di finanza*, scritto nel 1991. Per il concetto di "mafia imprenditrice", v. Arlacchi (1983). Della pericolosità della "mafia imprenditrice" appare ben consapevole il giudice amministrativo: cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, laddove afferma che «i fenomeni criminali di cui sono espressione le organizzazioni e le attività mafiose, in effetti, hanno progressivamente assunto, nel corso dei decenni, carattere sempre più "asimmetrico", nel senso che metodi e obiettivi hanno sempre più accentuato i caratteri della adattabilità alle circostanze più favorevoli al profitto ingente e facile, della imprevedibilità di strategie grazie alla estrema flessibilità nel mutamento di operazioni, alleanze e strategie e della graduale, ma costante penetrazione, con una serie di atti apparentemente non eccezionali o eclatanti, nei più diversi contesti della economia legale, e con una proiezione ormai anche internazionale». Analogamente, Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2020, n. 4372: «Costituisce oramai un fatto accertato in più occasioni che vi sia stato, e vi sia tuttora, una evoluzione o ri-direzionamento di metodi e ambizioni delle organizzazioni criminali di tipo mafioso, le quali non paiono più considerare quale primo obiettivo gli attacchi frontali allo Stato ed ai suoi rappresentanti, per infiltrare invece i tentacoli in azioni e progetti per occupare o condizionare settori dell'economia, della gestione dei rifiuti, della politica, non di rado riuscendovi per il tramite di personalità deviate o di personaggi compiacenti, che si pongono sulla labile linea di confine tra legalità ed illegalità (da ultimo, v. Cons. St., Sez. III, 11 maggio 2020, n. 2962)».

L'incapacità giuridica relativa discendente dalla misura interdittiva è altresì esplicazione dei limiti costituzionali all'iniziativa privata, che, ai sensi dell'art. 41 Cost., non può svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». In questo senso, l'istituto salvaguarda anche il valore personalistico riconosciuto dalla Costituzione, cioè, quel "fondamentale principio che pone al vertice dell'ordinamento la dignità e il valore della persona" (v., per tutte, Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 258), anche in ambito economico, e rinnegato in radice dalla mafia, che ne fa invece un valore negoziabile nel "patto di affari" stipulato con l'impresa, nel nome di un comune o convergente interesse economico, a danno dello Stato[10].

Per consolidato orientamento giurisprudenziale[11], le interdittive antimafia hanno carattere amministrativo-preventivo, senz'avere neppure latamente finalità sanzionatorie[12]. Questa qualificazione giuridica ha significative ricadute in punto di regime giuridico delle interdittive ed è sottoposto a serrata critica da parte della dottrina[13].

[10] Così Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758.

[11] *Ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, secondo la quale «si tratta di una misura volta - ad un tempo - alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica Amministrazione».

[12] *Contra* Longo (2019).

[13] Ad esempio, ritengono sostanzialmente sanzionatorio il provvedimento interdittivo, anche ai fini dell'applicazione della Cedu Figorilli e Giulietti (2021).

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

4. La comunicazione antimafia

Il *genus* documentazione antimafia si articola in due *species*: la comunicazione e l'informativa.

La comunicazione antimafia è una certificazione attinente alla sussistenza o meno, a carico dell'imprenditore individuale o di figure apicali della società, di misure di prevenzione personali definitive, adottate dall'autorità giudiziaria, ovvero di condanna definitiva o non definitiva, confermata in sede di appello, per uno dei reati di cui all'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p. ovvero, prima della decisione della Corte cost. 6 luglio 2021, n. 178, per truffa ai danni dello Stato o di altri enti pubblici o per il conseguimento di erogazioni pubbliche.

La Corte, infatti, ha ritenuto irragionevole l'equiparazione, *quoad effectum*, delle fattispecie di truffa richiamate e dei reati, assai più gravi, di cui all'art. 51 c.p.p. Inoltre, l'incapacitazione (sebbene relativa) e il danno reputazionale per l'impresa risultano sproporzionati anche in relazione al parametro di cui all'art. 41 Cost. Resta salva, invece, la previsione del delitto *ex* art. 640-*bis* quale reato-spia dal quale evincere il tentativo di infiltrazione mafiosa, abilitante l'emissione di un'informazione antimafia. In quel caso, infatti, residua in capo all'Amministrazione uno spazio valutativo afferente la pericolosità del destinatario, senza che sia istituito alcun automatismo.

Giusta i paradigmi amministrativistici, la comunicazione antimafia esita all'esercizio di un potere vincolato[14], condizionato all'accertamento

[14] La stessa Corte cost. 6 luglio 2021, n. 178 ha avuto affermato che «la comunicazione antimafia, in conclusione, è il frutto di un'attività amministrativa vincolata, volta almeno accertamento delle cause di decadenza o divieto di cui all'art. 67 cod. antimafia».

di un fatto semplice. Nel caso di riscontro positivo, viene emessa una comunicazione interdittiva, che produce effetti ablativi in danno dell'impresa, inibendole: a) di concludere contratti con l'Amministrazione fino ad una certa soglia critica, oltre la quale viene richiesta l'informazione antimafia; b) di beneficiare di concessioni o sovvenzioni fino ad una certa soglia critica, oltre la quale viene richiesta l'informazione antimafia; c) di ottenere il rilascio di titoli autorizzatori per l'esercizio di attività sottoposte a regime amministrativo.

La comunicazione antimafia è «una certificazione "di base", finalizzata a fare certezza pubblica dell'esistenza o meno delle cause di decadenza "tabellari"» (Gambacurta 2013, 169).

5. L'informazione antimafia

L'informazione antimafia è il tipo documentale più penetrante. Essa è richiesta per la stipula dei contratti pubblici e per beneficiare di concessioni o sovvenzioni oltre le soglie previste per la comunicazione antimafia.

L'informazione (o informativa) antimafia presenta un contenuto complesso. Da un canto, attesta la sussistenza o meno dei presupposti della comunicazione antimafia, doppiandola; dall'altro, certifica l'eventuale tentativo di infiltrazione mafiosa in danno dell'impresa. Si tratta, dunque, di provvedimento amministrativo che può assumere, a seconda del proprio contenuto, carattere vincolato o discrezionale.

Nella misura in cui riferisce delle situazioni codificate dall'art. 67 c.a., l'informazione – come la comunicazione – ha natura vincolata. Per contro,

l'apprezzamento assume carattere tecnico-discrezionale ove attenga al tentativo di infiltrazione mafiosa, fatto complesso, rimesso alla valutazione dell'Amministrazione[15].

A quest'ultimo riguardo, parte della dottrina giudica costituzionalmente illegittimo colpire anche le imprese "soggiacenti", che sarebbero vittimizzate dalla criminalità organizzata, senza cedere dolosamente a patti con le mafie. Movendo dal presupposto ricostruttivo della natura sanzionatoria dell'interdittiva, si giunge coerentemente a ritenere violato il principio di colpevolezza, venendo puniti imprenditori cui non può muoversi alcun rimprovero, se non quello di operare in aree ad alta densità mafiosa e di essere stati intimiditi da una potente consorteria criminale priva di scrupoli[16]. Tuttavia, la funzione preventiva della misura parrebbe invece giustificare una sua connotazione obiettiva, in sintonia con analoghi istituti, quale la dissoluzione del Consiglio comunale *ex* art. 143 Tuel.

Naturalmente, è sui profili tecnico-discrezionali della misura che si sofferma la più attenta riflessione giurisprudenziale e dottrinale.

[15] Così anche Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 28 dicembre 2017, n. 570. Va comunque evitata dall'Autorità procedente qualsivoglia forma di "scivolamento", che pieghi la valutazione tecnica a considerazioni d'opportunità, proprie del dominio concettuale della discrezionalità pura (Clemente di San Luca 1994).

[16] Icasticamente, Mazzamuto (2020, 12) rileva che «[…] l'interdittiva prefettizia può basarsi su presupposti soltanto oggettivi, non attribuendo di per sé alcun rilievo dirimente al concorso del profilo soggettivo dell'imprenditore, che potrebbe mancare del tutto: stando al diritto positivo, anche, in ipotesi, l'impresa di un santo, oggetto di infiltrazione, potrebbe essere legittimamente colpita dalla prevenzione amministrativa».

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

5.1. L'eventuale tentativo di infiltrazione mafiosa

Occorre anzitutto definire «l'eventuale tentativo di infiltrazione mafiosa». In tema, si registrano due orientamenti (Durante 2016).

Il primo, più restrittivo, è adottato dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana, secondo il quale occorrerebbe impiegare le categorie causali penalistiche, di cui all'art. 56 c.p., allo scopo di svolgere un giudizio prognostico in ordine al tentativo. Sicché, dovrebbero essere riscontrati atti idonei diretti in modo non equivoco a infiltrare l'azienda[17].

Per contro, il Consiglio di Stato ritiene, valorizzando il carattere «eventuale» del tentativo, che la fattispecie possa essere accertata con un giudizio prognostico avente ad oggetto il rischio di condizionamento mafioso[18].

[17] Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 3 agosto 2016, n. 257. *Contra*, per Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 «alla fattispecie del pericolo infiltrativo, per come delineata dal legislatore nel codice antimafia (art. 84, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011), sono del tutto estranee le logiche dell'accertamento penalistico in ordine al delitto tentato (art. 56 c.p.)».

[18] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, laddove afferma che «eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza di queste ad influenzare la gestione dell'impresa sono all'evidenza tutte nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzate, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o inveratosi, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori». In tema, cfr. Miccichè (2019). Non condividono questa «doppia considerazione della condizione di pericolo» Figorilli e Giulietti (2021, 70), ritenendo piuttosto – in sintonia con la giurisprudenza siciliana – che la valutazione dovrebbe far riferimento alla "infiltrazione condizionante" e non già al "pericolo di infiltrazione condizionante". Gli Autori sottolineano come l'interdittiva appartenga al dominio concettuale del diritto della prevenzione, e non già della precauzione, sicché il pericolo da neutralizzare dovrebbe essere concreto ed effettivo, e non soltanto potenziale e incerto.

L'indirizzo del Consiglio di Stato appare, dunque, meno rigido rispetto a quello del Consiglio di giustizia per la Regione siciliana, atteso che il primo esige indicatori di permeabilità criminale meno gravosi[19].

Del resto, è condiviso in giurisprudenza che il metodo probatorio debba essere ispirato al *più probabile che non*, piuttosto che all'*oltre ogni ragionevole dubbio*[20], avendo la valutazione amministrativa finalità preventive e non già sanzionatorie.

Ne consegue, dunque, che la tesi della soggezione ad influenza mafiosa debba raggiungere la probabilità cruciale del 50%+1, affinché possa inferirsi l'eventuale tentativo di infiltrazione mafiosa che fonda l'informazione antimafia.

[19] Condivide l'orientamento più garantista del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana Miccichè (2019, 34), laddove annota che «il giudice siciliano, onde evitare di trasformare la lotta alla mafia in una caccia alle streghe, ha dovuto (e potuto) elaborare criteri più prudenziali di quelli elaborati dal Consiglio di Stato per valutare gli indizi riguardanti il contesto sociale e le frequentazioni delle persone oggetto degli accertamenti prefettizi, senza peraltro giungere a risultati meno severi».

[20] Cons. St., Sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 rileva che «lo standard probatorio sotteso alla regola del "più probabile che non", nel richiedere la verifica della c.d. probabilità cruciale, impone infatti di ritenere, sul piano della tassatività processuale, più probabile l'ipotesi dell'infiltrazione mafiosa rispetto a "tutte le altre messe insieme", nell'apprezzamento degli elementi indiziari posti a base del provvedimento prefettizio, che attingono perciò una soglia di coerenza e significatività dotata di una credibilità razionale superiore a qualsivoglia altra alternativa spiegazione logica, laddove l'esistenza di spiegazioni divergenti, fornite di un qualche elemento concreto, implicherebbe un ragionevole dubbio (Cons. St., sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483), non richiedendosi infatti, in questa materia, l'accertamento di una responsabilità che superi qualsivoglia ragionevole dubbio, tipico delle istanze penali, né potendo quindi traslarsi ad essa, impropriamente, le categorie tipiche del diritto e del processo penale, che ne frustrerebbero irrimediabilmente la funzione preventiva».

Parte della dottrina, in senso critico, ha stigmatizzato l'orientamento del Consiglio di Stato come «lassità probatoria», sottolineando il rilievo indiziario degli elementi posti a fondamento dell'interdittiva e il minor rigore della regola probatoria del *più probabile che non* rispetto all'*oltre ogni ragionevole dubbio*, di matrice penalistica (Longo 2019).

In realtà, tuttavia, è proprio la vocazione preventiva della misura a giustificare l'applicazione di regole coerenti con tale finalismo, del tutto distinto dalla funzione punitiva.

Analogamente, va evidenziato che la valutazione amministrativa resta distinta da quella penale. Sia il giudicato penale, tanto di condanna quanto di proscioglimento, sia elementi investigativi o relazioni di polizia devono essere apprezzati autonomamente dall'autorità amministrativa, senza che possa istituirsi alcun automatismo[21]. Di recente il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che – proprio in ragione della distinzione tra le regole inferenziali degli accertamenti amministrativo e penale – in sede di apprezzamento dei presupposti per l'emissione dell'interdittiva antimafia le dichiarazioni del collaboratore di giustizia possono essere valorizzate, *ad colorandum*, insieme ad altri elementi indiziari, senza che possano esigersi i cc.dd. *riscontri esterni*, di cui all'art. 192, 197-bis e 210 c.p.p.[22].

[21] Con riferimento ai collaboratori di giustizia, ritiene La Marca (2021) che essi – quantunque abbiano reso dichiarazioni all'autorità su fatti-reato – possano essere attinti da interdittiva antimafia. In particolare, la comunicazione opera in via automatica al ricorrere dei relativi presupposti, così come l'informativa "vincolata"; per contro, nel suo tratto tecnico-discrezionale, l'informativa interdittiva è adottata previa valutazione prefettizia, chiamata a esaminare *funditus* la condotta del collaboratore di giustizia. Pari argomento viene speso per i testimoni di giustizia.

[22] Cons. Stato, sez. I, 18 giugno 2021, n. 01060.

Ciò non implica, comunque, che la valutazione possa essere affidata a soggettivismi, dovendo essere il ragionamento induttivo prefettizio razionalmente appagante, rifuggendo da un "diritto del sospetto o della paura"[23].

5.2. Le informative specifiche

Il tentativo di infiltrazione può essere desunto da circostanze tipizzate (tra cui i *delitti-spia*) ovvero da fattispecie atipiche. Si parla, rispettivamente, di informative specifiche e di informative generiche.

Anche nel primo caso, comunque, non opera alcun automatismo. Il Prefetto è tenuto a svolgere una propria autonoma valutazione, allo scopo

[23] Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 riafferma che «il sistema della prevenzione amministrativa antimafia non costituisce e non può costituire, in uno Stato di diritto democratico, un diritto della paura, perché deve rispettare l'irrinunciabile principio di legalità, non solo in senso formale ma anche sostanziale, sicché il giudice amministrativo, chiamato a sindacare il corretto esercizio del potere prefettizio nel prevenire l'infiltrazione mafiosa, deve farsi attento custode delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale di questo potere per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva di diritti aventi rango costituzionale, come quello della libera iniziativa imprenditoriale (art. 41 Cost.), nel necessario, ovvio, bilanciamento con l'altrettanto irrinunciabile, vitale, interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafie. La libertà "dalla paura", obiettivo al quale devono tendere gli Stati democratici, si realizza anche, e in parte rilevante, smantellando le reti e le gabbie che le mafie costruiscono, a scapito dei cittadini, delle imprese e talora anche degli organi elettivi delle amministrazioni locali, imponendo la legge del potere criminale sul potere democratico, garantito e, insieme, incarnato dalla legge dello Stato, per perseguire fini illeciti e conseguire illeciti profitti». Su tassatività sostanziale e tassatività processuale, v. Noccelli (2020).

di accertare l'eventuale condizionamento mafioso. Sicché, non è sufficiente la sola presenza del presupposto di legge, occorrendo un *quid pluris* rimesso al vaglio dell'Amministrazione.

Gli elementi tipizzati dai quali desumere il rischio infiltrativo sono:

a) i provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per i delitti di turbata libertà degli incanti, turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, estorsione, truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, usura, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché per i delitti di criminalità organizzata di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale e di trasferimento fraudolento di valori (art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159/2011, lett. a). In questo senso, vengono in rilievo reati strettamente inerenti alle funzioni aziendali, tali da connotare l'impresa come criminale;

b) la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione (art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159/2011, lett. b). Viene in rilievo la personalità dell'imprenditore o dell'organo sociale, che indizia l'appartenenza dell'impresa all'economia criminale;

c) l'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di concussione ed estorsione, aggravati dal metodo mafioso, da parte dell'imprenditore o degli organi sociali, salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159/2011, lett. c). Viene qui in rilievo il paradigma della "contiguità soggiacente", per cui, nolente, l'imprenditore subisce il *diktat* della mafia;

d) le sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle

quote societarie, con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia (art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159/2011, lett. f). È il caso della testa di legno o prestanome, che – attraverso il *valzer* delle cariche sociali – mira ad eludere la misura preventiva[24];

e) i provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-*bis* della legge 24 novembre 1981, n. 689 (art. 91, comma 6, d.lgs. 159/2011). Deve rilevarsi come il legislatore espressamente richieda che ai reati strumentali siano coniugati elementi probatori da cui risulti la mafiosità dell'impresa.

[24] Cons. Stato, sez. III, 8 giugno 2020, n. 3641 evidenzia come «le società vicine ai sodalizi criminali, infatti, precostituiscono una congerie di dati fattuali che potrebbero essere *ex post* utilizzati per dimostrare la cesura con il passato. Sempre più spesso le associazioni a delinquere di stampo mafioso fanno ricorso a tecniche volte a paralizzare il potere prefettizio di adottare misure cautelari (Cons Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854). Di fronte al "pericolo" dell'imminente informazione antimafia di cui abbiano avuto in quale modo notizia o sentore, reagiscono mutando sede legale, assetti societari, intestazioni di quote e di azioni, cariche sociali, soggetti prestanome, cercando comunque di controllare i soggetti economici che fungono da schermo, anche grazie alla distinta e rinnovata personalità giuridica, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni (Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2020, n. 3030)».

Peraltro, alla stregua dell'interpretazione maggioritaria, come detto, in tutti i casi rassegnati – e non solo in quello da ultimo evocato – è necessario un ulteriore sforzo ricostruttivo e motivazionale del Prefetto, cui è rimessa una valutazione complessa, e non già una mera operazione logico-deduttiva. Dalla circostanza tipica deve muovere un giudizio prognostico che pervenga alla conclusione della permeabilità mafiosa dell'impresa: il provvedimento antimafia ha, pertanto, carattere tecnico-discrezionale e non vincolato.

5.3. Le informative generiche

Il tentativo d'infiltrazione mafiosa può essere desunto anche dagli accertamenti condotti dal Prefetto, anche avvalendosi dei poteri delegatigli dal Ministro dell'interno, ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. d) ed e).

In questa logica, dunque, il Prefetto può evincere indizi di mafiosità dell'impresa anche al di là dei casi tipizzati, valorizzando circostanze di fatto che segnalino il rischio di infiltrazione (cfr. Salamone 2019).

Gli indici atipici sono stati sistematizzati dalla prassi delle prefetture e dalla giurisprudenza amministrativa, sicché può farsene una breve rassegna[25].

Resta fermo, peraltro, che, alla luce delle emergenze procedimentali, potranno venire alla luce nuove circostanze indizianti. Si tratta di un elemento di flessibilità del sistema irrinunciabile per fronteggiare il fenomeno mafioso, proteiforme quanto alle modalità di estrinsecazione. Infatti,

[25] In questa prospettiva, fondamentale è Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, che fornisce un "decalogo" degli indici sintomatici.

la formulazione della fattispecie normativa a struttura aperta, propria dell'informazione interdittiva antimafia, consente all'autorità amministrativa e, ove insorga contestazione in sede giurisdizionale, al giudice amministrativo di apprezzare, in sede di sindacato sull'eccesso di potere, tutta una serie di elementi sintomatici dai quali evincere l'influenza, anche indiretta (art. 91, comma 6, d. lgs. n. 159 del 2011), delle organizzazioni mafiose sull'attività di impresa, nella duplice veste della c.d. *contiguità soggiacente* o della c.d. *contiguità compiacente*, elementi che sfuggirebbero, invece, ad una rigorosa, tassativa, asfissiante tipizzazione di tipo casistico, che elenchi un *numerus clausus* di situazioni "sintomatiche". Una simile tecnica legislativa, ove pure sia auspicabile, *in abstracto*, sul piano della certezza del diritto e della prevedibilità delle condotte anche in materia di prevenzione antimafia, frustrerebbe nel suo «fattore di rigidità», per usare un'espressione dottrinaria, la ratio che ispira il diritto della prevenzione, il quale deve affidarsi anche, e necessariamente, a "clausole generali", come quelle del tentativo di infiltrazione mafiosa, e alla valutazione di situazioni concrete, non definibili a priori, spesso ancora ignote alle stesse forze di polizia prima ancora che alla più avanzata legislazione, attraverso le quali la mafia opera e si traveste, in forme nuove e cangianti, per condizionare le scelte imprenditoriali[26].

[26] Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; v. anche Id., 8 giugno 2020, n. 3641, là dove ricorda che «la sopra richiamata funzione di "frontiera avanzata" dell'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini. E solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in questa materia, deve arrestarsi (Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758)». Analogamente, Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 afferma che «la

Al riguardo, attenta dottrina richiama l'esigenza di un'applicazione differenziata, *ratione loci*, dell'istituto, rilevando che – nei contesti più fortemente caratterizzati dalla presenza mafiosa – un uso imprudente dello strumento «può finire per "bruciare" l'imprenditoria sana anziché "far terra bruciata" attorno alle mafie» (Miccichè 2019, 34).

Tornando ai casi scolpiti dal giudice amministrativo, vengono in rilievo anzitutto i provvedimenti "favorevoli" del giudice penale. Anche da decisioni di proscioglimento, infatti, può emergere una contiguità o connivenza che, pur penalmente irrilevante, può fondatamente suggerire l'esposizione dell'impresa al condizionamento mafioso. Analogamente, i *dicta* del giudice civile, amministrativo, contabile e tributari possono costituire elementi documentali dai quali dedurre la permeabilità dell'impresa.

Può poi essere valorizzato, quale presupposto per l'adozione dell'informativa antimafia, il rapporto di parentela tra i vertici dell'impresa e appartenenti a cosche mafiose. Va certamente negato qualsivoglia automatismo per cui "il parente del mafioso è anch'egli mafioso"[27]. Nondi-

funzione di "frontiera avanzata" svolta dall'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini».

[27] Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 3 agosto 2016, n. 257 ha cura di precisare che «[…] nel nostro Ordinamento la pericolosità sociale di un individuo non può essere ritenuta una sua inclinazione strutturale e genetico-costitutiva (alla stregua di una infermità o patologia che si presenti - sia consentita l'espressione - 'lombrosianamente evidente' o comunque percepibile mediante indagini strumentali o analisi biologiche), né può essere presunta o desunta in via automatica ed esclusiva dalla sua posizione socio-ambientale e/o dal suo bagaglio cultu-

meno, avendo conto della tradizionale struttura clanica dei gruppi mafiosi, l'Amministrazione è chiamata a vagliare se esista una regia familiare nella gestione degli affari e se, dunque, l'attività imprenditoriale sia riconducibile al gruppo criminale nel suo complesso[28].

Medesima portata probatoria può essere assegnata ai rapporti di consuetudine e comparaggio con esponenti della criminalità organizzata: anche in quest'ipotesi, dovrà valutarsi se la frequentazione sottenda legami economici e cointeressenze. Va naturalmente negato il valore indiziario di contatti episodici e isolati.

Dovranno essere valutate anche le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa, consistenti nell'attribuzione di quote sociali o di

rale; né, dunque, dalla mera appartenenza ad un determinato contesto sociale o ad una determinata famiglia (sempreché, beninteso, i soggetti che ne fanno parte non costituiscano un'associazione a delinquere). La valutazione, dunque, non può mai basarsi su semplici sospetti e non deve mai prescindere dall'evidenziare - escluso ogni meccanismo atto a reintrodurre forme surrettizie di "colpa d'autore" - gli elementi obiettivi delle condotte sui quali si fonda il giudizio (CS, VI, 25.9.2008 n.5780; CS, VI, 17.7.2006 n.4574)».

[28] Per un caso in cui il rapporto parentale è stato ritenuto insufficiente a fondare l'interdittiva, cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 28 dicembre 2017, n. 570. Lo stesso Collegio, con la decisione 3 agosto 2016, n. 257 ha precisato che «ove fosse possibile qualificare "mafioso" un soggetto sulla scorta di meri sospetti ed a prescindere dall'esame concreto della sua condotta penale e della sua storia giudiziaria (ciò che la Corte Costituzionale ritiene contrario a fondamentali principii costituzionali, come espressamente affermato nella sentenza n.177 del 1980, ma – per più di sessant'anni – f in dalla sentenza n.2 del 1956), si perverrebbe ad un aberrante meccanismo di estensione a catena della pericolosità simile a quello su cui si fondava, in un non recente passato, l'inquisizione medievale (che, com'è noto, fu un meccanismo di distruzione di soggetti 'scomodi' e non già di soggetti 'delinquenti'; mentre il commendevole ed imprescindibile scopo che il Legislatore si pone è quello di depurare la società da incrostazioni ed infiltrazioni mafiose realmente inquinanti)».

incarichi a prestanome, per fini di elusione della disciplina antimafia[29]. Lo stesso *self cleaning* aziendale dev'essere improntato a criteri di serietà e probità, non essendo riconoscibile l'effetto interruttivo del condizionamento allorché gli atti gestionali siano preordinati alla mera elusione delle verifiche prefettizie[30]. In questo ambito, possono essere altresì citate le 'interdittive a cascata', che colpiscono un'impresa per i legami con altra già precedentemente gravata da informazione antimafia. Al riguardo, non possono essere istituiti automatismi, ma dovrà essere accertato, in via probabilistica, come tra le due società vi sia una contiguità e un apparentamento tale da determinare il 'contagio' della mafiosità dall'una all'altra[31].

Altrettanto conducenti sono le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa. Si considerano, in questo senso, le sedi legali delle imprese deserte; la presenza sui cantieri di personaggi legati alla criminalità organizzata; l'intrattenimento di rapporti commerciali con ditte mafiose; irregolarità contabili volte a occultare l'intervento della mafia nel ciclo dell'appalto; gli stati di avanzamento gonfiati o mendaci.

[29] Al riguardo, per la cessione di quote a propri familiari da parte di soggetto controindicato, cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2019, n. 2347.

[30] In tema, Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945.

[31] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 2016, n. 2774. Miccichè (2019, 32-33) rileva come – soprattutto per l'imprenditore individuale – la teoria del contagio possa essere 'distruttiva': «a ben vedere, infatti, essendo stato personalmente destinatario dell'interdittiva antimafia, quello diventerà una sorta di untore per gli altri operatori economici, giacché ogni collaborazione con lui potrà assumere valenza indiziaria dell'altrui esposizione al rischio di infiltrazione mafiosa». Criticamente sulle informative 'a cascata', Amarelli (2019) argomenta che la presunzione di permeabilità mafiosa sulla scorta di rapporti con impresa gravata da interdittiva accentua i profili di incostituzionalità dell'istituto.

La giurisprudenza evoca anche la condivisione di un sistema di illegalità da parte dell'impresa, che si verifica allorché quest'ultima partecipi a strategie condivise di scambi di favori nel proprio settore (come il pilotaggio degli appalti attraverso offerte concordate).

5.4. La denuncia del difetto di tassatività delle informative generiche

Recentemente, autorevole dottrina ha messo in discussione la legittimità costituzionale dell'istituto delle interdittive antimafia[32].

I dubbi ineriscono – in particolare – all'interdittiva generica, i cui presupposti appaiono dai confini incerti e opinabili[33], così da rendere difficilmente prevedibile l'esito applicativo di una disposizione fortemente incidente sulle libertà individuali.

In questa prospettiva, la disciplina sarebbe affetta da sofferenze costituzionali, per violazione del principio di legalità, anche alla stregua della lettura datane dalla Corte europea dei diritti umani nella pronuncia della Grande Camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia (Longo 2019)[34].

[32] Longo (2019, 26) parla di «un cono d'ombra nel sistema delle garanzie costituzionali».

[33] Di «presupposti vaghissimi e imprecisati» parla Amarelli (2019). L'Autore, (ivi, 209) evoca «antichi spettri di diritto di polizia e di "pene del sospetto"».

[34] La Corte Edu condannò l'Italia per essere troppo vaghi e indeterminati i presupposti di pericolosità generica (essere abitualmente dediti a traffici delittuosi e vivere abitualmente dei proventi di attività delittuose) posti a fondamento della misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno e l'imprevedibilità delle conseguenze che possono essere imposte al proposto (vivere onestamente e rispettare le leggi). La decisione, tuttavia, non fece ricorso al paradigma penalistico degli artt. 5-7 Cedu, bensì a quello «ben diverso ed extrapenale delle altre libertà fondamentali enunciate nella Convenzione e nei

Parametro da invocare nella questione di legittimità costituzionale dovrebbe essere, secondo la dottrina, l'art, 117, comma 1, in relazione all'art. 1 del Protocollo 1 addizionale, che tutela il diritto di proprietà, stante l'assenza di adeguata base legale che la Corte europea esige per «impedire provvedimenti arbitrari» (Amarelli 2019, 221).

Il Consiglio di Stato[35] non si è sottratto al dialogo con la dottrina più critica, argomentando che – fuori della materia penale – il rispetto del principio di legalità è soddisfatto anche dall'osservanza del canone di tassatività sostanziale e processuale[36], ovvero dalla precisazione dei contorni della fattispecie in sede giurisprudenziale e da canoni probatori razionali e controllabili[37].

Questo indirizzo è stato accolto anche dalla Corte costituzionale[38], secondo la quale la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha compiuto un meritevole sforzo ermeneutico, che soddisfa lo *standard* di tassatività sostanziale richiesto anche dalla Cedu[39].

suoi Protocolli e, segnatamente, della libertà di circolazione delle persone di cui all'art. 2, Protocollo 4 Cedu» (Amarelli 2019).

[35] Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 e Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2020, n. 758 evocano espressamente Amarelli (2017).

[36] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105.

[37] Critico, sul punto, Longo (2019, 35), secondo il quale «la sostanza di tale tipizzazione [del Consiglio di Stato, n.d.r.] lascia alquanto sconcertati».

[38] Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57.

[39] Secondo Amarelli (2019) «risulta […] opinabile l'altra premessa da cui muove il ragionamento della giurisprudenza amministrativa, vale a dire la legittimità costituzionale e convenzionale delle disposizioni assolutamente indeterminate che regolano le interdittive generiche grazie all'interpretazione tassativizzante fornitane dal Consiglio di Stato […]».

Infatti, l'incisione di diritti costituzionalmente protetti – quale quello *ex* art. 41 Cost. – ad opera del potere amministrativo, esige che quest'ultimo trovi fondamento nella legge.

Tuttavia, com'è noto, la riserva di cui agli artt. 23 e 97, comma 2, Cost. ha natura relativa, ammettendo che la fonte primaria si limiti a dettare i principi fondamentali della materia. Soccorre, a questo punto, la giurisprudenza. Laddove essa consenta, mediante un'interpretazione consolidata, di prevedere le condotte suscettibili di determinare la compressione del diritto costituzionalmente garantito, può ritenersi che i due formanti – quello legislativo e quello giurisprudenziale – costruiscano un diritto vivente costituzionalmente e convenzionalmente legittimo[40].

Nell'aderire a quest'autorevole orientamento, si rileva che le considerazioni spese sull'interdittiva antimafia sono forse ingenerose nei confronti di un istituto che è davvero "la frontiera avanzata" del sistema contro l'ingerenza mafiosa nel mondo economico.

[40] Il Consiglio di Stato ha espresso l'avviso che militerebbe nel senso descritto anche Corte cost., 24 luglio 2019, n. 195, con cui il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità del comma 7-*bis* dell'art. 143 Tuel. La disposizione riconosceva al Prefetto, dopo successive messe in mora, un potere straordinario di sostituzione degli organi comunali con commissari *ad acta* nel caso in cui, all'esito dell'attività di accesso, pur non rinvenendosi elementi concreti, univoci e rilevanti per disporre lo scioglimento degli organi degli enti locali, tuttavia fossero riscontrate, in relazione a uno o più settori amministrativi, anomalie e illiceità tali da determinare uno sviamento dell'attività dell'ente, nonché un'alterazione delle procedure atta a compromettere il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione e il regolare funzionamento dei servizi a essa affidati. Il giudice delle leggi rilevava che la disciplina censurata contemplasse «presupposti generici e assai poco definiti, e per di più non mirati specificamente al contrasto della criminalità organizzata». Argomentando *a contrario*, il Consiglio di Stato ritiene, dunque, che il diritto vivente relativo all'informativa generica, nel richiedere elementi concreti ed attuali, trovi indirettamente conforto nel *dictum* della Consulta.

Peraltro, deve appuntarsi la riflessione sulla circostanza che la fattispecie legittimante il provvedimento non consiste negli accertamenti prefettizi – che rappresentano solo la modalità di accertamento – bensì nel tentativo di infiltrazione mafiosa[41]. È a questo paradigma positivo che occorre rivolgersi per valutare la definitezza o vaghezza dei presupposti della misura. Il riconoscimento di accertamenti prefettizi "atipici" quali elementi sintomatici del nesso impresa/mafia denuncia soltanto che si è in presenza di un concetto giuridico indeterminato, la cui concretizzazione è rimessa all'autorità amministrativa procedente; ma è sull'oggetto dell'accertamento – e non sulle sue modalità – che dovrebbe svolgersi una verifica di compatibilità convenzionale/costituzionale.

Sulla base di argomenti logico-formali e non per un mero *horror vacui*, pare sostenibile che la fattispecie disegnata dal codice antimafia appaia chiara e definita, quantunque la formulazione sia inevitabilmente segnata da un elemento normativo, che rinvia alla sfera socio-economica e apra, dunque, alla discrezionalità tecnica del Prefetto. L'infiltrazione mafiosa, infatti, trova un solido referente nella realtà dei rapporti sociali: affermare il contrario potrebbe tradursi davvero col negare in radice l'intero sistema

[41] Secondo Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 «[…] non si può negare che la legge italiana, nell'ancorare l'emissione del provvedimento interdittivo antimafia all'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, come si è visto, abbia fatto ricorso, inevitabilmente, ad una clausola generale, aperta, che, tuttavia, non costituisce una "norma in bianco" né una delega all'arbitrio dell'autorità amministrativa imprevedibile per il cittadino, e insindacabile per il giudice, anche quando il Prefetto non fondi la propria valutazione su elementi "tipizzati" (quelli dell'art. 84, comma 4, lett. a), b), c) ed f)), ma su elementi riscontrati in concreto di volta in volta con gli accertamenti disposti, poiché il pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce, sì, il fondamento, ma anche il limite del potere prefettizio e, quindi, demarca, per usare le parole della Corte europea, anche la portata della sua discrezionalità».

antimafia, tornando all'antica opinione di Pitrè secondo cui "la mafia non esiste", in quanto mero atteggiamento culturale[42].

D'altronde,

> l'annullamento di qualsivoglia discrezionalità nel senso appena precisato in questa materia, che postula la tesi in parola (sostenuta, invero, da autorevoli studiosi del diritto penale e amministrativo), prova troppo, del resto, perché l'ancoraggio dell'informazione antimafia a soli elementi tipici, prefigurati dal legislatore, ne farebbe un provvedimento vincolato, fondato, sul versante opposto, su inammissibili automatismi o presunzioni *ex lege* e, come tale, non solo inadeguato rispetto alla specificità della singola vicenda, proprio in una materia dove massima deve essere l'efficacia adeguatrice di una norma elastica al caso concreto, ma deresponsabilizzante per la stessa autorità amministrativa (Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105).

[42] Assai chiaramente Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 osserva che «[…] non si può negare che la legge italiana, nell'ancorare l'emissione del provvedimento interdittivo antimafia all'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, come si è visto, abbia fatto ricorso, inevitabilmente, ad una clausola generale, aperta, che, tuttavia, non costituisce una "norma in bianco" né una delega all'arbitrio dell'autorità amministrativa imprevedibile per il cittadino, e insindacabile per il giudice, anche quando il Prefetto non fondi la propria valutazione su elementi "tipizzati" (quelli dell'art. 84, comma 4, lett. a), b), c) ed f)), ma su elementi riscontrati in concreto di volta in volta con gli accertamenti disposti, poiché il pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce, sì, il fondamento, ma anche il limite del potere prefettizio e, quindi, demarca, per usare le parole della Corte europea, anche la portata della sua discrezionalità, da intendersi qui non nel senso, tradizionale e ampio, di ponderazione comparativa di un interesse pubblico primario rispetto ad altri interessi, ma in quello, più moderno e specifico, di equilibrato apprezzamento del rischio infiltrativo in chiave di prevenzione secondo corretti canoni di inferenza logica».

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

6. La competenza del Prefetto e la necessità di giurisdizionalizzazione delle misure

La potestà amministrativa in materia di interdittive antimafia è assegnata dal legislatore al Prefetto. La scelta sottende argomentazioni molteplici.

Anzitutto, deve ritenersi che l'informazione antimafia abbia carattere tecnico-discrezionale. Non si tratta, infatti, di contemperare interessi contrapposti, bensì di vagliare la sussistenza dei presupposti del potere, mediante un'attività di giudizio, ma non di scelta[43].

Questa operazione di qualificazione di fatti complessi e opinabili viene rimessa, con un apprezzamento logico e ragionevole del legislatore, al Prefetto, autorità strategica di pubblica sicurezza, che ha il ruolo di coordinamento delle Forze di polizia sul territorio provinciale. La determinazione amministrativa esita, quindi, all'applicazione di un sapere di polizia, di cui è depositaria l'Amministrazione della pubblica sicurezza.

Coerente con questa premessa è che le stazioni appaltanti hanno un potere solo vincolato in esito all'emissione del provvedimento antimafia:

[43] Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 ha precisato che l'autorità amministrativa «in ossequio dei principî di imparzialità e buon andamento contemplati dall'art. 97 Cost. e nel nome di un principio di legalità sostanziale declinato in senso forte, è chiamata, esternando compiutamente le ragioni della propria valutazione nel provvedimento amministrativo, a verificare che gli elementi fattuali, anche quando "tipizzati" dal legislatore, non vengano assunti acriticamente a sostegno del provvedimento interdittivo, ma siano dotati di individualità, concretezza ed attualità, per fondare secondo un corretto canone di inferenza logica la prognosi di permeabilità mafiosa, in base ad una struttura bifasica (diagnosi dei fatti rilevanti e prognosi di permeabilità criminale) non dissimile, in fondo, da quella che il giudice penale compie per valutare gli elementi posti a fondamento delle misure di sicurezza personali, lungi da qualsiasi inammissibile automatismo presuntivo […]». Paiono opinare in questo senso anche Scoca (2018), nonché Figorilli e Giulietti (2021).

sono tenute a escludere dalla gara o negare l'atto ampliativo al soggetto controindicato, ovvero a recedere dal contratto o revocare la concessione qualora l'interdittiva sia sopravvenuta. Altro corollario del riconoscimento di una potestà tecnico-discrezionale al Prefetto è che, in virtù del principio di separazione dei poteri, il giudice amministrativo possa esercitare un sindacato intrinseco ma debole, senza poter sostituire la propria valutazione a quella esperita dall'organo prefettizio.

La centralizzazione del potere in capo al Prefetto risponde anche ad esigenze di certezza. Si evita che possano esservi plurime decisioni, eventualmente tra loro discordanti, circa l'ammissione dell'impresa a intrattenere rapporti con la pubblica amministrazione.

Il legislatore ha inteso abolire l'informativa atipica, che rimetteva alle stazioni appaltanti di valutare se recidere o meno i rapporti con l'impresa[44]. L'informativa atipica aveva ad oggetto condotte dell'impresa non attingenti la soglia per la comunicazione o l'informazione tipiche, ma che comunque indiziavano relazioni con la criminalità organizzata. Oltre a essere foriera di incertezza nei rapporti tra amministrazione pubblica e imprese, nonché di potenziali disparità di trattamento, l'informazione atipica faceva ricadere sulle stazioni appaltanti una decisione strutturalmente estranea al loro *know-how* tecnico. In questo senso, la semplificazione del sistema derivante dall'abolizione dell'informazione atipica è stata salutata con favore dalla più gran parte della dottrina[45].

[44] Cfr., in tema, Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2015, n. 2410.

[45] Pare ritenerne invece tuttora la vigenza Durante (2016, 5). Per un'applicazione dell'informativa atipica, v. anche Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 11 novembre 2019, n. 956,

Il provvedimento, in coerenza con i principi generali, dev'essere adeguatamente motivato, onde esternare compiutamente le ragioni, di fatto e di diritto, alla base della decisione amministrativa[46]. Peraltro, l'obbligo motivazionale può esser soddisfatto anche *per relationem*, rinviando alle relazioni di polizia elaborate in sede istruttoria. Ad avviso del Consiglio di Stato, il rinvio esterno ad atti di polizia è ammissibile nella misura in cui questi siano concludenti e tali da fornire un apparato motivazionale logico e circostanziato. Per contro, laddove le risultanze istruttorie consistano di una mera elencazione di dati, spoglia di qualsivoglia argomentazione di sostegno, il provvedimento prefettizio dovrà dar conto in motivazione dell'*iter* logico seguito e del valore annesso egli elementi esaminati.

Ad ogni modo,

> la valutazione della legittimità dell'informativa deve essere effettuata sulla base di una valutazione unitaria degli elementi e di fatti che, valutati nel loro complesso, possono costituire un'ipotesi ragionevole e probabile di permeabilità della singola impresa ad ingerenze della criminalità organizzata di stampo mafioso sulla base della regola causale del "più probabile che non", integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (qual è quello mafioso), e che risente della

annotata da Petronelli (2019). Nella decisione del giudice siciliano, peraltro, viene evidenziato che il recesso pubblicistico può essere esercitato dall'Amministrazione anche in un momento successivo alla ricezione dell'informativa, in presenza di fatti che suggeriscano di recidere i rapporti negoziali con la controparte. Anche l'informativa atipica, come quella tipica, non ha infatti un termine finale di efficacia.

[46] Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 annette al ragionamento prefettizio una «struttura bifasica (diagnosi dei fatti rilevanti e prognosi di permeabilità criminale)».

estraneità al sistema delle informazioni antimafia di qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio[47].

Va rimarcato che autorevole dottrina sostiene la necessità di *giurisdizionalizzazione* della misura. Il Prefetto, anzitutto, non disporrebbe della panoplia conoscitiva propria del giudice penale, dotato di giurisdizione sulle misure di prevenzione; inoltre, la riconosciuta frustrazione di ogni partecipazione procedimentale renderebbe il potere amministrativo autoreferenziale, ai limiti dell'arbitrio[48]. È stata di recente anche evocata la violazione dell'art. 13 Cost., nell'assunto che le interdittive limiterebbero la libertà personale, interpretata in senso ampio, senza soggiacere alla doppia riserva recata dalla Carta (Cariola 2021).

Si sostiene pure che il giudice amministrativo, esercitando una mera verifica di legittimità dell'atto, secondo il paradigma del "sindacato intrinseco ma debole", non assicurerebbe il recupero delle garanzie del contraddittorio attraverso una giurisdizione piena ed effettiva (Cariola 2021, 285).

[47] Cons. Stato, sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5784. Cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105, annotata da Amore (2020). Il giudice d'appello ha rilevato che «eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza di queste ad influenzare la gestione dell'impresa sono all'evidenza tutte nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzate, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o inveratosi, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori».

[48] Questo profilo è stato espressamente oggetto di questione pregiudiziale di interpretazione innanzi alla Corte di giustizia, che ha però disconosciuto che il tema avesse rilievo comunitario. Per un commento dell'ordinanza di rimessione cfr. Bordin (2020), secondo il quale la questione non si porrebbe tanto in termini di partecipazione procedimentale – legittimamente sacrificabile dal legislatore – quanto di profondità del controllo giurisdizionale.

Corte cost., n. 57/2020[49] ha esaminato anche questi profili, nell'affrontare la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Palermo, in relazione agli artt. 3 e 41 Cost. Il giudice rimettente argomentava che

> sarebbe infatti irragionevole ricollegare ad un provvedimento di natura amministrativa gli stessi effetti di una misura di prevenzione applicata con un provvedimento di natura giurisdizionale, incidendo sull'esercizio dell'iniziativa economica.

Al riguardo, però, la Corte costituzionale rilevava come l'interdittiva antimafia sia volta a fronteggiare l'insidioso fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia, secondo paradigmi eminentemente preventivi e non già punitivi. Dunque, non si tratta di punire, bensì di prevenire, curando l'interesse pubblico in via cautelare[50].

Sulla decisione prefettizia, poi, si appunta un sindacato giurisdizionale pieno ed effettivo, secondo i paradigmi della *full jurisdiction*. Ha luogo, in particolare, un sindacato intrinseco sul contenuto tecnico-discrezionale del provvedimento, che garantisce un'adeguata risposta alla domanda di giustizia del privato.

Anche su queste cadenze argomentative della Consulta si sente di concordare. Alle obiezioni dottrinali, infatti, potrebbe eccepirsi che lo stesso

[49] In tema, cfr. Longo (2020).

[50] In senso critico, Amarelli (2020 b) ritiene che la Corte costituzionale avrebbe enfatizzato «con insoliti ed inadeguati argomenti metagiuridici le esigenze di difesa sociale rispetto alle mafie […]». Va precisato, peraltro, come il carattere cautelare dell'atto vada inteso *lato sensu*, come sottolineano Figorilli e Giulietti (2021, 60 ss.).

principio di separazione dei poteri sembrerebbe confermare la ragionevolezza dell'attribuzione del potere provvedimentale al Prefetto, che, nel ruolo di autorità di pubblica sicurezza, è l'"organo epistemologico" dello Stato più appropriato per compiere un'indagine conoscitiva nei confronti dell'impresa e svolgere un giudizio prognostico sul rischio infiltrativo.

Il Prefetto, infatti, avvalendosi anche del supporto dei gruppi interforze e della Dia[51], può avere piena contezza dell'inquinamento dell'economia ad opera della criminalità organizzata.

Anche sul piano teleologico, si tratta di prevenire tempestivamente il fenomeno infiltrativo: così appare congrua e appropriata la chiamata in causa di un organo amministrativo, deputato ad agire con celerità per fronteggiare la situazione di pericolo.

La suggestiva tesi che richiama lo statuto della libertà personale, ancora, sembrerebbe accogliere una nozione eccessivamente lata di quest'ultima, che dovrebbe essere invece circoscritta a profili essenzialmente fisico-corporali, nella logica tradizionale dell'*habeas corpus*[52].

[51] V. la circolare del Gabinetto del Ministro dell'interno n. 11001/119/20(8) del 27 marzo 2018.

[52] Come noto, tre sono le tesi che tradizionalmente sono proposte ai fini dell'interpretazione della nozione di libertà personale (Mainardis 2008). La prima fa riferimento alla libertà fisica contro arbitrarie misure coercitive (alla classica libertà dagli arresti parrebbe far richiamo Caretti 1994); si distinguerebbe dalla libertà individuale, da tradurre nella libertà di autodeterminazione e coperta da altre norme costituzionali. La seconda reputa che la garanzia di cui all'art. 13 Cost. sia posta contro misure degradanti della dignità sociale. Secondo una terza tesi la norma sull'*habeas corpus* tutelerebbe l'individuo anche contro limitazioni della libertà morale. È poi emerso un ulteriore orientamento, secondo cui l'art. 13 Cost. sarebbe da leggersi sistematicamente con gli artt. 2 e 3 Cost., sicché la libertà personale coinciderebbe con i diritti costituzionalmente garantiti e – si potrebbe dire – con

La critica mossa alla giurisdizione amministrativa pare poi provare troppo, non potendo negarsi come essa sia connotata da uno *standard* di effettività che la rende costituzionalmente compatibile. La circostanza che il sindacato giurisdizionale non sia sostitutivo non esclude che il giudice amministrativo valuti *funditus* le emergenze istruttorie, giudicando della ragionevolezza delle conclusioni cui è pervenuta l'autorità prefettizia[53].

Conclusivamente, l'allocazione del potere in capo al plesso amministrativo piuttosto che a quello giudiziario non pare offrire minori garan-

lo stesso statuto della persona umana recato dalla Carta (Ruotolo 2006). Di «potere di disporre del proprio corpo senza nuocere ad altri» parla Marazzita (2021, 106 ss.). Seppure con qualche oscillazione, la giurisprudenza costituzionale maggioritaria aderisce alla prima tesi. In questo senso, Grevi (1996) ha avuto modo di osservare che la previsione di plurimi e dettagliati diritti di libertà «viene in definitiva a confermare l'intenzione legislativa di riferire l'art. 13 soprattutto, se non esclusivamente, alla tutela della libertà personale intesa quale libertà da coercizioni fisiche o materiali». L'autore, pur non prendendo posizione sull'estensione della garanzia in parola alla libertà morale, affermava altresì che «le situazioni e le vicende 'coperte' dalle garanzie dettate dall'art. 13 della Costituzione sono, in linea di massima, quelle legate alla fenomenologia del processo penale».

[53] Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 afferma che «il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame». Ma v. anche Corte cost. n. 57/2020, allorché rileva che le decisioni del giudice amministrativo «non si limitano ad un controllo "estrinseco" (così ancora una volta la relazione citata) e, pur dando il giusto rilievo alla motivazione, procedono ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal Prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza».

zie, tenuto conto che esso consiste in un ragionamento probabilistico induttivo la cui logicità e coerenza è comunque rimessa, in seconda battuta, al sindacato di un organo terzo e imparziale[54].

7. Procedimento e garanzie partecipative

La giurisprudenza maggioritaria[55] esclude che nella materia in discorso operino le garanzie partecipative, in ragione delle preminenti esigenze di celerità e segretezza che caratterizzano i provvedimenti antimafia[56].

[54] *Contra*, Amarelli (2019) denuncia la concentrazione di poteri inquirenti e decisionali nel Prefetto. È vero, peraltro, che è lo stesso procedimento amministrativo a essere ispirato al principio inquisitorio e a non prevedere, se non in via eventuale e solo parzialmente attraverso l'istituto del responsabile del procedimento, una dicotomia tra istruttore o proponente e decidente.

[55] V., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820, annotata da Ruberto (2020) e sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854. Sul tema cfr. anche Sammarco (2020)

[56] Problematicamente, Miccichè (2019, 23-24) osserva che «[…] si potrebbe dire che la riduzione delle garanzie rappresenti il prezzo da pagare per disporre di misure efficaci nel contrastare situazioni tanto pericolose come le mafie e le loro metastasi. È questa, tuttavia, una valutazione che può essere condivisa solo a condizione che l'azione di contrasto sia contenuta entro un perimetro di ragionevolezza, assicurando un livello di garanzie accettabile. Oltre quel confine, infatti, le azioni di contrasto rischiano di diventare esse stesse illegali e comunque tali da rendere le istituzioni pubbliche non meno odiose e pericolose per i cittadini della stessa criminalità. Il che non può ammettersi, dovendosi piuttosto difendere il carattere solidale e positivo della Repubblica, la quale deve essere implacabile con i prepotenti, ma attenta ai bisogni e ai diritti dei cittadini onesti». Analogamente, Longo (2019) rileva criticamente che alla base della deroga alle garanzie procedimentali stia «[…] l'idea che la lotta alla criminalità organizzata debba fisiologicamente

Viene notato come l'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 159/2011 attribuisca al Prefetto la facoltà – ma non l'obbligo – «di invitare in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione utile».

Il Consiglio di Stato ha rilevato che

> la *discovery* anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata di stampo mafioso e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l'obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell'economia legale ha assunto forme e "travestimenti" sempre più insidiosi[57].

comportare l'utilizzo di mezzi in certo modo eccezionali, perché eccezionalmente pervasiva ed eccezionalmente infida è l'azione delle associazioni di tipo mafioso». Anche Amarelli (2020 b) ritiene ossimorica «[…] la considerazione di questa tipologia di misure [le interdittive generiche] quale istituto servente agli scopi di un ordinamento democratico. L'anticipazione del controllo statale amministrativo *praeter delictum* tramite provvedimenti così afflittivi […] risulta invero non rispondente alle logiche di carattere democratico di uno Stato costituzionale di diritto. Al contrario, pare ispirarsi ad una rinnovata declinazione della categoria tralatizia dello stato d'eccezione […]». Secondo l'Autore, dunque, «in un ordinamento che voglia realmente definirsi tale, le istanze di difesa sociale non possono essere anteposte univocamente a quelle del garantismo individuale in una prospettiva neo-schmittiana, ma esattamente all'opposto devono essere con queste adeguatamente bilanciate». Nel senso che non si potrebbero invocare esigenze di celerità, alla luce della previsione di non ristretti termini procedimentali *ex lege*, Figorilli e Giulietti (2021).

[57] Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820.

Il disvelamento delle attività investigative potrebbe consentire all'impresa mafiosa di adottare strategie di dissimulazione dell'ingerenza criminale sulla compagine societaria, anche attraverso il tentativo di schermare la partecipazione controindicata mediante l'abuso della personalità giuridica.

> Il principio del giusto procedimento, del resto, non ha una valenza assoluta, ma ammette deroghe limitate ad ipotesi eccezionali dovute alla tutela di interessi superiori afferenti alla tutela dell'ordine pubblico, come quella in esame, e proporzionate alla necessità del caso che, come si vedrà di seguito, è qui assai grave per l'altissimo pericoloso infiltrativo che connota la società appellante[58].

In questo senso, in un bilanciamento tra partecipazione procedimentale e ordine pubblico, il legislatore ha assegnato la propria preferenza al secondo bene giuridico, che rischierebbe di essere compromesso da un'apertura del procedimento all'impresa controindicata.

Ad avviso del supremo consesso di giustizia amministrativa, questa limitazione degli interessi procedimentali sarebbe compensata dal controllo del giudice amministrativo, che assicura un sindacato pieno ed effettivo sull'atto prefettizio[59].

Va osservato, peraltro, che il Tar pugliese, con ordinanza del 13 gennaio 2020, aveva investito la Corte di giustizia dell'Ue della questione inerente alla carenza di garanzie procedimentali in sede di adozione delle interdittive antimafia (cfr. Trappolini 2020).

[58] *Ibidem*.

[59] Così pure Corte cost., n. 57/2020.

Il giudice *a quo* premette

> di non condividere l'assunto della natura cautelare del provvedimento di cui si discute, poiché non si tratta di misura provvisoria e strumentale, adottata in vista di un provvedimento che definisca, con caratteristiche di stabilità e inoppugnabilità, il rapporto giuridico controverso, bensì di atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili […].

Quindi, argomentava per il contrasto della disciplina interna in materia di interdittiva prefettizia con il diritto alla buona amministrazione, di cui all'art. 41 della Carta di Nizza, nella parte in cui essa esclude la partecipazione al procedimento delle imprese indiziate di contiguità alla mafia[60].

La Corte di giustizia dell'Unione europea[61] ha dichiarato il ricorso inammissibile, non avendo il Tar dimostrato il collegamento della questione con il diritto dell'Unione.

Può, tuttavia, argomentarsi che l'incidenza della disciplina sul principio di concorrenza potrebbe forse fondare, *de futuro*, il radicamento della questione pregiudiziale.

Di là dal rilievo eurounitario della questione, l'obiezione mossa da parte della dottrina all'azzeramento di ogni partecipazione procedimentale, esclusivamente rimessa a una valutazione discrezionale del Prefetto,

[60] Per un'analisi dell'ordinanza di rimessione, cfr. Bordin (2020).

[61] Ord. C-17/20 del 28 maggio 2020.

pare fondata[62]. Il privato viene infatti costretto a impugnare il provvedimento, disconoscendoglisi ogni possibilità di far valere le proprie ragioni in sede amministrativa. Si nega così in radice il valore procedimentale, anche al di là del necessario.

Potrebbe allora, analogamente a quanto sostenuto da parte della dottrina[63], ipotizzarsi l'adozione di una struttura procedimentale bifasica: una prima fase cautelare, segreta, a seguito della quale verrebbe emesso un provvedimento interinale; successivamente una *discovery* e il contraddittorio procedimentale, cui esiterebbe il provvedimento definitivo.

Una simile costruzione permetterebbe di salvaguardare le esigenze di celerità e riservatezza del procedimento, ma non negherebbe strutturalmente all'impresa ogni interlocuzione con l'Amministrazione, costringendola a ricorrere al giudice per far valere le proprie ragioni. Del resto, come noto, il procedimento – oltre a finalità defensionali e deflattive del contenzioso – ha anche la funzione di ampliare il bagaglio conoscitivo

[62] Assai critici su questo punto sono Figorilli e Giulietti (2021) nonché Cariola (2021).

[63] Miccichè (2019, 39) ancor più radicalmente auspicherebbe di «[…] prevedere a valle dell'adozione dell'informazione interdittiva un'ulteriore fase procedimentale nella quale, a istanza di parte, sia consentito riesaminare – anche nel merito e alla luce delle memorie e dei documenti prodotti dal destinatario e dagli altri soggetti interessati – la misura già adottata (ed efficace). Un simile procedimento dovrebbe essere attribuito alla competenza di un organo terzo e possibilmente collegiale, formato da personale proveniente dai ranghi della pubblica sicurezza, della carriera prefettizia, ma anche dalla magistratura, in modo da garantire decisioni improntate a un pluralismo di sensibilità istituzionali. D'altra parte, il ricorso a un simile accorgimento procedimentale, mentre aumenterebbe le garanzie per il cittadino e le imprese, non comprometterebbe l'efficacia delle misure di prevenzione, come dimostra l'esperienza del Tribunale del riesame e l'attività che quello svolge nel vagliare la legittimità delle misure cautelari adottate in materia penale senza che ciò renda meno efficace nel suo complesso quel sistema di tutele».

dell'Amministrazione (Miccichè 2019). In questo senso, la partecipazione dell'impresa potrebbe contribuire a lumeggiare aspetti fisiologicamente controversi e suscettivi di pluralità di interpretazioni, migliorando la qualità e la tenuta delle decisioni amministrative in materia.

Si aggiunge che, da ultimo, il Tar di Reggio Calabria, con ordinanza n. 732 dell'11 dicembre 2020, ha sollevato varie questioni di costituzionalità sulla disciplina delle informative antimafia, anche circa la compressione della partecipazione procedimentale (Di Maria e Amore 2021).

In particolare, veniva denunciata la disparità di trattamento perpetrata dal legislatore tra il destinatario di una misura di prevenzione, *ex* art. 67 c.a., e di una interdittiva antimafia. Il primo potrebbe giovarsi di una misura "umanitaria", ai sensi del menzionato art. 67, comma 5, che abilita il giudice a escludere decadenze e divieti allorché «per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia». Per contro, analogo potere non è assegnato al Prefetto, talché questi non può mitigare la portata dell'interdittiva, con conseguente violazione del principio di uguaglianza. Nel caso di specie, la ricorrente aveva evidenziato che l'attività aziendale rappresentava l'unica fonte reddituale per la famiglia, e che – inoltre – la cessazione dell'impresa avrebbe imposto il licenziamento di otto dipendenti.

Il collegio evocava anche il parametro di cui all'art. 4 Cost., opinando nel senso che la rigidità della valutazione prefettizia, dal cui raggio restano escluse le condizioni economiche dei privati attinti, pregiudica il diritto al lavoro costituzionalmente garantito.

Infine, veniva dedotto che la carenza di un meccanismo valutativo esteso anche alla situazione economica del destinatario sia passibile di violare anche l'art. 24 Cost., frustrando il diritto di difesa del privato. Sebbene

si versi fuori dell'ambito giurisdizionale, sede d'elezione del principio di cui all'art. 24 Cost., il rimettente non esclude che esso possa «avere riflessi in altri ambiti».

Pur non investendo il difetto di contraddittorio del procedimento *tout court*, incentrandosi sull'esigenza che il destinatario possa esser messo nelle condizioni di esporre al Prefetto la propria situazione reddituale, la censura del Tar calabrese potrebbe, ove accolta, condurre a una (auspicabile) rimeditazione dell'intero *iter* procedimentale.

8. *White list*

Movendo dalle esperienze maturate nella fase della ricostruzione seguita ai sismi dell'Aquila e dell'Emilia Romagna, il legislatore ha previsto, all'art. 1, comma 52 della legge. n. 190/2012 l'istituzione di un elenco (*white list*), in cui, per certi settori "a rischio"[64], sono iscritte le imprese per le quali ricorrano i presupposti ai fini dell'emissione di un provvedimento liberatorio. È previsto, altresì, che le stazioni appaltanti acquisiscano la documentazione antimafia *obbligatoriamente* a mezzo della consultazione della lista.

Nonostante il tenore letterale della disposizione, rimane dubbio se le stazioni appaltanti siano tenute ad acquisire la documentazione antimafia

[64] Estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo di macchinari; fornitura di ferro lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi; guardiania dei cantieri; servizi funerari e cimiteriali; ristorazione, gestione delle mense e *catering*; servizi ambientali, comprese le attività di raccolta di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti.

esclusivamente dalla *white list* e, per conseguenza, se le imprese abbiano l'obbligo di iscrizione per operare nei settori "a rischio"[65].

Ad ogni modo, per l'iscrizione nella *white list* è necessario possedere i requisiti ai fini del rilascio della documentazione antimafia. Trovano, dunque, applicazione i medesimi principi giurisprudenziali.

Cons. Stato, sez. III, 20 settembre 2016, n. 3913 ha evidenziato come l'Amministrazione sia tenuta, nel caso di richiesta di iscrizione alla *white list*, comunicare all'impresa istante il preavviso di rigetto. Trattandosi di provvedimento tecnico-discrezionale, infatti, non può operare l'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990.

9. La banca dati nazionale unica

Ai sensi dell'art. 98, comma 1, d.lgs. n. 159/2011 è istituita la banca dati nazionale unica, che consente l'immediata consultazione, da parte delle prefetture, dei dati inerenti alla documentazione antimafia delle imprese. Tale dispositivo consente di dare celere riscontro alle richieste provenienti dalle stazioni appaltanti, così da rendere più snello ed efficiente il sistema.

L'istituto ha ricevuto attuazione dal d.P.C.M. 30 ottobre 2014, n. 193.

La banca dati assume particolare importanza con riferimento all'applicazione dell'art. 89-*bis*, d.lgs. n. 159/2011. Infatti, anche qualora il titolo richiesto per una determinata attività sia la comunicazione antimafia e – nondimeno – emerga la sussistenza a carico dell'impresa di un'informativa,

[65] Nel senso dell'obbligatorietà, cfr. Minelli (2019). *Contra* Mazzamuto (2016 b), secondo il quale non va attribuito «soverchio significato al carattere "obbligatorio" della consultazione dell'elenco».

quest'ultima tiene luogo della comunicazione, con effetti interdittivi per l'interessato.

10. Effetti delle interdittive

Le interdittive antimafia inibiscono all'impresa colpita di avere rapporti con l'Amministrazione. È l'inaffidabilità dell'impresa e la sua contiguità al mondo mafioso a determinarne la incapacità giuridica, parziale e temporanea. È previsto, a monte, che il privato interdetto non possa ottenere atti ampliativi dall'Amministrazione né stipulare contratti pubblici. Ma l'interdittiva ridonda anche sul piano funzionale dello svolgimento del rapporto.

Ai sensi dell'art. 94 del testo unico antimafia, in caso di interdittiva sopravvenuta la parte pubblica è tenuta a revocare l'autorizzazione o concessione. Le pubbliche amministrazioni sono altresì tenute a recedere dal contratto, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite. La decisione, dettata dalla cura dell'interesse pubblico, ha carattere autoritativo, e dunque ricade nella giurisdizione del giudice amministrativo.

La stazione appaltante può evitare di recedere dal contratto nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, nel caso di forniture di beni e servizi essenziali per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.

L'Amministrazione è tenuta, altresì, a revocare la concessione dei finanziamenti pubblici. È dubbio, peraltro, se debbano essere ripetute le somme già impiegate dal destinatario.

Al riguardo, la *quaestio juris* afferisce all'interpretazione della clausola di salvezza inerente al «pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite». Si discute se tale norma eccezionale si riferisca esclusivamente ai contratti ovvero se essa riguardi anche le concessioni pubbliche, che non potrebbero essere revocate, ove gli importi finanziati siano già stati investiti dal beneficiario e nei limiti delle effettive ricadute di utilità sociale.

Movendo dall'art. 14 prel., Cons. Stato, ad. plen., 26 ottobre 2020, n. 23 ha chiarito come la norma eccezionale debba essere assoggettata a una stretta interpretazione. Inoltre, veniva evidenziato come la disgiuntiva che separa le concessioni dai contratti nella formulazione legislativa implicherebbe che la clausola di salvezza sia riferita esclusivamente a questi ultimi. L'Adunanza plenaria ha così avallato l'orientamento più rigido, superando il contrario avviso – patrocinato anche dal giudice siciliano – secondo il quale sarebbe stato necessario tutelare l'affidamento del percettore del contributo a fronte di un'interdittiva sopravvenuta[66].

11. Interdittiva antimafia e risarcimento del danno

È stato tema controverso se il privato, colpito da interdittiva antimafia, possa o meno ottenere dalla parte pubblica il ristoro del danno contrattuale ovvero subito in conseguenza di esercizio di poteri autoritativi. Al

[66] Nel senso – invece– che non dovrebbe essere revocato il finanziamento pubblico già impiegato per i fini stabiliti all'atto della concessione v. De Pascalis (2019).

riguardo, risultava dubbio se anche il titolo risarcitorio potesse essere ricompreso nella categoria dei contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate.

La questione ha trovato soluzione in Cons. Stato, ad. pl., 6 aprile 2018, n. 3. Il giudice amministrativo ha sostenuto che la predetta categoria «ricomprenda anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa».

Secondo il Consiglio di Stato non avrebbe pregio la ricostruzione ermeneutica per cui l'incapacità sarebbe circoscritta al *genus* delle «provvidenze», intendendo il legislatore «evitare ogni "esborso di matrice pubblicistica" in favore di imprese soggette ad infiltrazioni criminali».

Ne consegue che la temporanea incapacità rende "dormiente" l'obbligazione, nelle more che l'imprenditore riacquisti l'astratta idoneità a essere titolare di situazioni giuridiche soggettive nei rapporti con la pubblica amministrazione. Una volta verificatasi questa condizione, potrà – e dovrà – ottenere l'adempimento dell'obbligazione pubblica.

12. Efficacia temporale delle interdittive

L'art. 86, comma 1, d.lgs. n. 159/2011 prevede che la comunicazione antimafia ha efficacia semestrale, mentre che l'informazione antimafia ha efficacia annuale.

In legislatore parla impropriamente di «validità», ma – com'è evidente – si tratta di un'imprecisione, avendo la validità tutt'altro significato sul piano della teoria generale. La durata infatti non riguarda la conformità

dell'atto al paradigma normativo di riferimento, bensì la sua idoneità a produrre effetti giuridici.

La *quaestio juris* che si pone è se anche l'informazione antimafia *interdittiva* abbia efficacia annuale ovvero se, invece, la sua efficacia si esplichi a tempo indeterminato.

Al riguardo, è prevalsa in giurisprudenza la tesi secondo la quale la sola informativa *liberatoria* ha durata annuale, mentre – secondo un'interpretazione logico-sistematica – l'efficacia dell'interdittiva avrebbe una durata indefinita, *rebus sic stantibus*[67].

Il Prefetto, d'ufficio o su istanza di parte, dispone l'aggiornamento della informazione antimafia, eventualmente rilasciando una liberatoria qualora ravvisi la recisione del vincolo impresa/organizzazione criminale.

[67] In senso conforme v. Durante (2016): per l'autore la «[…] incapacità di contrarre con la P.A. ha validità temporale illimitata, fino a quando non intervenga un *contrarius actus* del Prefetto, consistente nell'accertamento di fatti od elementi sopravvenuti, che dimostrino il superamento della situazione di pericolo già accertata, a nulla comunque rilevando il mero trascorrere del tempo. Minoritaria è rimasta la tesi per cui la persistenza dell'efficacia dell'informativa prefettizia sfavorevole, dopo l'anno di efficacia previsto dall'articolo 86, comma 2, consegue solamente all'accertamento che la situazione già esaminata non è successivamente mutata». Parrebbe esprimere un'opinione dissenziente Corte cost., n. 57/2020, laddove afferma che «[…] un ruolo particolarmente rilevante assume il carattere provvisorio della misura. È questo il senso dell'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, secondo il quale l'informativa antimafia ha una validità limitata di dodici mesi, cosicché alla scadenza del termine occorre procedere alla verifica della persistenza o meno delle circostanze poste a fondamento dell'interdittiva, con l'effetto, in caso di conclusione positiva, della reiscrizione nell'albo delle imprese artigiane, nella specie, e in generale del recupero dell'impresa al mercato. E va sottolineata al riguardo la necessità di un'applicazione puntuale e sostanziale della norma, per scongiurare il rischio della persistenza di una misura non più giustificata e quindi di un danno realmente irreversibile.

Laddove la richiesta provenga dall'interessato, la giurisprudenza ha chiarito comunque che

> l'istanza di aggiornamento, per quanto fondata su specifici e documentati elementi di novità rappresentati alla Prefettura, non delimita l'àmbito di valutazione discrezionale che a questa spetta, nel rinnovato esercizio del suo potere ai fini dell'aggiornamento, né la vincola al solo spazio di indagine costituito dagli elementi sopravvenuti indicati dall'impresa, entro, per così dire, «binari precisi o rime obbligate» (Cons. St., sez. III, 13 maggio 2015, n. 2410)[68].

Ad ogni modo, la giurisprudenza ha chiarito come il mero decorso del tempo rappresenti un elemento valutativo neutro, non potendosi ad esso annettere alcun valore liberatorio per il soggetto gravato[69].

[68] Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

[69] Rammenta Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820 che «gli elementi posti a base dell'informazione antimafia non perdono la loro valenza indiziaria per il mero trascorrere del tempo se non sono sopraggiunti ulteriori, nuovi, elementi di segno contrario che ne intaccano o anche solo attenuano l'attualità». Conforme Consiglio Stato, 2 gennaio 2020, n. 2, annotata da Petronelli (2020 a). Per i giudici di palazzo Spada «è, infatti, sufficiente sul punto richiamare il principio secondo cui i fatti sui quali si fonda tale misura di prevenzione possono anche essere risalenti nel tempo nel caso in cui vadano a comporre un quadro indiziario complessivo, dal quale possa ritenersi attendibile l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata. Come chiarito dalla Sezione (21 gennaio 2019, n. 515), il mero decorso del tempo, di per sé solo, non implica, cioè, la perdita del requisito dell'attualità del tentativo di infiltrazione mafiosa e la conseguente decadenza delle vicende descritte in un atto interdittivo, né l'inutilizzabilità di queste ultime quale materiale istruttorio per un nuovo provvedimento, donde l'irrilevanza della 'risalenza' dei dati considerati ai fini della rimozione della disposta misura ostativa, occorrendo, piuttosto, che vi siano tanto fatti nuovi positivi quanto il loro consolidamento, così

È, al contrario, *condicio sine qua non* che siano allegati dall'interessato fatti sopravvenuti che denuncino la cessazione dell'inquinamento mafioso. Si tratta delle misure di *self-cleaning* dell'impresa, consistenti nell'allontanamento dei soggetti controindicati dalla compagine sociale o dai ranghi dei dipendenti. Peraltro, tali interventi vanno scrutinati attentamente dal Prefetto e successivamente dal giudice, potendo essere solo simulatori della volontà di recidere il nesso ente/mafia. In questa prospettiva, andrà verificato che i mutamenti del quadro societario non siano solo apparenti, ma che rappresentino invece un autentico cambio di rotta dell'impresa.

13. Superamento della dicotomia informativa/comunicazione antimafia

L'art. 89-*bis* del testo unico antimafia, introdotto nel 2014, prevede che quando, in esito alla consultazione della banca dati unica ai fini dell'emissione della comunicazione antimafia, «venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il Prefetto adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva». In questo caso, l'informazione antimafia tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta.

Si tratta di una sovrapposizione della tipologia documentale più rigorosa a quella più blanda, che pure sarebbe stata astrattamente richiesta

da far virare in modo irreversibile l'impresa dalla situazione negativa alla fuoriuscita definitiva dal cono d'ombra della mafiosità». Più criticamente, richiedendo un aggiornamento della posizione dei vertici aziendali allorché i fatti-spia siano risalenti nel tempo, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 28 dicembre 2017, n. 570. Longo (2019) rileva come anche l'orientamento del Consiglio di Stato – che conferisce all'interdittiva «*una spinta inerziale*» – collide con valori costituzionali del nostro ordinamento, creando una *praesumptio juris tantum*, che spetta all'impresa vincere adducendo la prova contraria.

per il caso di specie[70]. L'informazione antimafia, dunque, eccede il proprio ambito oggettivo, estendendosi anche a settori per i quali sarebbe richiesta la mera comunicazione[71]. La ragione di siffatta scelta del legislatore risiede nella consapevolezza che la mafia inquina ormai non più la sola area delle commesse pubbliche, ma anche i rapporti orizzontali interprivati. Ne consegue l'esigenza di potenziare il controllo anche in relazione alle misure autorizzatorie che abilitano l'esercizio di attività economiche nel settore privato (cfr. Mezzotero e Putrino Gallo 2017).

La questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale dapprima con riferimento a un dedotto eccesso di delega e alla violazione dell'art. 3 Cost. Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 4 ha escluso anzitutto che il legislatore delegato abbia violato gli artt. 76 e 77, primo comma, Cost., ritenendo legittime le opzioni governative in tema. Parimenti, non era ritenuta manifestamente irragionevole la equiparazione, *quoad effectum*, dell'informativa alla comunicazione, in un contesto economico a grave rischio di infiltrazione mafiosa.

14. Il risarcimento del danno da interdittiva illegittima

Com'è noto, l'Amministrazione pubblica risponde del danno da provvedimento illegittimo, secondo le cadenze dell'art. 2043 c.c., allorché abbia agito con dolo o colpa. È in applicazione di questo paradigma che il

[70] Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565 afferma che «la tendenza del legislatore muove, in questa materia, verso il superamento della rigida bipartizione tra comunicazioni antimafia, applicabili alle autorizzazioni, e informazioni antimafia, applicabili ad appalti, concessioni, contributi ed elargizioni».

[71] Così la sentenza, annotata da Tonnara (2017).

giudice amministrativo ha conosciuto delle azioni risarcitorie esperite in conseguenza di interdittiva antimafia illegittima.

Nonostante la presunzione di colpa dell'Amministrazione, indotta dall'illegittimità del provvedimento, il Consiglio di Stato[72] ha tuttavia chiarito che la complessità dell'apprezzamento prefettizio, fondato su elementi indiziari in una materia altamente controvertibile, esclude, in caso di illegittimità provvedimentale, una responsabilità della pubblica amministrazione, la cui determinazione sarebbe coperta da errore scusabile, salvi i casi di valutazione del tutto illogica ed abnorme.

Questa soluzione, proprio per gli incerti confini della "mafiosità", potrebbe finire per creare una zona franca dell'Amministrazione.

Al riguardo, attenta dottrina (Lemmo 2019) ha espresso delle riserve, soprattutto in considerazione della circostanza che il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione ha carattere oggettivo, secondo l'orientamento del giudice eurounitario[73]. Ne consegue che l'interpretazione del Consiglio di Stato rischia di essere sia anticomunitaria, che incostituzionale, nella misura in cui tratta casi eguali in modo diverso. Infatti, l'impresa illegittimamente pretermessa per un'erronea valutazione in sede di graduazione dei concorrenti riceve una tutela oggettiva; l'impresa esclusa per l'interdittiva antimafia si trova a dover sostenere la diabolica prova della colpa dell'autorità prefettizia.

[72] Cons. Stato, sez. III, 28 luglio 2015, n. 3707.

[73] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz*.

In questa logica, potrebbe essere auspicabile il riconoscimento di un risarcimento del danno su basi obiettive, evitando disparità di trattamento e "alleggerendo" la posizione, già fortemente sperequata, dell'impresa sottoposta all'accertamento antimafia.

15. Le misure terapeutiche nei confronti delle imprese: il commissariamento prefettizio

I sempre più sfumati confini tra impresa legale e impresa illegale hanno indotto il legislatore a prevedere misure non soltanto a vocazione preventiva o sanzionatoria, ma anche terapeutica (Cantone e Coccagna 2018)[74]. Queste ultime sono finalizzate a restituire l'impresa alla legalità, salvaguardandone l'attività produttiva e i livelli occupazionali.

Questo approccio, che ricerca la *compliance* dell'impresa piuttosto che la sua estromissione dal mercato, è maturato anche alla luce della diffusione delle mafie nei tessuti produttivi del Nord Italia, laddove l'infiltrazione ha talora rivelato forme non pervasive come nelle aree di tradizionale insediamento.

[74] L'approccio recuperatorio è stato valorizzato anche sulla base delle indicazioni formulate dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Giovanni Fiandaca, istituita con d.m. 10 giugno 2013. Di principio del salvataggio parla Mazzamuto (2020, 6), secondo il quale si sarebbe in presenza di un cambio di paradigma eticamente doveroso: «non si può pensare che il buon cittadino debba, solitario, trovarsi esclusivamente di fronte alla brutale alternativa tra repressione statale e intimidazione mafiosa. Ferma restando l'ineludibile necessità del momento repressivo, dovrà pur trovarsi un terreno nel quale questo cittadino possa altresì fare affidamento sul sostegno salvifico dello Stato». In generale sui provvedimenti terapeutici, cfr. Chinnici (2020).

I provvedimenti terapeutici possono avere natura giurisdizionale ovvero amministrativa. Si esaminerà, anzitutto, il commissariamento prefettizio *ex* art. 32 co. 10 d.l. n. 90/2014.

L'istituto è attivabile in due ipotesi alternative. La prima consiste nel caso in cui l'autorità giudiziaria proceda per un catalogo di delitti contro la pubblica amministrazione indicati dalla disposizione; la seconda ha luogo allorché vengano riscontrate situazioni anomale e, comunque, sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali riconducibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, nonché a un'impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale. In entrambi i casi è necessario che si sia in presenza di fatti gravi e accertati.

La dottrina classifica i due distinti presupposti, rispettivamente, in casi di pericolosità specifica e di pericolosità generica. Riguardo quest'ultima, si evidenzia – criticamente – come la vaghezza della norma rischi di compromettere le garanzie convenzionali per il caso di incisione di un diritto garantito dalla Carta europea dei diritti dell'uomo.

Ove si verifichino i predetti presupposti, il Presidente dell'Anac, informato il Procuratore della Repubblica, propone al Prefetto competente per territorio:

a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto,

b) di provvedere alla temporanea e straordinaria gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o dell'accordo contrattuale ovvero della concessione oppure

c) di provvedere al sostegno e al monitoraggio dell'impresa.

La misura *sub* b) può essere adottata anche allorché l'impresa non ottemperi, entro trenta giorni dall'intimazione, a quella meno invasiva *sub* a).

Ai sensi dell'art. 32, comma 10 d.l. n. 190/2014,

> la procedura può essere altresì attivata ove le imprese di cui sopra siano state raggiunte da informativa interdittiva antimafia e si sia riscontrata l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto o la sua prosecuzione per la tutela dei diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici (Borsari 2018).

Il Prefetto agisce, in questo caso, d'iniziativa, informandone il Presidente dell'Anac. Le misure sono – naturalmente – revocate in caso di annullamento dell'interdittiva o di accoglimento della domanda cautelare.

Si ritiene che, nel caso di commissariamento antimafia, possa trovare applicazione la sola gestione temporanea e straordinaria, essendo i provvedimenti alternativi inidonei a soddisfare le esigenze di penetrante controllo che ricorrono nel caso di specie.

15.1. L'amministrazione giudiziaria

Misure terapeutiche giurisdizionali sono l'amministrazione e il controllo giudiziari, rispettivamente disciplinati dagli artt. 34 e 34-*bis* del codice antimafia.

L'amministrazione giudiziaria sta conoscendo un più significativo impiego nelle aree di non tradizionale insediamento mafioso, in cui sovente

la collusione con la criminalità organizzata riguarda realtà produttive con patrimoni originariamente leciti (Vergine 2018).

La misura è disposta allorché sussistano sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione personale o patrimoniale ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti elencati dalla norma. È inoltre necessario che non ricorrano i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, rappresentando l'amministrazione giudiziaria un *minus* rispetto ad esse ed operando, così, secondo un meccanismo di sussidiarietà.

> A tali condizioni, il tribunale competente in materia di misure di prevenzione dispone l'amministrazione giudiziaria delle aziende o dei beni utilizzabili per lo svolgimento delle attività economiche, su proposta del Procuratore della Repubblica, del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, del questore o del direttore della Direzione investigativa antimafia (art. 34, co. 1, d.lgs. n. 159/2011). Nella nuova disciplina, il tribunale può applicare la misura anche in assenza di proposta, quando non ritenga sussistenti i presupposti delle misure del sequestro (art. 20, co. 1) o della confisca (art. 24, co. 1) richieste in prima istanza dall'organo proponente (Borsari 2018).

Il provvedimento ha efficacia non superiore a un anno, prorogabile di ulteriori sei mesi per un periodo comunque non superiore complessivamente a due anni, a richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, a seguito di relazione dell'amministratore giudiziario che evidenzi la necessità di completare il programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate e la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura.

L'amministratore giudiziario viene immesso nel possesso dei beni aziendali ed esercita tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura. Nel caso di imprese esercitate in forma societaria, l'amministratore giudiziario esercita i poteri spettanti agli organi sociali secondo le modalità stabilite dal tribunale.

Il tribunale, qualora non disponga il rinnovo del provvedimento, delibera la revoca della misura ed eventualmente la contestuale applicazione del controllo giudiziario di cui all'articolo 34-*bis*, ovvero la confisca dei beni che si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

15.2. Il controllo giudiziario

Quando l'agevolazione che fonda l'amministrazione giudiziaria risulti occasionale, il tribunale dispone, anche *ex officio*, il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende, ove sussistano circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività. Il controllo giudiziario ha durata da un anno a tre anni.

La misura – introdotta nel 2017 – non comporta, come nel caso dell'amministrazione giudiziaria, lo spossessamento del titolare dell'impresa, ma attiva piuttosto una vigilanza sull'andamento dell'attività. Il tutoraggio mira a decontaminare l'impresa da inquinamenti mafiosi anche attraverso l'adozione di un modello organizzativo *ex* d.lgs. n. 231/2001.

Il tribunale, nel disporre la misura, può imporre – alternativamente – le seguenti prescrizioni:

a) imporre l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria i principali atti di gestione aziendale;

b) nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario, il quale riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero.

Anche le imprese destinatarie di informativa antimafia, che abbiano esperito impugnazione avverso il provvedimento, possono chiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario[75]. L'accoglimento della richiesta importa la sospensione degli effetti dell'interdittiva antimafia, così come anche la disposizione dell'amministrazione giudiziaria[76].

[75] Rileva Maglione (2021, 98) che si tratta di una «deroga al tradizionale monopolio dei soggetti pubblici nell'iniziativa prevenzionale», sicché potrebbe inaugurarsi un «modello – per ora solo embrionale – fondato sulla consensualità e sulla cooperazione tra istituzioni e imprese nel contrasto "anticipatorio" all'infiltrazione criminale nell'economia».

[76] Mazzamuto (2020) argomenta che sarebbe stato utile ammettere al controllo giudiziario anche imprese non colpite da interdittiva, proprio allo scopo d'evitare i rigori del provvedimento prefettizio. L'autore critica anche la scelta di consentire l'accesso su richiesta dell'impresa al solo controllo giudiziario e non anche all'amministrazione giudiziaria. Un suggerimento di riforma prospettato dalla Dia – che propone di inserire tra i poteri

Era discusso se il Ministero dell'interno – Prefettura Utg emanante potesse impugnare l'ordinanza che dispone il controllo giudiziario, atteso che esso "silenzia" l'interdittiva antimafia[77].

Cass., sez. I pen., 30 gennaio 2020, n. 8084 ha precisato che la Prefettura non è legittimata all'impugnazione, in ragione del *numerus clausus* dei soggetti titolari di tale potere, disposto dal codice antimafia all'art. 10 e discendente, altresì, dal principio generale di cui all'art. 568, comma 3 del codice del rito penale. Viene altresì rilevato dal giudice nomofilattico che mancherebbe, comunque, ogni ragionevole interesse della Prefettura all'impugnativa, atteso che il suo provvedimento resta solo sospeso dalla misura giudiziale (cfr. Amarelli 2020 a).

Va sottolineato, in punto di controllo giudiziario volontario, che, secondo Cass., sez. II pen., 28 gennaio 2021, n. 9122, il giudice della prevenzione non può sindacare il pericolo di infiltrazione mafiosa, già presupposto dalla pendenza di una interdittiva antimafia, dovendo circoscrivere la propria cognizione al requisito della *occasionalità*. Ciò per evitare la paradossale conseguenza della reiezione delle istanze di imprese ritenute dal Tribunale estranee al circuito criminale, che resterebbero così sotto i rigori degli effetti dell'interdittiva, mentre verrebbero ammesse alla misura imprese più compromesse con i sodalizi mafiosi.

prefettizi anche misure "conservative" e "terapeutiche", su cui più ampiamente *infra* – sembrerebbe poter corrispondere alle esigenze rappresentate da tale autorevole dottrina.

[77] Riguardo i mezzi di impugnazione avverso l'ordinanza relativa al controllo giudiziario volontario, le Sezioni Unite avevano indicato, nel 2019, la via dell'applicazione analogica dell'art. 34, comma 6 del codice antimafia: Cass., sez. un. pen., 26 settembre 2019, n. 46898, annotata da Albanese (2019).

Ad ogni modo, il dato legislativo non è perspicuo circa le condizioni cui il controllo giudiziario è accessibile per l'impresa colpita da interdittiva antimafia. Parte della giurisprudenza di merito ha, infatti, ritenuto doversi accertare l'entità dell'infiltrazione, così come previsto per il controllo giudiziario disposto d'ufficio[78].

Nondimeno, parte della dottrina ha evidenziato come un simile approccio, nel guardare al passato, assuma una connotazione retrospettiva-stigmatizzante che tradirebbe la *ratio* dell'istituto, che è recuperatoria e di *favor* per la continuità aziendale. In questa prospettiva, è stato proposto di subordinare l'ammissione al controllo giudiziario su istanza di parte alla condizione di una prognosi fausta in merito al reinserimento dell'impresa nell'economia legale (Visconti 2019). Un'interpretazione, questa, coerente con la finalità della riforma del 2017 che ha novellato il codice antimafia con l'inserzione dell'art. 34-*bis* e seguita da altra parte della giurisprudenza di merito. A queste cadenze argomentative pare conformarsi anche Cass., sez. II pen., 28 gennaio 2021, n. 9122, che ha parlato espressamente di "messa alla prova aziendale"[79].

Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319 ha chiarito come l'esito favorevole del controllo giudiziario non rifluisce sulla legittimità del provvedimento interdittivo, essendo rispetto a quest'ultimo un *post factum*.

[78] V. Tribunale di S. Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2018, annotato da Alesci (2018).

[79] Secondo la Corte, il giudice della prevenzione è chiamato a valutare gli «elementi probatori in chiave dinamica, proiettando nell'immediato futuro la realtà aziendale ritenuta (in altra sede) inquinata, ammettendo le imprese ricorrenti alla misura richiesta se l'intervento giudiziale di "bonifica" risulti possibile ed escludendo tale evenienza nel caso in cui il grado di compromissione sia talmente elevato da non interferire sugli effetti dell'interdittiva». Cfr. Amarelli (2021).

Sicché, la valutazione del giudice penale può essere valorizzata ai fini dell'aggiornamento della posizione dell'impresa, con l'eventuale rilascio di un provvedimento liberatorio con effetti *ex nunc*.

15.3. Rapporti tra controllo giudiziario e processo amministrativo

È discusso se il procedimento *ex* art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159/2011 sia autonomo rispetto al giudizio amministrativo ovvero se – invece – siano riscontrabili delle interferenze.

Una tesi predicherebbe – tenuto conto della distinzione delle giurisdizioni – una piena separatezza tra i due procedimenti, rispondenti a logiche e finalità diverse. Tuttavia, questa lettura non considera adeguatamente la circostanza che il controllo giudiziario viene, in questa peculiare ipotesi, richiesto dall'impresa colpita da interdittiva antimafia, che abbia proposto impugnazione avverso il provvedimento. Ne consegue che il materiale probatorio alla base della misura di prevenzione risulta essere il medesimo che fonda il provvedimento prefettizio. L'autorità giudiziaria ordinaria, nel vagliare la sussistenza dei presupposti per l'adozione della misura, non potrà che attingere alle risultanze info-investigative che hanno giustificato l'informativa.

Si tratta di valutazioni differenziate, sicché è evidente che il giudice ordinario non potrà in alcun modo sindacare il provvedimento prefettizio[80], ma la comunanza del dato istruttorio appare innegabile.

[80] In tal senso, Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 osserva che «l'effetto [del controllo giudiziario] sulla informazione antimafia non è certo caducante, giacché il giu-

Ulteriore profilo di interferenza si ravvisa nel giudizio cautelare avverso il provvedimento prefettizio; laddove sia stato concesso il beneficio del controllo giudiziario, il giudice amministrativo ritiene – correttamente – il difetto di interesse del ricorrente, atteso il già avvenuto "silenziamento" dell'interdittiva *ope legis*, ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 10, d.lgs. n. 159/2011.

Recentemente, poi, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che l'eventuale diniego di accesso, per carenza del presupposto della permeabilità mafiosa, all'istituto del controllo giudiziario, non refluisce sulla legittimità del provvedimento interdittivo, rammentando che

> la valutazione del giudice della prevenzione penale si fonda su parametri non sovrapponibili alla ricognizione probabilistica del rischio di infiltrazione, che costituisce invece presupposto del provvedimento prefettizio, e rispetto ad essa si colloca in un momento successivo[81].

Ci si è interrogati, altresì, sul destino del controllo giudiziario su istanza di parte nel caso di annullamento – giurisdizionale o officioso – dell'interdittiva. Secondo parte della dottrina, dovrebbe ritenersi che il controllo giudiziario prosegua, sebbene il diradarsi dei sospetti di mafiosità a carico dell'impresa dovrebbe preludere alla cessazione anche della

dice ordinario, che non ha potere di sindacarne la legittimità, determina solo la sospensione dell'effetto interdittivo dell'impresa per tutto il periodo della amministrazione controllata».

[81] Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049, annotata da Rolli e Maggiolini (2021).

misura di prevenzione. Per contro, la posizione giurisprudenziale prevalente sembrerebbe nel senso che la misura di prevenzione sia comunque condizionata alla pendenza del processo amministrativo.

È controverso, infine, se la conferma del provvedimento prefettizio con decisione passata in giudicato implichi la caducazione della misura del controllo giudiziario.

Secondo parte della dottrina, tale asserto sarebbe privo di riferimenti positivi e incoerente rispetto alla finalità terapeutica dell'istituto. Ne conseguirebbe che, quand'anche il processo amministrativo si concludesse in via definitiva con la reiezione della domanda di annullamento, il controllo giudiziario potrebbe proseguire allo scopo di redimere l'azienda dall'influenza criminale.

Questa opinione fonda sulla circostanza che il consolidamento del provvedimento prefettizio *a fortiori* giustificherebbe il controllo giudiziario, essendo quest'ultimo finalizzato a perseguire la bonifica dell'impresa e la restituzione della medesima ad un circuito di legalità (Mazzamuto 2020).

Altra parte della dottrina e la giurisprudenza prevalente, per contro, sono dell'avviso che condizione di operatività della misura di prevenzione sia la pendenza dell'impugnazione, sicché l'eventuale reiezione definitiva di questa determinerebbe anche la caduta del controllo giudiziario[82]. Il controllo giudiziario potrebbe svolgersi soltanto laddove si versi in dubbio

[82] Cass., sez. II pen., 22 marzo 2019, n. 27856, ove si afferma che «è certamente corretta la impostazione del provvedimento impugnato in questa sede relativamente al collegamento funzionale esistente tra l'impugnazione e la pendenza del procedimento instaurato di fronte al giudice amministrativo e l'accesso all'istituto del controllo giudiziario di cui al predetto art. 34-*bis*», nonché Cass., sez. II pen., 15 marzo 2019, n. 16105, secondo cui «le finalità pubbliche dell'istituto sono […] "fisiologicamente" ed inscindibilmente connesse alla pendenza di un ricorso avverso l'interdittiva non ancora deciso dal giudice».

sulla fondatezza dell'interdittiva, perdendo invece il proprio *ubi consistam* nel caso di conferma giurisdizionale della determinazione prefettizia, che attesterebbe incontrovertibilmente la contiguità mafiosa dell'impresa.

Proprio in questa prospettiva il giudice amministrativo tende a sospendere il giudizio nel caso di concessione del controllo giudiziario, onde consentire alla misura di esplicare tutti i propri effetti terapeutici, senza frustrarne il decorso.

16. Il sistema pattizio: i protocolli di legalità

La necessità di garantire il rispetto della legalità da parte degli affidatari di commesse pubbliche ha indotto l'Amministrazione a contemplare, nei propri bandi, delle "clausole di legalità", la cui violazione avrebbe implicato la risoluzione del contratto secondo le cadenze dell'art. 1456 c.c.

Lo strumento pattizio è stato codificato con l'art. 1, comma 17, l. n. 190/2012, secondo il quale «le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara».

Al riguardo, si era dubitato della conformità dei patti d'integrità al diritto eurounitario. Sul punto, tuttavia, la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha avuto modo di affermare che «le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione

aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità […], finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici».

Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2015, n. 143, in un caso relativo a Expo, ha avuto modo di affermare come l'esclusione dalla gara per violazione del protocollo di legalità potesse avvenire solo per fatti antecedenti o concomitanti con la fase pubblicistica della gara. Per contro, eventuali inadempimenti sopravvenuti potranno rilevare soltanto sul piano privatistico della risoluzione del contratto, *ex* art. 1456 c.c.

Del resto, resta fermo che nessuna clausola del bando possa imporre un obbligo di autodenuncia, in violazione del principio *nemo tenetur se detegere*.

Di recente, il d.l. 17 luglio 2020, n. 76 ha novellato il codice antimafia, prevedendo, all'art. 83-*bis*, che i protocolli «possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali e con le organizzazioni sindacali, e possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati, nonché determinare le soglie di valore al di sopra delle quali è prevista l'attivazione degli obblighi previsti dai protocolli medesimi. I protocolli possono prevedere l'applicabilità delle previsioni del presente decreto anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi».

Come emerge dalla disposizione appena evocata, l'ambito soggettivo di applicazione della documentazione antimafia è suscettiva di estensione anche ai rapporti interprivati, in applicazione di protocolli di legalità.

In questa prospettiva, il legislatore ha raccolto il monito di Cons. Stato, sez. III, n. 452/2020[83] che, *de lege lata*, aveva negato che la prefettura potesse adottare un'interdittiva antimafia su richiesta di un'impresa privata, quand'anche questa avesse in tal senso stipulato un protocollo di legalità con il Ministero dell'interno, auspicando tuttavia un intervento legislativo volto ad ampliare la platea dei soggetti abilitati a richiedere la documentazione antimafia anche alle imprese private.

17. Conclusioni. È giusto difendere le informative antimafia?

Si è espresso, nel corso di queste pagine, l'avviso della legittimità delle interdittive antimafia. E questo senza disconoscere talune ragioni a sostegno delle voci critiche che stanno animando il dibattito giuridico.

In realtà, si tratta di un tema nel quale il formante dottrinale e quello giurisprudenziale sembrano a tratti inconciliabili, ad onta di quel fecondo dialogo che solitamente contraddistingue l'accademia e le corti.

Facile, ma forse non privo di fondamento, osservare come la giurisprudenza debba forse farsi carico anche di istanze di tenuta del sistema, mentre la dottrina svolge il proprio compito di *watch-dog* a tutela dello Stato di diritto.

[83] Annotata da Petronelli (2020 b). V. anche Minelli (2020).

Epperò, come argomentato, non sembra che l'istituto assuma caratteri eversivi, sacrificando – in nome della lotta alla mafia – gli irrinunciabili valori costituzionali.

Le interdittive paiono rispettare – come il giudice delle leggi ha rimarcato – i principi di legalità, di difesa, di iniziativa economica, nonché, si aggiunge, quello di libertà personale (che non viene in gioco nella fattispecie).

Ciò non vuol dire che questo sia il migliore dei mondi possibili: la vivificazione della partecipazione procedimentale pare essere un elemento fondamentale non solo in chiave defensionale nell'interesse del privato, ma anche conoscitiva e collaborativa, potendo fornire al decisore amministrativo elementi gnoseologici rilevanti.

Anche un maggiore gradualismo delle misure potrebbe essere auspicabile, così da evitare una dicotomia tra interdittiva e informazione liberatoria. In questa linea ragionativa si inscrive, ad esempio, una recente proposta della Direzione investigativa antimafia, che, nella seconda relazione semestrale del 2020, ha suggerito di confidare al Prefetto, nei casi di occasionalità dell'agevolazione mafiosa,

> il potere di imporre prescrizioni al soggetto economico interessato per eliminare l'eventuale rischio di inquinamento. La verifica sull'osservanza delle prescrizioni potrebbe essere affidata al personale dell'Ufficio Territoriale di Governo, eventualmente coadiuvato da quello posto a disposizione dalla Questura del luogo e dalle articolazioni provinciali della DIA e delle altre Forze di polizia.

Ancora, si ritiene essere opportuna una revisione in chiave sistematica degli istituti dell'antimafia, anche a vocazione terapeutica, allo scopo di "ritagliare" più esattamente le fattispecie-presupposto ed evitare sovrapposizioni e ridondanze, che potrebbero minare la certezza del diritto e creare disparità di trattamento. In questa logica, anche senza voler immaginare l'unificazione della competenza in capo al giudice della prevenzione dell'intera panoplia antimafia (Amarelli 2021), sembrerebbe imporsi l'esigenza di una razionalizzazione del sistema, anche attraverso la codificazione di strumenti di coordinamento tra tribunali e prefetture.

Tuttavia, si tratta di riconoscere la necessità di una *manutenzione evolutiva*, senza, nell'avviso di chi scrive, mettere in discussione il sicuro valore e l'appropriatezza della titolarità di uno strumento irrinunciabile per proteggere l'economia legale dalle mire mafiose.

Bibliografia

Albanese, D. (2019), *Le Sezioni unite ridisegnano il volto del controllo giudiziario "volontario" (art. 34*-bis, *co. 6, d.lgs. 159/2011) e ne disciplinano i mezzi di impugnazione*, in *Sistema penale*, 28 novembre.

Alesci, T. (2018), *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, in *Giurisprudenza italiana*, 6, p. 1518 ss.

Amarelli, G. (2017), *L'onda lunga della sentenza De Tommaso. Ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica'* ex *art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4.

Amarelli, G. (2019), *Le interdittive antimafia generiche tra interpretazione tassativizzante e dubbi di costituzionalità*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (cur.), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino: Giappichelli.

Amarelli, G. (2020 a), *Interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: la Cassazione delinea un nuovo ruolo per le Prefetture?*, in *Sistema penale*, 10 aprile.

Amarelli, G. (2020 b), Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare, in *Giustizia insieme*, 17 luglio, *www.giustiziainsieme.it*.

Amarelli, G. (2021), *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario*, in *Sistema penale*, 10 marzo.

Amore, A. (2020), *Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia*, in *Urbanistica e appalti*, 2, pp. 243 ss.

Arlacchi, P. (1983), *La mafia imprenditrice. L'anima mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Bologna: il Mulino.

Bordin, L (2020), *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in *Federalismi.it*, 22, p. 34 ss.

Borsari, R. (2018), *Misure per il contrasto alla criminalità d'impresa*, in *Diritto on line*, leggibile nel sito *www.treccani.it*.

Caia, G. (2003), *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. Cassese (cur.), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, Milano: Giuffrè.

Cantone, R, B. Coccagna (2018), *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10.

Caretti, P. (1994), *Libertà personale* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino: Utet giuridica, p. 231 ss.

Cariola, A. (2021), *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, in *Diritti fondamentali*, 1.

Chinnici, C. (2020), *L'interdittiva antimafia e i rapporti con le altre misure di tipo terapeutico*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Clemente Di San Luca (1994), G., *Libertà dell'arte e potere amministrativo*, Napoli: Editoriale Scientifica.

Colamedici, J. (2019), *Le interdittive antimafia tra discrezionalità e arbitrio*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 2.

Corso, G. (1995), *Ordine pubblico nel diritto amministrativo* (1995), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino: Utet giuridica, p. 437 ss.

De Pascalis, A. (2019), *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (cur.), *Le*

interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici, Torino: Giappichelli.

Di Maria, R., A. Amore (2021), *Effetti "inibitori" della interdittiva antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in *Federalismi.it*, 12.

Durante, N. (2016), *I tentativi di infiltrazione mafiosa*, Relazione del 15 dicembre 2016 al convegno sul tema «L'interdittiva antimafia», organizzato a Vibo Valentia dall'Associazione forense vibonese.

Famiglietti, F. (2013), *Le funzioni di polizia: inquadramento storico-generale e approccio alle categorie di specie*, in F. Caringella, A. Iannuzzi, L. Levita (cur.), *Manuale di diritto di pubblica sicurezza*, Roma: Dike Giuridica.

Figorilli, F., W. Giulietti (2021), *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 14.

Gambacurta, S. (2013), *La documentazione antimafia: tipologia e contenuto*, in A. Cisterna, M.V. De Simone, B. Frattasi, S. Gambacurta, *Codice antimafia*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli, p. 169.

Garofoli, R., G. Ferrari (2019), *Sicurezza pubblica e funzioni amministrative di contrasto alla criminalità: le interdittive antimafia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Grevi, V. (1996), *Libertà personale* (voce), in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. V, Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana, p. 297 ss.

La Marca, A. (2021), *Documentazione antimafia e status di collaboratore o testimone di giustizia*, in *La legislazione penale*, 23 luglio.

Lemmo, G.L. (2019), *Il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali in caso di annullamento dell'interdittiva*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (cur.), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino: Giappichelli.

Longo, A. (2019), *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi.it*, 19.

Longo, A. (2020), *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2.

Maglione, P.S., *Prevenzione patrimoniale al crocevia tra giudice penale e prefettura: lo "strano caso" del controllo giudiziario volontario*, in *Federalismi.it*, 15.

Mainardis, C. (2008), *Art. 13*, in S. Bartole, R. Bin (cur.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova: Cedam, pp. 101-114.

Marazzita, G. (2021), *L'inviolabilità del corpo come antagonista della "grundnorm". Libertà personale e forma di Stato*, in *Federalismi.it*, 11, p. 108 ss.

Mazzamuto, M. (2016 a), *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese* versus *misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere al codice antimafia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile.

Mazzamuto, M. (2016 b), *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm*, 3.

Mazzamuto, M. (2020), *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in *Sistema penale*, 3, pp. 5 ss.

Mezzotero, A., S.P. Putrino Gallo (2017), *Il sistema delle informative antimafia nei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 2.

Miccichè, C. (2019), *L'azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia*, in *Jus*, 1.

Minelli, D. (2019), *"White list" e interdittive antimafia. Nota a Cons., sez. III, 3 aprile 2019, n. 2211*, in *Urbanistica e appalti*, 5.

Minelli, D. (2020), *L'irrilevanza delle interdittive antimafia nei rapporti tra privati*, in *Urbanistica e appalti*, 3.

Noccelli, M. (2020), *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Petronelli, A. (2019), *L'informativa antimafia "atipica" non è suscettibile di scadenza e legittima la successiva adozione dell'atto rescissorio*, in *Giustamm*, 11.

Petronelli, A. (2020 a), *La risalenza nel tempo non determina l'automatica mancanza di attualità degli elementi indiziari*, in *Giustamm*, 1.

Petronelli, A. (2020 b), La documentazione antimafia è inutilizzabile nei rapporti tra privati, in *Giustamm*, 1.

Piemontese, F. (2021), *Le sanzioni interdittive tra codice antimafia e modello della responsabilità amministrativa degli enti da reato*, in *Federalismi.it*, 14.

Ranelletti, O. (1908), *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (cur.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, Milano: Società editrice libraria.

Rolli, R., M. Maggiolini (2021), *Interdittiva antimafia e giudicato penale*, in *Giustizia insieme*, 17 maggio.

Ruberto, R. (2020), *Informazione antimafia. Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, p. 683 ss.

Ruotolo, M. (2006), *Art. 13*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino: Utet giuridica, pp. 321-341.

Salamone, V. (2019), *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli: Editoriale Scientifica.

Sammarco, F. (2020), *Le garanzie partecipative nei procedimenti interdittivi antimafia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Scoca, F.G. (2018), *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm*, 6.

Sempreviva, M.T. (a cura di) (2020), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'interno*, Roma: Dike Giuridica.

Tonnara, P. (2017), *Informative antimafia e discrezionalità del prefetto*, in *Urbanistica e appalti*, 2.

Trappolini, C. (2020), *Al vaglio della Corte di Giustizia l'informativa antimafia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, p. 537 ss.

Vergine, F. (2018), *Le misure patrimoniali diverse dalla confisca*, in F. Fiorentin (cur.), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino: Giappichelli.

Visconti, C. (2019), *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (cur.), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino: Giappichelli.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

Saggi

Abstract

Anti-Mafia Interdiction, an Institution Under Attack?

Anti-mafia interdictions represent an advanced frontier in the fight against mafia infiltration in the economy. The institution has been subjected to intense criticism by the doctrine, which has not, however, been acknowledged by the Constitutional Court and the Council of State. In this brief contribution, given the main positions that have emerged in the legal debate, the conclusion is reached that the measure is legitimate, even though the need for greater procedural openness is acknowledged.

Keywords: Anti-Mafia Interdiction; Anti-Mafia fight; enterprise; security.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

Osservatorio sulla giurisprudenza

La revoca della cittadinanza tra sicurezza nazionale e diritti. Note a margine del caso *Shamima Begum*

di Maria Dicosola *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso *Shamima Begum*. – 3. La cittadinanza è un diritto o un privilegio? La revoca della cittadinanza tra discrezionalità del Segretario di Stato e limiti giurisdizionali. – 4. La revoca della cittadinanza tra discrezionalità del Segretario di Stato e diritto ad un'udienza equa: il caso *Begum*. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Il 26 febbraio 2021, con sentenza *R (on the application of Begum) v. Special Immigration Appeals Commission*[1], la Corte Suprema britannica si è pronunciata nel caso relativo alla revoca della cittadinanza disposta a carico di

* Professoressa associata in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Bari «A. Moro». Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); versione definitiva ricevuta il 4 agosto 2021.

[1] *R (on the application of Begum) (Appellant) v Special Immigration Appeals Commission (Respondent) R (on the application of Begum) (Respondent) v Secretary of State for the Home Department (Appellant) Begum (Respondent) v Secretary of State for the Home Department (Appellant)[2021]* UKSC 7.

Shamima Begum, una cittadina inglese per nascita sul territorio, che, nel 2015, all'età di 15 anni, si reca in Siria per unirsi all'Isis. Nell'accogliere il ricorso del Segretario di Stato contro le sentenze pronunciate in secondo grado dalla Corte d'Appello e della *Divisional Court*[2], i giudici supremi hanno confermato la legittimità della revoca, disposta mentre la destinataria si trovava ancora in Siria, in un campo profughi. Vengono invece rigettati definitivamente i motivi di ricorso presentanti da Begum, secondo i quali il provvedimento, impedendole di fare rientro nel Regno Unito, la esponeva al rischio di subire maltrattamenti e alla violazione dei diritti fondamentali, tra i quali, in particolare, il diritto a un'udienza equa nell'ambito del procedimento giudiziario contro la decisione di denazionalizzazione. La sentenza, che ha ricevuto ampia eco nei media britannici e internazionali, suggerisce alcune riflessioni in merito alle problematiche connesse con la revoca della cittadinanza nel Regno Unito, misura progressivamente ampliata a garanzia dell'interesse pubblico alla sicurezza nazionale, nel contesto delle politiche di contrasto al terrorismo.

In effetti, a partire dagli attentati dell'11 settembre 2001, e soprattutto a seguito dell'istituzione del c.d. "Stato islamico" (Vedaschi 2016), il fenomeno del terrorismo di matrice *jhiadista* rappresenta una delle più gravi minacce alla sicurezza nazionale degli Stati. Negli ultimi anni, tra le misure volte a prevenire e contrastare la minaccia terroristica, molti Paesi hanno introdotto, sulla base di un'interpretazione estensiva della risoluzione delle Nazioni Unite n. 2178 del 24 settembre 2014, la revoca della

[2] *R (Begum) v Special Immigration Appeals Commission (UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism intervening)* [2020] EWCA Civ 918; [2020] 1 WLR 4267.

cittadinanza come sanzione nei confronti di cittadini radicalizzati (Lepoutre 2020). Si tratta, come è evidente, di una misura di particolare severità, basata sull'idea in base alla quale la cittadinanza non sia l'oggetto di un diritto, ma un privilegio (Raimondo 2019), fondato su contratto, che può essere legittimamente risolto qualora venga meno il legame di fedeltà tra l'individuo e l'ordinamento (Macklin 2015). L'applicazione di tale misura, che riafferma il principio per cui la cittadinanza rientra pienamente nel *domain réservé* degli Stati, nonostante l'introduzione, nel diritto internazionale, di regole volte a garantire il diritto alla cittadinanza degli individui (Panella 2015, 2012), richiede pertanto il rispetto di rigide garanzie, volte a bilanciare ragionevolmente l'interesse pubblico alla sicurezza con i diritti fondamentali dell'individuo che ne sia destinatario (Casiello 2017). Al contrario, qualora tale bilanciamento non sia assicurato, la revoca della cittadinanza rischia di tradire i valori sui quali gli stessi Stati liberali sono fondati (Joppke 2016).

Nel panorama del diritto comparato, il Regno Unito si distingue per la particolare ampiezza dei poteri concessi al Segretario di Stato nel disporre la revoca della cittadinanza e, specularmente, per le ridotte garanzie per l'individuo che ne sia destinatario, con riferimento, non solo, in via diretta, al diritto alla cittadinanza, ma anche, in via indiretta, alla violazione di ulteriori diritti fondamentali, per effetto dell'adozione del provvedimento. La Corte Suprema, dopo alcuni iniziali tentativi volti a contrapporre ai poteri di revoca il diritto alla cittadinanza, ne ha tuttavia confermato la costituzionalità, sulla base del principio in base al quale il diritto alla cittadinanza può essere oggetto di bilanciamento con l'interesse pubblico alla sicurezza nazionale. Con la sentenza in commento, la Corte ag-

giunge un ulteriore tassello al percorso di legittimazione dei poteri di revoca nel contesto del contrasto al terrorismo, in relazione alle problematiche derivanti dall'applicazione delle misure di denazionalizzazione. La Corte, in effetti, non rimettendo in discussione l'interpretazione restrittiva già consolidata nella giurisprudenza precedente sulla violazione diretta del diritto alla cittadinanza, precisa che il provvedimento di revoca è legittimo anche qualora la sua adozione mentre il destinatario si trovi al di fuori del territorio britannico determini la conseguente violazione di ulteriori diritti fondamentali. Tali conclusioni si fondano sul presupposto in base al quale, come sottolineano i giudici supremi, nell'esercizio del potere di denazionalizzazione la discrezionalità del Segretario di Stato è piena e si giustifica in considerazione dell'eccezionale gravità delle circostanze nelle quali è esercitato. La pronuncia, dunque, suggerisce alcune riflessioni sugli aspetti problematici relativi non solo all'interpretazione restrittiva del diritto alla cittadinanza nel Regno Unito, ma anche all'ampiezza della discrezionalità riconosciuta al Segretario di Stato nell'esercizio dei poteri di revoca.

2. Il caso *Shamima Begum*

Come anticipato, la sentenza della Corte Suprema del 26 febbraio 2021 trae origine dall'adozione di un provvedimento di revoca della cittadinanza disposto dal Segretario di Stato britannico, il 19 febbraio 2019, per motivi di interesse pubblico, nei confronti di Shamima Begum, mentre quest'ultima si trovava in un campo profughi in Siria. L'adesione all'Isis

e il viaggio in Siria, infatti, vengono considerati prove sufficienti per dedurre la radicalizzazione della cittadina, e dunque motivo di grave pericolo per la sicurezza nazionale, tale da giustificarne la denazionalizzazione ai sensi dell'art. 40 del *British Nationality Act* (BNA).

Il 3 maggio dello stesso anno, Begum richiede l'autorizzazione a rientrare nel Regno Unito per diverse motivazioni, legate tra l'altro alla violazione dei diritti previsti dallo *Human Rights Act*, la legge che incorpora nell'ordinamento britannico la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui rispetto si impone nei confronti degli organi dell'amministrazione pubblica, *ex* art. 6 della legge. La richiesta viene tuttavia rigettata dal Segretario di Stato per motivi procedurali e di merito[3].

Sia il provvedimento di revoca della cittadinanza che il diniego dell'autorizzazione a entrare nel Regno Unito vengono pertanto impugnati dalla ricorrente, nell'ambito di tre diversi procedimenti, in primo grado, innanzi alla *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC)[4] e alla Corte Amministrativa. Nei ricorsi, si lamenta non solo, in senso stretto, la violazione del diritto alla cittadinanza, ma anche la violazione dei diritti fondamentali, per effetto dell'adozione del provvedimento mentre quest'ultima si

[3] Sul piano formale, infatti, la richiesta viene respinta in quanto la richiedente aveva rifiutato di fornire le impronte digitali e una fotografia, necessarie per l'avvio del procedimento. Quanto al merito, secondo il Segretario di Stato, la Cedu non doveva ritenersi applicabile nel caso di specie, e, anche qualora fosse stata ritenuta applicabile, non vi era alcuna prova che il diniego della richiesta di ingresso nel Regno Unito ne avrebbe determinato la violazione.

[4] Come si vedrà meglio in seguito, la SIAC è una commissione speciale competente a deliberare, sulla base di una procedura riservata, sui ricorsi contro provvedimenti di revoca della cittadinanza, nei casi in cui il Segretario di Stato abbia disposto l'esclusione del diritto di ricorso presso le corti ordinarie.

trovava in Siria e del diniego dell'autorizzazione a rientrare nel Regno Unito. In particolare, come si sottolinea nei ricorsi, il provvedimento di revoca della cittadinanza, costringendo Begum a permanere nel campo profughi siriano, da una parte, la esponeva a condizioni di vita estremamente precarie e al rischio concreto di subire maltrattamenti e, dall'altra, le impediva di esercitare efficacemente il diritto di difesa nell'ambito del procedimento giudiziario contro il provvedimento. I ricorsi vengono rigettati in primo grado[5], ma accolti in secondo grado, integralmente dalla Corte d'Appello e parzialmente dalla *Divisional Court*, con riferimento al profilo dell'adozione del provvedimento mentre la giovane si trovava al di fuori del territorio britannico. L'effetto delle due sentenze, combinate, è dunque quello di consentire a Shamima Begum di fare rientro nel Regno Unito, allo scopo di partecipare personalmente alla propria difesa nell'ambito del procedimento giudiziario.

Le decisioni, tuttavia, sono state impugnate dal Segretario di Stato innanzi alla Corte Suprema, che ha accolto integralmente il ricorso, pronunciandosi all'unanimità con la sentenza in commento. In particolare, i giudici supremi hanno giudicato la sentenza della Corte d'Appello viziata per motivi sia procedurali che di merito. Sul piano procedurale, con riferimento al procedimento contro la revoca della cittadinanza, la sentenza della Corte d'Appello, a giudizio della Corte Suprema, viola il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, in quanto il profilo della violazione dell'art. 6 dello *Human Rights Act*, che costituiva l'oggetto del ricorso, non è invece considerato nella sentenza della Corte d'Appello.

[5] *Begum v Secretary of State for the Home Department* (Appeal No SC/163/2019) [2020] HRLR 7; *R (Begum) v Secretary of State for the Home Department* [2020] EWHC 74 (Admin).

Con riferimento ai profili sostanziali, i giudici supremi ritengono che la sentenza sia viziata poiché, nell'accogliere il ricorso, la Corte d'Appello si è pronunciata nel merito di una decisione del Segretario di Stato che non può essere oggetto di controllo giurisdizionale, in quanto affidata alla sua discrezionalità. In effetti, la discrezionalità del Segretario di Stato in materia di revoca della cittadinanza e di autorizzazione all'ingresso nel Regno Unito, secondo la Corte Suprema, è piena e legittimata dal Parlamento, nei cui confronti è democraticamente responsabile. Inoltre, come sostenuto dai giudici supremi, la Corte d'Appello ha erroneamente stabilito che, nel caso di conflitto tra il diritto a un'udienza equa e la sicurezza nazionale, debba prevalere il primo. Al contrario, il diritto ad un'udienza equa è destinato a cedere qualora, come nel caso di specie, tale diritto debba essere bilanciato con contrapposti interessi pubblici di vitale rilevanza. Alla luce di queste considerazioni, nel caso *Begum*, l'unica soluzione possibile, a giudizio della Corte Suprema, è quella della sospensione l'appello fino a che la ricorrente non sia nelle condizioni di prendere parte attivamente al processo, senza che la sicurezza pubblica, al contempo, sia compromessa. La Corte riconosce espressamente come tale soluzione non possa essere considerata "perfetta", ma la considera l'unica possibile alla luce di un dilemma come quello del caso sottoposto al suo esame.

Le conclusioni della sentenza, dunque, si incentrano, da una parte, sulla discrezionalità del Segretario di Stato nel disporre dei poteri di revoca, e, dall'altra sul principio in base al quale i diritti fondamentali dell'individuo possano essere destinati a cedere nel caso di bilanciamento con interessi pubblici contrapposti, tra i quali la sicurezza nazionale occupa un ruolo di primo piano. Nell'elaborare tali argomentazioni, come

si vedrà nei paragrafi seguenti, la Corte mostra di seguire il *fil rouge*, delineato nella sua giurisprudenza precedente, in base al quale la risposta più efficace alla minaccia del terrorismo è costituita dall'ampiezza dei poteri degli organi dell'Esecutivo, anche a costo della limitazione dei diritti fondamentali, tra cui, in primo luogo, lo stesso diritto alla cittadinanza.

3. La cittadinanza è un diritto o un privilegio? La revoca della cittadinanza tra discrezionalità del Segretario di Stato e limiti giurisdizionali

Fino al 1914, nel Regno Unito la cittadinanza, espressione di *perpetual allegiance* tra individuo e sovrano, non era considerata revocabile. Non a caso, il tentativo del Governo Gladstone di proporre un disegno di legge sulla base del quale fosse attribuito al Segretario di Stato il potere di revocare la naturalizzazione, definito da Lord Haungton «a very trascendental power – more than ought to be entrusted to any man», fu rigettato (Gibney 2013).

Tuttavia, nell'imminenza dell'ingresso del Regno Unito nella Prima Guerra Mondiale, il clima di ostilità nei confronti degli stranieri e dei cittadini naturalizzati – in modo particolare di origine tedesca – si è tradotta nell'adozione, nel 1914, da una parte, dell'*Alien Restoration Act*, che facilitava la deportazione in massa di stranieri sospettati di avere legami con le potenze nemiche e, dall'altra, del *British Nationality Act*, che prevedeva la revoca della naturalizzazione, qualora acquisita con frode. I poteri di revoca della cittadinanza sono stati ampliati con il *British National and Status of Aliens Act*, del 1918, in base al quale il Segretario di Stato avrebbe

potuto disporre la denaturalizzazione qualora avesse ritenuto che la permanenza dell'individuo nella comunità dei cittadini fosse «not conducive to the public good». In particolare, la revoca poteva essere disposta per "effettivo trasferimento di fedeltà", che si desumeva nel caso di residenza all'estero per più di cinque anni a partire dalla naturalizzazione, dimostrazione di "cattivo carattere" al momento della naturalizzazione, comportamento criminale e infedeltà al sovrano britannico. Più in generale, il Segretario di Stato poteva annullare il certificato di naturalizzazione qualora il cittadino «had shown himself, by act or by speech, to be disaffected or disloyal to His Majesty».

La giustificazione teorica del potere di revoca della naturalizzazione si basava sul principio in base al quale la cittadinanza acquistata dopo la nascita non fosse un diritto ma un privilegio che presupponeva la stipula di un contratto tra l'individuo e lo Stato, dal quale derivavano diritti ed obblighi reciproci. In particolare, la naturalizzazione, come sostenuto nel dibattito parlamentare che ha preceduto l'adozione della misura, presupponeva la generica dichiarazione da parte del soggetto di possedere una buona indole[6] e la promessa di assumere comportamenti corretti nonché di dimostrare fedeltà allo Stato. La violazione di tali promesse avrebbe determinato la revoca della concessione del privilegio della cittadinanza britannica.

Il *British National Act* del 1948, se da una parte estendeva anche ai cittadini per registrazione la possibilità della revoca della cittadinanza nel

[6] *Good character*, nel linguaggio giuridico britannico, correntemente in uso con riferimento ai requisiti per ottenere la cittadinanza per naturalizzazione.

caso di frode o misrappresentazione, dall'altra restringeva i casi denaturalizzazione, prevedendola esclusivamente nel caso di mancanza di fedeltà, collaborazione con paesi nemici, atti criminali e acquisto fraudolento della cittadinanza.

Ad ogni modo, salvo che in certi casi relativi ad attività di spionaggio sia nel corso delle due guerre mondiali sia durante la Guerra Fredda, il potere di revoca della cittadinanza ha trovato limitata attuazione e a partire dagli anni Settanta del XX secolo era ormai caduto in disuso (Troy 2019).

Per questa ragione, il dibattito parlamentare sulla conferma, nel *British Nationality Act* del 1981, del potere del Segretario di Stato di revocare la cittadinanza acquistata per naturalizzazione e registrazione, è stato lungo e complesso. Tale competenza, tuttavia, è stata prevista, sempre sulla base dell'idea secondo la quale ai cittadini naturalizzati o registrati è concesso un privilegio, che può essere soppresso nel caso di comportamenti incompatibili con il dovere di fedeltà nei confronti dello Stato. Nelle parole di Lord McKay, «Citizenship is a privilege, and we think it reasonable that there should be power in the last resort to deprive someone who has voluntarily sought our citizenship (…) and who then acts against the interests of this country or behaves in a way that brings discredit on the grant of citizenship to him» (Gibney 2014, 330). Sulla base dell'art. 40 BNA nella sua originaria formulazione, così, si attribuiva al Segretario di Stato il potere di revoca della cittadinanza nel caso di frode, falsa rappresentazione o occultamento di fatti materiali nel corso del processo di naturalizzazione o registrazione[7]. La disposizione, ad ogni modo, non ha determinato

[7] Art. 40(1) BNA 1981: «Subject to the provisions of this section, the Secretary of State may by order deprive any British citizen to whom this subsection applies of his British

l'immediato rafforzamento del potere di revoca della cittadinanza, sul quale però si è riaperto un acceso dibattito nel 2001, nel contesto, da una parte, della crisi delle politiche multiculturali che hanno trovato espressione in particolare negli scontri etnici nella città di Oldham, e, dall'altra, dall'emergenza determinata dal terrorismo, innescata dagli attacchi alle Torri Gemelle dell'11 settembre.

È stato in tale clima che, con il White Paper *Secure Borders, Safe Haven*, si è aperto il dibattito che ha condotto all'adozione, nel 2002, del *Nationality, Immigration and Asylum Act*, il quale, oltre a rafforzare in senso restrittivo le condizioni per l'accesso alla naturalizzazione, ha ampliato i casi di revoca della cittadinanza. Il NIA ha inaugurato d'altra parte un processo di progressivo rafforzamento dei poteri di revoca della cittadinanza, che si è realizzato dapprima con l'*Immigration, Asylum and Nationality Act*del 2006 e successivamente con l'*Immigration Act* del 2014 (Gibney 2014).

In particolare, il *Nationality, Immigration and Asylum Act* del 2002 ha notevolmente ampliato la discrezionalità del Segretario di Stato nel disporre la revoca della cittadinanza, sostituendo i casi elencati nella versione originaria dell'art. 40 del *British Nationality Act* con una clausola generale, che prevede l'applicazione di tale misura ogni qual volta il Segretario di Stato ritenga che un cittadino abbia agito in modo «seriously prejudicial to the interests of the UK». La discrezionalità del Segretario di Stato è inoltre ulteriormente rafforzata dalla possibilità di escludere il diritto di ricorso amministrativo presso le Corti ordinarie contro le decisioni

citizenship if the Secretary of State is satisfied that the registration or certificate of naturalisation by virtue of which he is such a citizen was obtained by means of fraud, false representation or the concealment of any material fact».

di revoca, qualora siano state assunte sulla base di prove che devono restare riservate ovvero per esigenze di sicurezza nazionale. In tali ipotesi, resta a disposizione dell'individuo privato della cittadinanza il ricorso alla *Special Immigration Appeals Commission*, una commissione speciale che però, deliberando sulla base di una procedura riservata, non offre le stesse garanzie delle Corti ordinarie in merito al rispetto delle regole del giusto processo (Weil, Handler 2018)[8].

Dal 2002, la revoca può essere disposta non solo nei confronti dei cittadini naturalizzati e registrati, ma anche nei confronti di coloro che abbiano acquistato la cittadinanza *iure soli.* In tal modo, la riforma ha segnato il *revival* di un potere, che dagli anni settanta dello scorso secolo era dormiente, e che trova ampia applicazione soprattutto nei confronti di cittadini britannici radicalizzati che partecipano ad atti terroristici di matrice islamica (McGuinness, Gower 2017).

Si tratta di misure adottate allo scopo di offrire maggiori garanzie di sicurezza nazionale, a giudizio dei Governi dell'epoca minacciata, sul piano interno, da una insoddisfacente integrazione tra comunità diverse accomunate dal possesso della cittadinanza britannica ma contrapposte sulla base di culture di riferimento spesso incompatibili, e, sul piano internazionale, dalle problematiche della radicalizzazione e del terrorismo. Due fenomeni distinti ma fortemente interconnessi ai quali si rispondeva sulla base della teoria – già inaugurata in occasione delle prime misure di revoca della cittadinanza – secondo la quale tale status non si configuri

[8] Sulle problematiche derivanti dal procedimento innanzi alla SIAC, si veda il rapporto della House of Commons, Constitutional Affairs Committee, *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the Use of Special Advocates*, Seventh Report of Session 2004-05, vol. I, 3 aprile 2005, HC 323-I.

come un diritto incondizionato, ma come un privilegio, non solo qualora sia acquisita dopo la nascita ma anche quando sia acquisito *iure soli.* In entrambi i casi, infatti, la cittadinanza è ritenuta espressione di integrazione nella comunità nazionale[9] e può essere revocata qualora ne vengano meno i presupposti (Mantu 2015). In effetti, l'ampliamento dei poteri di revoca e l'irrigidimento delle condizioni per l'acquisto della cittadinanza rappresentano due facce della medesima medaglia (Puzzo 2016) e due fenomeni che affondano nella negazione del diritto alla cittadinanza le loro radici.

Inizialmente le Corti, pur non opponendo esplicitamente il diritto alla cittadinanza all'espansione dei poteri di revoca del Segretario di Stato, ne hanno tuttavia circoscritto l'ambito di applicazione. In tal senso, la Corte di Appello, nel caso *Hicks*, nel 2006, ha escluso che il Segretario di Stato possa avviare una procedura di registrazione e, contestualmente, disporre la revoca della cittadinanza per fatti che si siano verificati prima dell'acquisto della cittadinanza. Secondo la Corte, infatti, il potere di revoca presuppone il venir meno del rapporto di fedeltà tra l'individuo e lo Stato, che si può configurare solo in seguito all'acquisto della cittadinanza e dunque può essere riferito esclusivamente a fatti successivi a tale evento[10].

[9] Come affermato nel libro bianco *Secure Borders, Safe Haven. Integration with Diversity in Modern Britain*, 2002.

[10] Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division), *Secretary of State for the Home Department v. David Hicks*, 12 aprile 2006, [2006] EWCA Civ 400. Il caso riguardava un cittadino australiano, il quale, durante la detenzione nel carcere di Guantanamo per reati di stampo terroristico, aveva richiesto la cittadinanza britannica per naturalizzazione. Il Segretario di Stato, pur non negando la registrazione in quanto il richiedente possedeva i requisiti previsti dalla legge, avviava tuttavia contestualmente la procedura di

Il caso *Hicks* tuttavia non ha prodotto effetti concreti, in quanto, nello stesso anno della decisione, con l'*Immigration, Nationality and Asylum Act* – adottato nel contesto dell'ulteriore inasprimento delle misure di contrasto al terrorismo a seguito dell'attentato di Londra del 2005 – l'art. 40 BNA è stato nuovamente modificato: sulla base del testo, così come riformato nel 2006, la revoca della cittadinanza può essere disposta ogni qual volta il Segretario di Stato ritenga che tale misura sia «conductive to the public good». Oltrepassando il limite dell'interconnessione tra l'adozione di comportamenti pregiudizievoli per gli interessi del Regno Unito e la revoca della cittadinanza, la riforma così ha permesso, da una parte, di ampliare la discrezionalità del Segretario di Stato e, dall'altra, di disporre la revoca anche con riferimento a fatti commessi prima dell'acquisto della cittadinanza. Sulla base della legge così riformata, dunque, superando la sentenza della Corte d'Appello, il Segretario di Stato ha potuto legittimamente revocare la cittadinanza britannica a carico di Hicks.

Ad ogni modo, nella fondamentale decisione nel caso *Al-Jedda* del 2013, la Corte Suprema britannica – in quella che appariva come una battaglia tra Parlamento e Corti – ha nuovamente stabilito i limiti entro i quali il potere di revoca del Segretario di Stato deve essere esercitato, affermando il principio secondo il quale tale competenza debba rispettare il diritto alla cittadinanza dell'individuo, che si traduce nel divieto di apolidia. La Corte ha infatti dichiarato che la revoca della cittadinanza, qualora determini l'apolidia dell'individuo, costituisce una violazione del diritto alla

revoca della cittadinanza, ritenendo che Hicks avesse agito arrecando serio pregiudizio agli interessi vitali del Regno Unito, come previsto dall'art. 40 BNA.

cittadinanza, così come previsto dall'art. 15 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. In particolare, nell'opinion di Lord Wilson[11] si richiama la definizione del diritto alla cittadinanza come «the man's basic right for it is nothing less than the right to have rights», nella celebre dissenting opinion del giudice Warren nel caso *Perez v. Brownell* della Corte Suprema statunitense. Come precisano i giudici supremi britannici – secondo una formulazione che ricorda la definizione del diritto alla cittadinanza come diritto all'identità personale introdotta nella giurisprudenza delle Corti sovrastatali regionali[12] – il diritto ad avere diritti è tanto più fondamentale in quanto «a person's right to have rights stems (…) from his existence as a human being»[13]. Per escludere il contrasto tra la decisione di revoca e il diritto alla cittadinanza è necessario, a giudizio della

[11] Alla quale aderiscono Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Mance e Lord Carnwath.

[12] L'idea che il diritto alla cittadinanza abbia una natura strumentale, funzionale alla tutela del nucleo duro dei diritti fondamentali della persona, che include, in modo particolare, il diritto all'identità personale, emerge con chiarezza in tutta la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, della Corte europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza regionale africana. Si veda, *ex multis*, Corte IDU, *Case of Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, 2014;Corte EDU, *Case of Genovese v. Malta, Application n. 53124/09*, 11 ottobre 2011; Commissione africana di esperti sui diritti e il benessere dell'infanzia (ACERWG), *Institute for Human Rights and Development in Africaand Open Society Justice Initiative on Behalf of Children of Nubian Descent in Kenya v. The Government of Kenya*, n. 002/Com/002/2009.

[13] Corte Suprema RU, *Secretary of State for the Home Department (Appellant) v Al-Jedda (Respondent)*, 9 ottobre 2013, [2013] UKSC 62, § 12.

Corte, che l'individuo possieda una cittadinanza ulteriore rispetto a quella britannica[14].

La Corte Suprema britannica, così, nella sua giurisprudenza in merito ai poteri di revoca, mostra di riconoscere il diritto alla cittadinanza, aderendo tuttavia alla concezione minima che lo individua esclusivamente nel divieto di apolidia, che peraltro viene inteso con esclusivo riferimento all'apolidia di diritto, restando escluso qualsiasi divieto di generare situazioni di apolidia di fatto (Mantu 2014). La revoca della cittadinanza, in tal senso, non è considerata legittima esclusivamente nel caso in cui determini la perdita dell'unica cittadinanza dell'individuo, sul piano formale, mentre è consentita nelle ipotesi in cui determini l'apolidia di fatto, che si verifica qualora il soggetto sia in possesso di una seconda cittadinanza, ma quest'ultima sia oggetto di contestazione da parte dello Stato di riferimento, ovvero qualora, l'individuo, nonostante il possesso di tale *status*,

[14] Il caso trae origine dal ricorso presentato da Al-Jedda, un cittadino britannico naturalizzato, di origini irachene, che nel 2004 si reca in Iraq, dove viene arrestato per sospetta adesione ad un gruppo terroristico. Dopo il rilascio, si reca in Turchia, dove viene informato che il Segretario di Stato ha disposto nei suoi confronti la revoca della cittadinanza britannica ex art. 40 BNA. Al-Jedda presenta ricorso alla SIAC, sostenendo che il provvedimento lo avrebbe reso apolide, in quanto l'acquisto della cittadinanza britannica aveva determinato, sulla base della legislazione irachena, la perdita della cittadinanza dell'Iraq. Il ricorso, rigettato in primo grado dalla SIAC, viene accolto dalla Corte d'Appello. Il Segretario di Stato, tuttavia, presenta ricorso alla Corte Suprema, sostenendo che, in base ad una legge in vigore dal 2004 al 2006, Al-Jedda avrebbe potuto richiedere ed ottenere nuovamente la cittadinanza irachena. La revoca della cittadinanza britannica, dunque, avrebbe determinato l'effetto di rendere Al-Jedda apolide, ma esclusivamente a causa della sua inerzia nel richiedere la cittadinanza del suo Paese origine. Per queste ragioni, la revoca doveva ritenersi legittima. La Corte Suprema rigetta il ricorso, ritenendo al contrario che, ai fini dell'esclusione della violazione del divieto di apolidia, è necessario che l'individuo possieda effettivamente una seconda cittadinanza.

si veda ad ogni modo negare i diritti che ne derivino, o non disponga dei documenti idonei a provarla.

È coerente con tale approccio anche la giurisprudenza della SIAC: uno dei pochi motivi di accoglimento dei ricorsi da parte della Commissione, infatti, è rappresentato dalla circostanza per cui dalla revoca della cittadinanza derivi l'apolidia di diritto dell'individuo. Nel caso *Abu Hamza* del 2010[15], infatti, la Commissione accoglie un ricorso contro la revoca della cittadinanza, in quanto il provvedimento avrebbe determinato l'apolidia di diritto del ricorrente. Al contrario, come sostenuto nella sentenza del 2020 nel caso *Shamima Begum*[16], che darà origine alla vicenda giudiziaria conclusa dalla sentenza della Corte Suprema che qui si commenta, il ricorso contro la revoca della cittadinanza viene rigettato in quanto, secondo la SIAC, il provvedimento non rendeva apolide di diritto la ricorrente, in quanto quest'ultima era ritenuta titolare anche della cittadinanza bengalese. Per giungere a tale conclusione, la Commissione elabora un'articolata interpretazione delle fonti bengalesi in materia di cittadinanza, condotta su un piano puramente formale, senza tenere in alcuna considerazione la possibilità che tale interpretazione possa essere oggetto di contestazione da parte delle autorità del Bangladesh.

[15] Special Immigration Appeals Commission, *Abu Hamza v. The Secretary of State for the Home Department*, 5 novembre 2010, app. n. SC/23/2003. Abu Hamza, un cittadino britannico di origini egiziane che aveva perso la cittadinanza egiziana al momento della naturalizzazione nel Regno Unito per effetto della legislazione del suo paese d'origine, aveva subito un provvedimento di revoca della cittadinanza britannica nel 2003.

[16] Special Immigration Appeal Commission, *Shamima Begum v. The Secretary of State for the Home Department*, 7 febbraio 2020, ric. n. SC/163/2019.

La medesima interpretazione è stata sostenuta dalla Corte d'Appello e dalla Corte Suprema, nel caso *Pham*, relativo alla denaturalizzazione disposta nel 2011 a carico di un cittadino britannico di origini vietnamite, per la sua partecipazione ad attività terroristiche[17]. In particolare, come affermato dalla Corte d'Appello nel 2013, la revoca della cittadinanza a carico di Pham doveva essere considerata legittima, non determinandone l'apolidia di diritto, dal momento che il destinatario del provvedimento era anche in possesso della cittadinanza vietnamita[18]. Secondo la Corte, in effetti, è all'apolidia di diritto che fa riferimento l'art. 40 del BNA, coerentemente con gli accordi e i trattati internazionali, tra i quali in primo luogo la Convenzione sulla riduzione dell'apolidia del 1961, ai quali il Regno Unito ha aderito. Al contrario, non era rilevante la circostanza per cui la revoca, come sostenuto dalla difesa di Pham, ne determinava l'apolidia di fatto, in quanto il governo vietnamita non intendeva riconoscerne la cittadinanza, come confermato anche dalla Corte Suprema nel 2015 (Martino 2016)[19].

[17] Il caso, che si è svolto in primo e secondo grado con una procedura riservata, è stato denominato B2 nel giudizio presso la SIAC e la Corte d'Appello e Pham nel giudizio presso la Corte Suprema.

[18] Court of Appeal (civil division), *B2 v. Secretary of State for the Home Department*, 24 maggio 2013, caso n. T2/2012/1974. Nel caso di specie, il ricorrente aveva subito un provvedimento di revoca della cittadinanza per partecipazione ad attività terroristiche. La Corte di appello rigetta il ricorso contro la revoca in quanto la misura non aveva determinato l'apolidia di diritto del ricorrente.

[19] Corte Suprema RU, *Pham (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, 25 marzo 2015, [2015] UKSC 19,*opinion* di Lord Carnwarth, alla quale aderiscono Lord Neuberger, Lady Hale e Lord Wilson, in part. § 20-30.

Nella stessa decisione, la Corte Suprema sottolinea come il diritto alla cittadinanza, oltre ad essere interpretato in termini minimi dalla giurisprudenza britannica, debba anche essere considerato bilanciabile con gli eventuali interessi pubblici contrapposti, tra i quali la sicurezza nazionale occupa un ruolo di primo piano.

È infatti sulla base di tali considerazioni che nel caso *Pham* la revoca della cittadinanza viene considerata ragionevole, in quanto, come sottolinea Lord Sumption, sebbene il diritto alla cittadinanza si collochi all'apice della "scala mobile" dei diritti umani nel Regno Unito, deve tuttavia essere bilanciato con la sicurezza nazionale, che si pone all'estremità opposta[20].

La giurisprudenza britannica, dunque, pur riconoscendo l'esistenza di un diritto alla cittadinanza individuale, ne ha progressivamente limitato il significato e gli strumenti di garanzia, definendone in senso minimo il contenuto e ammettendo che, nel bilanciamento con l'interesse pubblico della sicurezza nazionale, il primo possa soccombere.

Inoltre, tale sia pur minima tutela ha subito un'ulteriore erosione per effetto della riforma dell'art. 40 BNA introdotta dal *Immigration Act* del 2014, che estende ulteriormente la discrezionalità del Segretario di Stato nell'esercizio dei poteri di revoca della cittadinanza anche nei casi nei quali il provvedimento determini l'apolidia dell'individuo. Il Segretario di Stato, infatti, può disporre la denaturalizzazione, qualora ritenga che

[20] [2015] UKSC 19, *opinion* di Lord Sumption, alla quale aderiscono Lord Neuberger, Lady Hale e Lord Wilson, in part. § 108.

l'individuo destinatario della misura abbia agito arrecando serio pregiudizio agli interessi vitali del Regno Unito e abbia ragionevoli motivi per ritenere che sia in grado di ottenere un'altra cittadinanza.

Sulla base dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale qui richiamata, dunque, limitate sono le garanzie contro la violazione diretta del diritto alla cittadinanza britannica, tanto più con riferimento ai cittadini di origini straniere, che sono i principali destinatari delle misure di revoca, essendo in genere in possesso di una seconda cittadinanza o potendo ragionevolmente avviare un procedimento di adozione di una seconda cittadinanza. Questi ultimi, dunque, finiscono per essere titolari di uno status molto meno sicuro rispetto a quello dei cittadini nati sul territorio da genitori britannici (Choudhury 2017). Né il sistema britannico offre maggiori garanzie contro le violazioni di ulteriori diritti, in conseguenza dell'adozione di provvedimenti di revoca della cittadinanza, come il caso *Shamima Begum* dimostra.

4. La revoca della cittadinanza tra discrezionalità del Segretario di Stato e diritto a un'udienza equa: il caso *Begum*

Nel caso *Begum*, l'adozione del provvedimento di revoca della cittadinanza mentre la ricorrente si trovava al di fuori del territorio nazionale, ne impedisce il rientro nel Regno Unito. Si tratta di una prassi consolidata, sebbene raramente oggetto di pronunce giurisdizionali a causa della riservatezza che connota in genere i procedimenti di revoca della cittadinanza, volta, di fatto, a deportare cittadini indesiderati per gravi motivi di sicurezza nazionale.

Tale circostanza, sebbene giustificata da un rilevante interesse pubblico, rischia tuttavia di esporre l'individuo a gravi violazioni dei diritti fondamentali, specie qualora, come nel caso *Begum*, la revoca della cittadinanza costringa il destinatario alla permanenza in un Paese nel quale siano estremamente limitate le garanzie contro le violazioni dei diritti fondamentali. È sulla base di tali considerazioni che si basa la politica del Segretario di Stato sull'applicazione extraterritoriale dei diritti umani, che trae origine dal memorandum redatto dal Segretario di Stato in carica al momento dell'approvazione dell'*Immigration Act* del 2014, in base al quale è stata inaugurata la prassi di non privare gli individui della cittadinanza qualora si trovino al di fuori dell'area di giurisdizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, se vi sia motivo di ritenere che l'adozione del provvedimento in tali circostanze possa determinare una violazione del diritto alla vita o del divieto di tortura, di cui agli art. 2 e 3 della Cedu[21].

La regola, tuttavia, è oggetto di interpretazione restrittiva. Il Segretario di Stato, infatti, è tenuto ad astenersi dall'adozione del provvedimento di revoca solo qualora sussista un rapporto di relazione diretta tra la revoca della cittadinanza e i rischi di violazione degli art. 2 e 3 della Convenzione. A tal fine, la SIAC ha elaborato un doppio test per la valutazione della sussistenza del rischio: il *test of direct consequence*, volto a verificare se l'azione pubblica esponga, come diretta conseguenza, l'individuo al rischio di violazione dei diritti, e il *test of foreseeability*, per stabilire se vi siano motivi sufficienti per ritenere che l'individuo possa essere esposto al rischio. Perché il Segretario di Stato si debba astenere dal privare un

[21] Cit. in *R (on the application of Begum) v. Special Immigration Appeals Commission*, [2021] UKSC 7, par. 21.

individuo della cittadinanza, dunque, il rischio di violazione dei diritti deve costituire una conseguenza diretta ed un effetto prevedibile del provvedimento[22].

Come è evidente, pertanto, la politica sull'applicazione dei diritti umani a livello extraterritoriale offre una tutela estremamente limitata nei confronti degli individui destinatari della misura di revoca della cittadinanza, restando fermo un ampio margine di autonomia per la sua applicazione a favore del Segretario di Stato. Inoltre, come ha specificato la Corte Suprema nella sentenza relativa al caso *Shamima Begum*, deve ritenersi escluso il diritto di ricorso giurisdizionale amministrativo contro provvedimenti di revoca della cittadinanza ritenuti lesivi della politica appena menzionata. Secondo i giudici supremi, infatti, le linee guida menzionate devono essere considerate alla stregua di principi generali volti ad orientare l'operato del Segretario di Stato[23], nell'esercizio di una competenza che rientra nella sua piena discrezionalità[24]. Come specificato dalla Corte, la politica extraterritoriale, pur determinando una serie di conseguenze sul piano del diritto amministrativo, non può essere considerata dotata di forza di legge[25], né altera la natura discrezionale della

[22] SIAC, *X2 v Secretary of State for the Home Department* (Appeal No SC/132/2016), 18 aprile 2018.

[23] *R (on the application of Begum) v. Special Immigration Appeals Commission,* [2021] UKSC 7, par. 122.

[24] *R (on the application of Begum) v. Special Immigration Appeals Commission*, [2021] UKSC 7, par. 121.

[25] *R (on the application of Begum) v. Special Immigration Appeals Commission*, [2021] UKSC 7, par. 123.

decisione del Segretario di Stato. La politica extraterritoriale, come sottolinea la Corte Suprema, infatti, «non è legge» e può essere oggetto di deroga da parte dello stesso Segretario di Stato[26].

Secondo i giudici supremi, di conseguenza, non residua alcun margine per il sindacato sulle decisioni relative alla politica extraterritoriale del Segretario di Stato e, nel caso di specie, la *Divisional Court* e la Corte d'Appello hanno erroneamente ammesso l'appello della ricorrente, in una materia che invece deve restare sottratta al controllo giurisdizionale in quanto riservata alla discrezionalità del Segretario di Stato[27]. La decisione di revoca della cittadinanza, infatti, come specifica la Corte Suprema, costituisce, per natura, un atto affidato dal Parlamento alla discrezionalità del Segretario di Stato, come stabilisce lo stesso art. 40 del *British Nationality Act*. La discrezionalità delle Corti non può sostituirsi a quella del Segretario di Stato[28], che trova la sua legittimazione nella responsabilità di quest'ultimo nei confronti del Parlamento[29].

È sulla base della piena discrezionalità del Segretario di Stato, dunque, che la Corte Suprema stabilisce che tanto la decisione di revoca della cittadinanza, quanto quella di negare il diritto di ingresso nel Regno Unito

[26] *R (on the application of Begum) v. Special Immigration Appeals Commission*, [2021] UKSC 7, par. 124.

[27] Come affermato nelle conclusioni: *R (on the application of Begum) v. Special Immigration Appeals Commission*, [2021] UKSC 7, par. 136.

[28] *R (on the application of Begum) v. Special Immigration Appeals Commission*, [2021] UKSC 7, par. 66-68.

[29] *R (on the application of Begum) v. Special Immigration Appeals Commission*, [2021] UKSC 7, par. 134.

a Shamima Begum per l'esercizio del diritto di difesa nel corso di un'udienza equa, devono essere sottratte al controllo giurisdizionale.

Con la decisione nel caso *Begum*, pertanto, la Corte Suprema finisce per aggiungere un ulteriore tassello nel processo che vede il progressivo rafforzamento dei poteri revoca della cittadinanza nelle politiche di contrasto al terrorismo nel Regno Unito. Non solo, infatti, si conferma la legittimità della progressiva espansione della discrezionalità del Segretario di Stato in merito all'*an* della denazionalizzazione, ma si sottrae alle Corti ogni margine di intervento nella valutazione degli effetti del provvedimento, sul piano della violazione dei diritti fondamentali dell'individuo.

In particolare, la Corte riconosce la gravità della violazione, tra i diritti della persona destinataria della misura, del diritto ad un'udienza equa. Tuttavia, come concludono i giudici supremi, così come il diritto alla cittadinanza, anche il diritto ad un'udienza equa deve essere oggetto di bilanciamento con le esigenze di sicurezza nazionale, che, in casi di particolare gravità, come quello che ha dato origine al caso di specie, possono essere ritenute prevalenti. È sulla base di tali premesse che la Corte conclude per la sospensione del ricorso, nell'attesa che la ricorrente possa prendere parte effettivamente al procedimento giudiziario, senza mettere in pericolo la sicurezza nazionale[30]. Si tratta di una soluzione imperfetta, come la stessa Corte riconosce, ma giustificata nel bilanciamento con i prevalenti interessi pubblici in gioco.

[30] *R (on the application of Begum) v. Special Immigration Appeals Commission*, [2021] UKSC 7, par. 135.

5. Osservazioni conclusive

La sentenza della Corte Suprema nel caso *Shamima Begum*, come osservato, offre molteplici spunti di riflessione in merito alle problematiche connesse con il progressivo ampliamento, nel Regno Unito, della discrezionalità del Segretario di Stato nell'esercizio del potere di revoca della cittadinanza. La denazionalizzazione, infatti, può ragionevolmente implicare la lesione non solo, in via diretta, del diritto alla cittadinanza, esponendo il destinatario al rischio di apolidia, ma anche, in via indiretta, di ulteriori diritti, il cui esercizio è di fatto impedito dall'impossibilità di fare rientro nel Regno Unito, qualora il provvedimento sia adottato mentre il destinatario si trovi all'estero, come nel caso di Shamima Begum. D'altra parte, in tale ultima ipotesi, la limitazione del diritto ad un'udienza equa, che deriva dall'impossibilità di partecipare attivamente al procedimento giurisdizionale contro il provvedimento di revoca, implica a sua volta un'ulteriore, indiretta, violazione del diritto alla cittadinanza.

La Corte Suprema, tuttavia, ribaltando la decisione della Corte d'Appello, conferma la legittimità tanto del provvedimento di revoca della cittadinanza, quanto del diniego all'ingresso della ricorrente nel territorio britannico in considerazione delle possibili violazioni del diritto alla vita e del divieto di tortura, da una parte, e del diritto ad un'udienza equa, dall'altra, per effetto della denazionalizzazione della giovane disposta mentre quest'ultima si trovava in un campo profughi in Siria.

La decisione della Corte, che si fonda sul riconoscimento della discrezionalità quasi assoluta del Segretario di Stato e sul principio in base al quale non solo il diritto alla cittadinanza, ma anche il diritto ad un'udienza equa possono essere oggetto di bilanciamento con l'interesse

pubblico alla sicurezza nazionale, dimostra le criticità derivanti da due problematiche distinte ma interconnesse: da una parte, la debole tutela, sul piano sia costituzionale che internazionale, del diritto alla cittadinanza (Van Waas 2008), e, dall'altra, gli effetti del bilanciamento tra sicurezza e diritti nel contesto delle politiche di contrasto al terrorismo (Di Giovine 2005; Groppi 2006; Bassu, 2010). Infatti, la revoca della cittadinanza, considerata una misura eccezionale, volta a reprimere comportamenti che dimostrino il venir meno del legame di fedeltà tra cittadino e Stato – che nel terrorismo trova una delle sue massime espressioni – si fonda sull'idea in base alla quale la cittadinanza sia una materia che resta in definitiva affidata alla discrezionalità statale. Lo stesso diritto internazionale, in effetti, si limita a prevedere una garanzia "minima" del diritto alla cittadinanza, che si traduce nel divieto di apolidia (Ganczer 2014), soggetto, ad ogni modo, a possibilità di deroga da parte degli Stati[31]. Né maggiori sono le garanzie offerte dal diritto costituzionale, come dimostra l'espansione delle misure di revoca della cittadinanza, nel contesto del contrasto al terrorismo, nel diritto comparato (Mantu 2015; Bauböck 2018).

D'altra parte, la discrezionalità statale, nel caso dell'esercizio dei poteri di revoca della cittadinanza, finisce per coincidere, nel Regno Unito, con

[31] In particolare, riguardo questo ultimo profilo, il Regno Unito, pur avendo sottoscritto, nel 1966, la Convenzione sulla riduzione dell'apolidia del 1961, ha tuttavia adottato una dichiarazione, *ex* art. 8 c. 3, sulla base della quale è fatto salvo il potere di revocare la cittadinanza attribuita per naturalizzazione, qualora il cittadino, violando il suo dovere di fedeltà nei confronti della Corona britannica: i) in violazione di un espresso divieto, abbia reso o continui a svolgere un servizio per uno Stato estero; ii) abbia agito arrecando serio pregiudizio agli interessi vitali della Corona britannica[31]. La riserva deve ritenersi pienamente valida a tutte le ipotesi di revoca della cittadinanza nel Regno Unito, già in vigore al momento della ratifica della Convenzione, sia pure riformate a più riprese.

la discrezionalità del Segretario di Stato, e dunque dell'Esecutivo. La Corte Suprema, nel riconoscerne la legittimità, mostra di adeguarsi all'approccio di buona parte delle giurisdizioni statali, quando vengano investite di questioni relative alla costituzionalità di misure di contrasto al terrorismo, nell'ottica della necessità di una reazione emergenziale a fenomeni di particolare gravità. Nel bilanciamento tra sicurezza e diritti, dunque, è il primo interesse a prevalere e, nell'equilibrio tra i poteri dello Stato, è l'Esecutivo a vedersi riconoscere il margine di discrezionalità più ampio. In tale contesto, i rischi connessi con il *self-restraint* delle Corti sono stati ampiamente messi in luce dalla dottrina (Ackermann 2006; De Vergottini 2004).

Si tratta di un approccio giurisprudenziale che giustifica il carattere fortemente derogatorio delle misure adottate, nell'ottica della repressione di comportamenti gravemente lesivi della sicurezza nazionale e che denotino il definitivo venir meno del legame di fedeltà tra cittadino e Stato. Ad ogni modo, non può negarsi come, tra le possibili misure di contrasto al terrorismo, la revoca della cittadinanza si connoti per la particolare gravità della lesione dei diritti dell'individuo che ne sia destinatario (Graziani 2021), specie qualora impedisca a quest'ultimo, come nel caso di Shamima Begum, di abbandonare un territorio nel quale la garanzia minima dei diritti fondamentali non sia assicurata. Di fronte ad una sanzione che, in definitiva, finisce per intaccare il nucleo essenziale del "diritto ad avere diritti" dell'individuo, non può dunque non destare preoccupazione la tendenza al rafforzamento della discrezionalità dell'Esecutivo, a fronte dell'esclusione di qualsivoglia forma di controllo giurisdizionale.

Bibliografia

Ackermann, B. (2006), *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale: Yale University Press.

Bauböck R. (cur.) (2018), *Debating Transformations of National Citizenship*, Cham: SpringerOpen.

Bassu, C. (2010), *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Giappichelli: Torino.

Casiello, C. (2017), *La strategia di contrasto ai* foreign terrorist fighters *e la revoca della cittadinanza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, pp. 341-380.

Choudhury, T. (2017), *The Radicalisation of Citizenship Deprivation*, in *Critical Social Policy*, 2, pp. 225-244.

De Vergottini, G. (2004), *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, in *Rass. Parl.*, 2, pp. 427-454.

Di Giovine, A. (2005), *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in A. Di Giovine (cur.) (2005), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Milano: Giappichelli.

Ganczer, M. (2014), *The Right to Nationality as a Human Right?*, in *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, pp. 15-33.

Gibney, M.J. (2013), *A Very Transcendental Power': Denaturalisation and the Liberalisation of Citizenship in the United Kingdom*, in *Political Studies*, pp. 637-655.

Gibney, M.J. (2014), *The Deprivation of Citizenship in the United Kingdom: A Brief History*, in *Immigration, Asylum and Nationality Law*, 4, pp. 326-335.

Graziani, C. (2021), *La revoca della cittadinanza dinanzi la Corte Suprema del Regno Unito: fra profili sostanziali e garanzie procedurali*, in *DPCE online*, 1, pp. 1209-1222.

Groppi, T. (2006), *Introduzione*, in T. Groppi (cur.) (2006), *Democrazia e terrorismo*, Napoli: Editoriale Scientifica, XI-XVI.

Joppke, C. (2016), *Terror and the loss of citizenship*, in *Citizenship Studies*, 6-7, pp. 728-748.

Lepoutre, J. (2020), *Citizenship Loss and Deprivation in the European Union (27 + 1)*, EUI Working Paper RSCAS 2020/29.

Mantu, S. (2014), *Citizenship Deprivation in the United Kingdom. Statelessness and Terrorism*, in *Tilburg Law Review*, pp. 163-170.

Mantu, S. (2015), *Citizenship in times of terror: citizenship deprivation in the UK*, Paper prepared for ECPR Standing Groups, Warsaw.

Mantu, S. (2015), *Contingent Citizenship. The Law and Practice of Citizenship Deprivation in International, European and National Perspectives*, Leiden: Brill – Nijhoff.

Martino, P. (2016), *La Corte suprema del Regno Unito su revoca della cittadinanza e sicurezza nazionale: il caso Pham*, in *Democrazia e sicurezza*, 1, pp. 133-192.

Macklin, A. (2015), *Kick-Off contribution*, in Macklin, A., Bauböck, R. (cur.) (2015), *The Return of Banishment: Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship?*, EUI Working Paper RSCAS 2015/14, pp. 1-6.

McGuinness, T., M. Gower (2017), *Deprivation of British Citizenship and Withdrawal of Passport Facilities*, House of Commons Library, Briefing Paper n. 06820.

Panella, L. (2012), *Il diritto dell'individuo ad una cittadinanza*, in *Democrazia e sicurezza*, 2, pp. 1-

Panella, L. (2015), *Sulla revoca della cittadinanza come misura degli Stati per combattere il fenomeno dei* foreign fighters, in *Federalismi.it*, pp. 2-22.

Puzzo, C. (2016), *UK Citizenship in the Early 21st Century: Earning and Losing the Right to Stay*, in *Revue Française de Civilisation Britannique - French Journal of British Studies*, 1, pp. 1-18.

Raimondo, F. (2019), *Il "privilegio" della cittadinanza: la revoca come strumento di contrasto al terrorismo. La riforma italiana nel contesto europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 416-419.

Troy, D. (2019), *Governing Imperial Citizenship: a Historical Account of Citizenship Revocation*, in *Citizenship Studies*, 2019, 4, pp. 304-319.

Van Waas, L. (2008), *Nationality Matters: Statelessness under International Law*, Antwerp: Intersentia

Vedaschi, A. (2016), *Da al-Q'ida all'IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, pp. 41-80.

Weil, P., Handler, N. (2018), *Revocation of Citizenship and Rule of Law: How Judicial Review Defeated Britain's First Denaturalization Regime*, in *Law and History Review*, 2, pp. 295-354.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

Osservatorio sulla giurisprudenza

Abstract

Citizenship Revocation Between National Security and Human Rights. The Shamima Begum *Case*

In a ruling delivered on February 26, 2021, the UK Supreme Court confirmed the decision, adopted by the Secretary of State on the basis of art. 40(2) BNA, to deprive Shamima Begum of her British citizenship for national security reasons, due to her affiliation to ISIS, stating that the decision is not in contrast with her right to a fair hearing. According to the Court, indeed, in deprivation decisions the Secretary of State enjoys a wide margin of discretion and national security interests shall prevail over individual rights. As it is argued in this paper, the ruling is highly problematic, providing, while indirectly, for additional limitations to the right of the individual to a citizenship.

Keywords: citizenship revocation; right to citizenship; right to a fair hearing; national security: United Kingdom.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

Osservatorio sociale

Drivers of Far-Left Extremism: a Systematic Review on Current International Scientific Literature*

di Francesco Antonelli, Santina Musolino e Valeria Rosato **

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Background. – 3. Methodological notes. – 4. Drivers of far-left extremism in academic literature. – 5. Focus on gender and youth aspects. – 5.1. Gender in academic literature on far-left extremism. – 5.2. Youth in academic literature on far-left extremism. – 6. Discussion and conclusions: gaps in academic literature.

* This paper presents some findings from the Horizon2020 Project "PARTICIPATION. Analysing and Preventing Extremism Via Participation" (Grant Agreement 962547).

** Francesco Antonelli è professore associato di Sociologia generale presso l'Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Scienze politiche; Santina Musolino e Valeria Rosato sono assegniste di ricerca in Sociologia generale presso l'Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Scienze politiche. Il contributo è frutto di un lavoro comune, tuttavia i paragrafi 3 e 4 sono da attribuire a Francesco Antonelli; i paragrafi 1 e 5 sono da attribuire a Santina Musolino; i paragrafi 2 e 6 sono da attribuire a Valeria Rosato. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); versione finale ricevuta il 13 settembre 2021.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

Osservatorio sociale

1. Introduction

In the 1960s and 1970s, far-left terrorism was one of the main threats to democracy in Europe. Therefore, one can say that the whole "classic" theory on terrorism and political violence was established having far-right terrorism as a reference point. Broadly speaking, two classic perspectives can be identified: on the one hand, a standpoint centred on the importance of ideology, a sort of secular religion, as the main driver of far-left radicalisation and, more generally, of each kind of radicalisation (e.g. Voegelin 1939; Bracher 1984; Pellicani 2012; Orsini 2009). On the other hand, a perspective focused on the relationship between social movements, political systems and terrorism that considers the latter to be the result of the "poor functioning" of the other two (e.g. Della Porta 1995; 2013). Nowadays, in a time of international Jihadism and the spread of far-right nativism, how is the state of the art of the scientific research on far-left extremism and terrorism, given their partial decline?

Starting with such a general question, the purpose of this paper is to examine current scientific international literature on far-left extremism with three analytic aims: first, to identify the main trends within the current scientific debate about such political extremism. In particular, the focus will be on drivers that lead people to extremism, a central subject in contemporary discussion on violent radicalisation; that is to say not only a particular empirical phenomenon but also a specific scientific paradigm focused on the search of factors and processes that "push and pull" a person towards extremism (Antonelli 2021). The second aim is to focus our attention on two fundamental factors: gender and youth. How does the scientific debate on far-left extremism take such subjects into

consideration? Several studies indicate (e.g. Khosrokhavar 2014; McDonald 2019) that young people are considered to be the main subjects engaged in extremist activities with women becoming increasingly involved, especially within religious extremism (e.g. Khosrokhavar and Benslama 2017; Musolino 2017; Loken and Zelenz 2017). How are these aspects studied by researchers on far-left extremism? Finally, the third objective of the paper is to develop a "gap analysis" of the scientific literature: what are the main strengths and weaknesses in the analysis of far-left extremism? Furthermore, what direction should future research take to address such weaknesses?

Before tackling these issues, it is essential to clarify what is meant by "far-left extremism". There is no precise, widely shared definition for this specific kind of extremism in the literature. The concept of "far-left" is flexible enough to include groups (and ideologies) as diverse as:

- radical left parties that participate in elections and claim to respect the tenets of democracy and rule of law. An example is the French party *La France Insoumise*, founded in 2016 and led by Jean-Luc Melenchon;
- fringe groups with a hybrid profile of party and social movement that endorse a more radical view of politics and the use of violence, and who may advocate for the choice of armed struggle. Examples of this include the *French Lutte Ouvrière* and the Maoist *Gauche Prolétarienne*, as well as the Italian organisations *Potere Operaio* and *Lotta Continua* that were active in the late 1960s and early 1970s;

- movements and organisations that, while being issue-oriented, espouse a basic left-wing ideological framework, as in the case of many environmental groups such as "*Earth First!*";
- movements that identify themselves as "Antifa": short for anti-fascist with a nuance reminding one of Palestinian Intifada;
- terrorist groups openly advocating for change through violence, such as the Italian *Brigate Rosse*;
- violent anarchist groups that engage in acts of sabotage, vandalism, and bombings. Examples of this include the Greek *Conspiracy of Fire Cells* and the wider European umbrella group *Informal Anarchist Federation*.

2. Background

Despite the rich, diverse, radical and extremist landscape just outlined, far-left groups and the ideology itself today receive limited attention from researchers and practitioners. One of the reasons behind this lies in the fact that in terms of its impact on politics and society; its proneness to violence and number of affiliates and sympathisers, far-left extremism in Europe is now a pale shade of itself during the Cold War. Terrorism driven by left-wing ideology marked the history of many European countries in the aftermath of the Second World War. While no terrorist group has succeeded in triggering a violent mass movement on the continent, some of the most prominent among them could count not only on a substantial number of affiliates but also on a wider "grey area" of support. Extreme left-wing ideologies, rooted in anti-imperialism, an-

ti-capitalism, and Marxism-Leninism/Maoism, were shared by the most famous left-wing terrorist groups active in Europe during the second half of the twentieth century. These include, for example, the Italian *Brigate Rosse* (BR), the *Rote Armee Fraktion* (RAF) in Germany, and *Action Directe* in France. These groups were the European protagonists of what Rapoport has termed the "third wave of terrorism" (Rapoport 2004); a New Left Wave that started during the mid-1960s at a global level, fuelled by anti-colonialist struggles in the Third World, active Soviet measures stigmatising the U.S. as inherently evil and the war in Vietnam.

However, since the fall of the Berlin Wall, the threat posed by left-wing terrorist groups has diminished both in terms of seriousness and numbers of attacks, as far as violent acts are concerned. Most of the groups operating at their peak in the 1970s were no longer active by the mid-1990s, nor had they left any enduring legacy. Although some exceptions certainly still exist. The Greek organisation 17N, better known as Revolutionary Organization 17 November, managed to commit acts of violence up to the year 2002. Between 1999 and 2003 in Italy, a group led by Nadia Desdemona Lioce and Mario Galesi called *Brigate Rosse per la Costruzione del Partito Comunista Combattente* (also named by the press "*Nuove Brigate Rosse*") was responsible for several attacks and murders. These included, among others, the killing of Massimo D'Antona and Marco Biagi; both consultants for the Italian Ministry of Labour.

However, the end of the Cold War and the collapse of communism, did not lead to the end of strong movements and currents within public opinion that questioned the model of advanced societies, capitalism under a globalised economy, and relations between the Global North and Global

South. In some areas of the variegated Muslim world, much of the ideological room once occupied by the left-wing opposition has been hegemonised by other fundamentalist forces. However, in the West this antagonistic role has been taken up by a diverse and articulate set of movements and groups (anti-fascists, anarchists, environmentalists, No Global, animal rights activists, etc.). Since the 1990s, the far-left scene in the West has witnessed greater pluralism; the multiplication of issues of concern, the development of differentiated "language" and a diversification in preferred strategies (non-violent or violent action). This could lead one to imagine a confused and irrelevant phenomenon in terms of violent extremism, when compared to the robust ideologies and granitic organisations present during the Cold War period. On the contrary, this new antagonism represents an answer, sometimes in a questionable manner or through violent actions; through fear, concerns, discomfort and aspirations diffused through large sections of the population. This is precisely why it is a phenomenon that is destined to endure, albeit in shapes and forms which are constantly changing.

Today, violent attacks motivated by far-left ideology are almost exclusively carried out by anarchist cells and organisations. According to Europol's Te-Sat reports, between the years 2006 and 2019 left-wing extremists (LWE) and anarchists have been responsible for 389 attacks. When broken down, Europol recorded 13 attacks in 2015, 27 in 2016, 24 in 2017, 19 in 2018 and 25 in 2019, down from more than 40 attacks in 2009 and 2010 respectively.

Thus, a diminished direct threat from violent far-left extremist groups in recent years compared to previous decades, as well as the fact that LWE and anarchist attacks mainly damage property instead of causing

human victims, can help explain the parallel lack of attention towards this strand of extremism. In addition, failure to distinguish between goals and means might play a role. According to Ellefsen and Jamte (2021), «numerous practitioners described the core values of the LWE as more aligned with those of the wider society» while explaining why LWE is perceived as a lesser threat than other kinds of extremism. Arguably, using violence against property or people to attain political goals is not tolerated under democratic systems.

Nevertheless, it should be noted that the relative scarcity of active terrorist groups does not necessarily mean that the far-left ideology is circulating significantly less in the wider society. Instead, it may be argued that precisely because of the broad variety of nuances and orientations, this ideology is particularly prone to adapting to changing circumstances and evolves accordingly.

Furthermore, it is striking to see the limited attention that far-left extremism receives in the literature, when in fact this kind of extremism is responsible for dozens of attacks every year in Europe, as shown by Europol (2020). In 2019, the left wing and anarchist terrorist scene was responsible for 26 attacks, the highest number for any kind of extremism recorded in the Te-Sat report. Attacks motivated by jihadist ideology over the same period were 7, and even when adding failed and foiled attacks the total amounts to 21. The comparison with far-right extremism is even more telling, as the right-wing ideology fuelled 6 attacks in 2019 in Europe.

That said, recently in Europe left-wing violent extremism and anarchist extremism have gradually begun to receive more attention, at least in the academic literature with particular reference to two develop-

ments: (1) the emergence and spread of different kinds of violent extremisms, and (2) the worsening of the economic and environmental crisis at a global level.

Regarding the former, it has been observed that there is a presumed correlation in the emergence and diffusion of the various types of violent extremism, according to the scheme of what has been defined as the phenomenon of "cumulative extremism" (Eatwell 2006). Therefore, radicalisation processes and violent manifestations of jihadism, far-right and far-left are, in part, linked according to a sort of "reaction" principle. Some scholars are observing the development of new forms of "hybrid radicalisation" (Lucini 2017) and hybrid scenarios characterised by contamination. An example of this includes the recent phenomenon of support in the fight against ISIS by both European left-wing and right-wing extremists who travelled to Syria to combat a common enemy despite being driven by different ideologies and personal motives (Koch 2019).

Regarding the latter development, since the global economic crisis that began in 2008, social inequalities have been exacerbated and environmentalist claims have emerged with more fervour; issues that are now being further aggravated by the ongoing Covid-19 pandemic. Extremist groups aiming to change societies and governmental systems through violence seek to exploit major crises in order to achieve their objectives by fuelling crisis narratives. Nowadays, this trend is most evident in the activities organised by white supremacist groups, that are using the Covid-19 crisis to claim the failure of democracy. They are calling for insurrectional violence and, in wider extremist circles, opportunistically using the ongoing pandemic to spread conspiratorial hate speech. Far-left groups and movements have adopted similar narratives.

Violence is in fact a "social force" that is often activated during deep economic and political crisis. The result is a general "deregulation" (at cognitive, evaluative and affective levels) that produces uncertainty and increases aggressiveness in the social body. In our late-modern, pluralistic and fractioned societies, this aggressiveness increasingly manifests itself in a liquid, changing form, which also tends to escalate (Maniscalco, 2012).

3. Methodological notes

The objective of the research is to select the most relevant scientific articles that focus on the causes of far-left violent extremism and radicalisation in Europe, covering the period from 2015 to 2020. This specific timeframe has been chosen as important developments have occurred in Europe as well as across the world since 2015. Analysing the last five years allows us to take into account the sudden increase in literature about radicalisation and violent extremism for several reasons, e.g. the rise of the so-called Islamic State (ISIS or Daesh), the spike in terrorist attacks in Europe, increased polarisation of public debate and hate speech occurrences and the general fatigue of democratic systems confronted with the spread of populism. In order to ensure the significance of the chosen literature within the international scientific community, it was decided that only English articles be selected. The search of scientific articles was carried out mainly using two relevant databases: *Scopus* and

Web of Science[1]. Nevertheless, it was decided to also extend the search to other specialised journals that are not present in the two aforementioned databases. These include *Perspective on Terrorism* and *Journal for De-radicalisation*.

The selection was performed in several steps, which are summarised below:

1. An initial basic search was carried out using the very general keywords within TOPIC (title article, abstract and keywords): "extremi*", "radical*" and "de-radical*" combined with "far-left", "left-wing", "anarchis*" and "anti-fascis*". The search was limited exclusively to journals in the following subject areas: social sciences, psychology, and economics. The result of this search produced a total of 391 articles.
2. More targeted research was carried out into the following aspects of violent extremism and radicalisation: gender, youth, polarisa-

[1] For Social Sciences the most comprehensive journal databases are Elsevier's Scopus with over 23,452 peer-reviewed journals (as of 2020) and Web-of-Science owned by Clarivate (formerly Thomas Reuters) covering 12,000 high impact journals (as of 2017). Both databases have fairly comprehensive social science citation indexes and they represent the largest abstract and citation database of peer-reviewed literature including scientific journals, books and conference proceedings. They also cover the subject areas that this review is focusing on, i.e. Sociology, Psychology, Political Sciences, and International Relations; making these two databases most suitable for our systematic literature review. Both databases were used to search and identify the relevant peer-reviewed articles for our topic. For Web of Science the search was carried out selecting the Social Sciences Citation Index (SSCI) and Emerging Sources Citation Index (ESCI). For Scopus, the search was carried out within the social science and psychology indexes.

tion and causes. The results were found to be too limited and there was a risk of missing some relevant studies.

3. Starting from the basic search and eliminating duplicates, we then proceeded to select the articles through their abstracts, initially by geographical area and then by topic, obtaining a final list of 28 articles.
4. Of these 28 articles, 16 are based on the comparison of different types of extremism (mainly far-left, far-right and jihadist), and only 12 are focused exclusively on far-left extremism.
5. Due to the limited final number of articles, it was decided not to make a further selection on the basis of journal ranking.

A mixed approach that combines qualitative and quantitative (textual-statistical) analyses is utilised in this paper. In order to conduct a text analysis, we used Python and Wordstat combined in order to build a hierarchical cluster analysis by computing co-occurrence and frequency matrices. The data used for this analysis of research and academic articles was on far-left extremism across the aforementioned forms.

In the end, we utilised a framework that organises data retrieved from the literature in three main clusters of factors or drivers: micro level, meso level and macro level. They are defined as follows:

- Micro level is broadly defined as the level of the individual. Examples of factors and drivers working at the micro level are identity formation and issues, quality of integration, perceived alienation and relative deprivation. It basically includes personal trajectory, grievances, and motivations.

- Meso level relates to the wider radical milieu where the individual's reference group acts. It is understood as a group/community level which identifies the enabling environment that fosters a radicalisation process.
- Macro level takes into account the role of government(s) and society at home and abroad. This level includes, for instance, the evolution of public opinion, party politics, the State's foreign agenda and actions carried out abroad.

4. Drivers of far-left extremism in academic literature

The textual analysis of the literature on left wing extremism which we present here emerges from a wider analysis carried out on four types of violent extremism (far-left, far-right, religious and separatist)[2]. We report the main results in order to focus our attention exclusively on those related to left-wing extremism.

As we can see from table 1 below, it provides us with information on which keywords are associated with which form of radicalisation most frequently found in the literature (using Pearson's chi-squared test and biserial correlation coefficients).

[2] The analysis referred to was carried out within T2.1 "Far-right, far-left, separatism and religious extremism; a comparative desk research on drivers" within the H2020 project PARTICIPATION. The main goal of this task was to provide an updated and well-informed state of the art of the research on what factors influence pathways of radicalisation towards violent extremism in the European landscape.

Literature on far-left extremism appears to be moving in a very traditional direction, typical for such a kind of extremism: the nexus between social movements and far-left extremism as well as terrorism, the relationship with the police (and probably, with public order troubles) or with the political system are all subjects characterising the actions of and the reflection on far-left extremism since the 1970s; its "golden age".

Far left	
More	**Less**
Movement	Islam
Extremism	Religion
Terrorism	Local
Police	Education
Politics	Social network
Ideology	Gender
Populism	Youth
Democracy	Radical
Society	Policy
	Community
	Trust
	Government
	Regional
	Hate
	Propaganda
	Economy

Table 1 - Most and least associated words with far-left extremism.

As argued in the introduction, studies on the current far-left in Europe are not as numerous as those concerning far-right or religious ex-

tremism. This, as a kind of collective action, is nowadays less common and, in its violent extremist forms, less lethal than the others. Consequently, there is a lack of specific studies on the drivers of far-left radicalisation in the academic literature. Notwithstanding, it is possible to put together different suggestions through an in-depth and qualitative analysis of scientific literature on the far-left, in order to find the main factors identified by scholars.

Before moving on to the analytical discussion, two important issues must be underlined: firstly, the main far-left groups currently tend to be mixed with other forms of radical collective actions/political narratives, such as neo-populism (Greece) or separatism (Basque Region), rather than presenting themselves. Such a trend seems to depend on a national context. Secondly, the contemporary far-left seems to be more linked to anarchist traditions than the Marxist-Leninist background, which was dominant in the 1970s; the "golden age" of far-left radicalisation and terrorism in Europe. By dividing the different drivers into three analytical levels, it is possible to argue the following:

1. *Micro-level*: the most important micro-driver underlined by the literature is perceiving themselves or their group (included reference group) as deprived or unfairly treated (Doojse et al. 2012; Jahnke 2020) as well as believing that the world is ruled by injustice (Shils 2017). When the radicalisation process is about to begin, such a driver appears to be mainly existential rather than political or theoretical. Furthermore, it is reinforced by the presence of specific personality characteristics (Besta 2021): "mean-

ness" and "inhibition" that instils a sort of paranoid enemy-building sentiment.

2. *Meso-level*: is the most referred to driver within the scientific discourse. Three ideological factors characterise "push and pull" dynamics towards far-left radicalisation: antifascism, intellectualism and, particularly when the far-left is hybridised with neo-populism, the rhetoric of victimisation linked to a Manichean standpoint that opposes "innocent people" and "corrupt élites". Such a peculiar ideological mix sometimes spreads through counterculture expressions, like music and squatted social centres, which can lead to legitimising violent action as a means of a just reaction to the ruling-classes and, in general, "the System" (Arlow 2020; Gerodimos 2012; Koch 2018). Next to ideological aspects, similarly to far-right, independentism or religious extremism, many authors highlight the fundamental role of group dynamics in far-left radicalisation. In other words, "no group; no radicalisation", meaning that the group and in particular the peer-group with its specific social relations, is the catalyst to counterculture and ideological subjects (Schils 2017). According to Besta (2015) and Swann et al. (2012) the so called "identity-fusion" is important to understanding far-left radicalisation (and probably other kinds of violent radicalisation): it is a way to create a collective identity based on a fusion between personal and social identity. In other words, people who belong to such a group, perceive it as a real collective person no different to themselves. Marone's study on Italian anarchist group dynamics and

their ideologisation is very interesting: according to him, the anarchist organisation is based on Alfredo M. Bonano's theory of the "affinity group". As the fundamental element of direct action, this kind of informal group is made up of no more than 20 people. They are all similar in ideological perspective and it is where discussion, decision and action takes place through a horizontal process based on the exclusion of a vertical leadership (Marone 2015). The Internet and cyber-space is also important to understanding far-left radicalisation, although compared to other kinds of extremism, not just for socialisation or recruitment means. One of the most important aspects of action for far-left extremism is cyber-space, including the hacker culture and cyber-punk image.

3. *Macro-level*: this is the most neglected area overall in the analysed scientific literature on far-left radicalisation. In such works, classic reference to the theory of social and political movements as well as the importance of social conflicts is almost non-existent. While all key factors used to understand and analyse such kinds of extremism between the 1960s and the 1980s were drivers at macro level. Nonetheless, there are two research papers that stress the influence of the macro-level on far-left radicalisation: the first, by Bruckner and Gruner (2020), points out how the economic cycle has a scarce influence on the spread and popularity of the far-left in Europe when considered as a whole. The second, by Koch (2019), focuses on far-left foreign fighters involved in the fight against ISIS in Syria (for example, those enlisted with

Kurdish militias). Such a study could be useful to hypothesise whether global political and geo-political cycles also influence far-left collective action, similarly to Jihadism.

5. Focus on gender and youth aspects

5.1. Gender in academic literature on far-left extremism

Gender is a variable that is a predictor of certain social and political behaviours. However, as Sjoberg (2011) argues, it is important to clarify that any such differential effects between genders are common due to culturally and organisationally imposed gender roles; the so-called "gendered socialisation". For example, women are often relegated to, what is considered by an extremist organisation, non-combat roles, while young extremists are often men (Guarrieri, 2021).

The gender aspect in the analysis of far-left extremism seems to be barely explored and lacks in-depth analysis also in academic literature. Additionally, there are no studies devoted to the issue of gender as a driver of radicalisation. In the selected academic articles on left-wing extremism, the gender dimension was analysed either as one of the variables considered in order to explain individual involvement in acts of violence belonging to the ideological universe of the extreme left, or as a theoretical and methodological perspective to be adopted for the analysis of relationships between the extreme left and specific forms of collective action.

Among the most recent articles, two have explored the relationship between left-wing extremism and feminism. The first, written by Giorgio Del Vecchio (2018), analyses engagement with the issues of feminism and women's liberation to which the group *Prima Linea* (PL) gave particular attention when it was active in the 1970s and early 1980s. The starting point of his analysis is an act of violence almost unique in the history of the Italian armed struggle: the intentional injuring of a female prison guard at the detention centre *Le Nuove* in Turin. The author's main focus is on the PL's claim of responsibility, the content of which fiercely criticised the elaboration of the issue of the liberation of women within the feminist movement, but also its practices and its development. The author of the article points out that the PL attack has to be re-contextualised within the dynamics of radicalisation, which deeply affected the feminist movement concerning also and foremost the issue of violence (Del Vecchio, 2018).

Staying on this issue, Katharina Karcher (2016) analyses the German radical left group *Red Zora*, formed in the mid-1970s; a subgroup within the militant leftist network Revolutionary Cells and responsible, between 1977 and 1995, for dozens of attacks with an explicitly feminist agenda. The author argues that feminist activists in Germany were understandably reluctant to discuss ideas and activities that could associate the women's movement with left-wing "terrorism". It shows that the "Hollaback!" and other recent campaigns by feminist activists in Germany have reinforced rather than challenged feminist silence on the Red Zora (Karcher, 2016).

5.2. Youth in academic literature on far-left extremism

Youth has received relatively more attention than gender in the research on drivers of far-left radicalisation in the academic literature. However, more research is needed to develop tools that can assess different types of radicalisation in young people.

What we know from the more recent academic literature is that adolescence and early adulthood are of special interest in radicalisation research. This, like young age, is consistently associated with radicalisation risk (Jahnke 2020).

Ariel Koch, in an article from 2018, examines this under-researched phenomenon focusing on popular and recent modes of mobilisation and recruitment of the "new revolutionary left", which is a developing threat in Europe, North America and the Middle East. The article specifically sheds light on contemporary left-wing extremism that is embodied today in anarchists and anti-fascists violently mobilising in Europe and North America. This is also found through expression on the Internet and in music. Evidence suggests that the anti-fascist music scene is a useful tool for the recruitment and mobilisation of a young generation of leftist revolutionaries. Moreover, democratic and capitalist countries have become a hotbed of anarchist theories that continue to influence many people, especially the younger generation. Anarchist ideas, points out Koch, still have the power to mobilise young men and women.

Finally, Jahnke (2020) conducted a qualitative study to explore the psychological construct of personal sensitivity to injustice from either a victim or an observer's perspective; and its power to shape political attitudes and actions. In particular, the author investigates the hypotheses

that victim and observer sensitivity are differentially linked to political orientation and early radicalisation outcomes among adolescents and young adults. The results, first of all, confirm that victim sensitivity grows during adolescence and tends to decrease during adulthood, which may contribute to young people's higher risk of being radicalised. Furthermore, results of the study demonstrate that young left-wing respondents mainly referred to general social problems and injustice in society. Consequently, observer sensitivity seems more likely to be associated with a left-wing political orientation (Jahnke 2020).

6. Discussion and conclusions: gaps in academic literature

The analysis of the academic literature produced from 2015 to date on left-wing violent extremism in Europe reveals a limited number of papers aimed at investigating the causes and drivers behind the radicalisation processes of individuals and groups gravitating around this varied and nuanced universe of activists. Probably one of the factors that explains this low interest, also at a scientific level, in this phenomenon is the very low-perceived threat posed by the "New Revolutionary Left" within European societies (Koch 2018). The underlying causes of this perception are perhaps to be found in the peculiar nature, organisation and modus operandi of far-left groups. As already mentioned, they are a highly variegated universe, both in terms of interests, strategies and also objectives. Furthermore, they are characterised by a loosely networked informal organisation, much more elusive than other types of extremism and which would seem to imply a deeper existential dimension; as in the case of the

new anarchist-insurrectionist groups of the Informal Anarchist Federation (FAI) in Italy (Marone, 2015). These transformations show a clear caesura between the "solid-modern" forms of terrorism of the second half of the last century, characterised by a granitic ideology, a specific culture and a paramilitary organisation; and the current manifestations of "liquid violence" that characterise late-modern societies (Maniscalco 2012)

Moreover, these groups are characterised by the widespread use of the Internet for both propaganda and mobilisation purposes (Koch, 2018) as well as fighting tactics through an increase in cyberattacks that has been matched by a decrease in physical violence (Holt, 2019). Manifestations of physical violence are in fact limited and often take place in the form of sabotage and urban guerrilla warfare. These groups mostly use simple, inexpensive tactics that pose little risk to the perpetrator but can cause extensive damage. There is a continuity of objectives in both online and offline activity, i.e. to carry out decentralised attacks against political, diplomatic and military targets in order to cause damage to businesses, governmental organisations and individuals (Marone, 2015; Holt, 2019). Their *modus operandi* are, therefore, more likely to be confused with the manifestations of common crime (Robinson *et al*., 2019). In the case of the most involved European countries, such as Italy, Spain and Greece, state institutions perceive and treat it mainly as a problem of public order. Finally, an important factor in putting the study of left-wing extremism on the back burner in recent decades has been the growing attention to emerging extremisms; primarily jihadist and far-

right extremism which, given their impact and level of damage, have monopolised the European scene since the early 2000s[3]

An interesting element that emerges from the analysis of the literature selected on the new forms of left-wing extremism is a renewed interest in studying this phenomenon. However, it is mainly conducted through comparative studies with other extremism types, both right-wing and jihadist; thus, both in the analysis of the motivations and drivers underlying the radicalisation process (Besta *et al*. 2015; Besta *et al.* 2021; Schils and Verhage, 2017), and in the modus operandi and disengagement processes (Altier *et al*. 2017). As pointed out in the section on methodology, out of 28 selected articles, only 12 have left-wing extremism as their sole focus, while most of the research (16) is dedicated to comparing different types of violent extremism (left-wing, right-wing and religious).

On the one hand, this is an important sign as it recognises the necessity to fill a gap within the scientific literature. On the other hand, it is evident that it starts from the concept of "cumulative extremism", thus focusing on the far left insomuch as it relates somehow to two other types of extremism (far right and religious). It is the latter that actually continues to monopolise attention within the academic world.

[3] The Madrid and London bombings in 2004 and 2005, the attacks in France in 2015 and 2016, and the right-wing extremist attack in Norway in 2011; just to mention those that have shaken European societies the most in terms of their modalities and level of damage.

In fact, there is almost a total lack of specific analyses on the new forms of far-left violent extremism in Europe, both at a diachronic and synchronic level. In the timeframe considered for this research, there are no papers that examine the transformations that this phenomenon has undergone in recent years within specific contexts and countries, just as there are no papers that analyse and compare the different cases within the European territory.

A further under-researched aspect concerns the link between local and global dimensions in explaining the new forms of social and political conflict that characterise European societies. In particular, the case of the variegated phenomenon of left-wing extremism. Here we refer to the lack of analysis on the links and interdependencies between the historical political and ideological fractures that have marked the recent history of some European countries (see the fascist experience in Italy, Spain and Greece or separatist claims in Northern Ireland and the Basque Country, just to name a few) and the new challenges linked to globalisation (claims against neo-liberalism, the fight for the environment, migratory flows and the balances of international politics, etc.).

Bibliography

Altier, M. B., E.L. Boyle, N.D. Shortland, J.G. Horgan (2017), *Why They Leave: An Analysis of Terrorist Disengagement Events from Eighty-seven Autobiographical Accounts*, in *Security Studies*, 26(2), pp. 305-332, DOI:10.1080/09636412.2017.1280307.

Antonelli, F. (2021), *Radicalizzazione*, Milano: Mondadori.

Arlow, J. (2020), *Antifa without fascism: the reasons behind the anti-fascist movement in Ireland*, in *Irish Political Studies*, 35(1), pp. 115-137, DOI:10.1080/07907184.2019.1570139.

Besta, T., B. Pastwa-Wojciechowska, M. Jaśkiewicz, A. Piotrowski, M. Szulc (2021), *Radicalisation and individual differences: Disinhibition, boldness and meanness as predictors of support for radical collective action*, in *Personality and Individual Differences*, n.168.

Besta, T., M. Szulc, M. Jaśkiewicz (2015), *Political extremism, group membership and personality traits: who accepts violence? / Extremismo político, pertenencia al grupo y rasgos de personalidad: ¿Quién acepta la violencia?*, in *Revista de Psicología Social*, 30(3), pp. 563-585, DOI: 10.1080/02134748.2015.1065085.

Bracher, K.D. (1984), *Il Novecento. Secolo delle ideologie*, Roma-Bari: Laterza.

Brückner, M., H.P. Grüner (2020), *Economic growth and political extremism*, in *Public Choice*, 185, pp. 131.159. DOI: 10.1007/s11127-019-00745-w

Busher, J., G. Macklin (2018), *Understanding 'reciprocal radicalisation' as a component of wider conflict dynamics*, https://www.sv.uio.no/c-rex/english/news-and-events/right-now/2018/reciprocal-radicalisation.html

Del Vecchio, G. (2018), *The left-wing armed struggle in Italy from a critical-historical perspective: the case of study of Prima Linea, Critical Studies on Terrorism*, 11(1), pp. 173-194, DOI: 10.1080/17539153.2017.1348316.

Della Porta, D. (1995), *Social Movements, Political Violence, and the State. A Comparative Analysis of Italy and Germany*, Cambridge: Cambridge University Press.

Della Porta, D. (2013), *Clandestine Political Violence*, Cambridge: Cambridge University Press.

Doosje, B., A. Bos K. Van DenLoseman, R. Feddes, L. Mann (2012), *My In-group is Superior!": Susceptibility for radical right-wing attitudes and behaviors in Dutch youth*, in *Negotiation and Conflict Management Research*, 5(3), pp. 253-268.

Dzhekova, R. *et al.* (2016), *Understanding radicalization*, http://www.eliamep.gr/wp-content/uploads/2018/06/Understanding-Radicalisation_-Review-of-Literature.pdf

Eatwell, R. (2006), *Community Cohesion and Cumulative Extremism in Contemporary Britain*, in *The Political Quarterly*, 77(2), pp. 204-216.

Ellefsen, R., J. Jamte (2021), *Violent extremism is not a uniform phenomenon: The key differences in prevention of left-wing, right-wing, and Islamist extremism*, C-REX, available at https://www.sv.uio.no/c-rex/english/news-and-events/right-now/2020/violent-extremism-is-not-a-uniform-phenomenon.html

Europol (2020), *Terrorism Situation and Trend Report 2020*, available at https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-te-sat-2020 (accessed 18 February 2020)

Gerodimos, R. (2015), *The Ideology of Far Left Populism in Greece: Blame, Victimhood and Revenge in the Discourse of Greek Anarchists*, in *Political Studies*, 63, pp. 608-625. DOI: 10.1111/1467-9248.12079.

Glaser, M. *et al*. (2017), *Young and Radical. Political Violence during Adolescence*, https://www.dji.de/fileadmin/user_upload/bibs2017/young_and_radical.pdf.

Holt, T.J., M. Stonhouse, J. Freilich, S.M. Chermak (2019), *Examining Ideologically Motivated Cyberattacks Performed by Far-Left Groups*, in *Terrorism and Political Violence*, DOI: 10.1080/09546553.2018.1551213.

Jahnke, S., C.P. Schroder, L.R. Goede, L. Lehmann, L. Hauff, A. Beelmann (2020), *Observer Sensitivity and Early Radicalization to Violence Among Young People in Germany*, in *Social Justice Research*, 33, pp. 308-330.

Karcher, K. (2016), *How (not) to "Hollaback": towards a transnational debate on the "Red Zora" and militant tactics in the feminist struggle against gender-based violence*, in *Feminist Media Studies*, 16(1), pp. 70-85, DOI: 10.1080/14680777.2015.1093099.

Khosrokhavar, F. (2014), *Radicalisation*, Paris: Maison des Sciences de l'Homme.

Khosrokhavar, F., F. Benslama (2017), *Le jihadisme des femmes. Pourquoi on-elles choisi Daech?*, Paris: Seuil.

Koch, A. (2018), *Trends in Anti-Fascist and Anarchist Recruitment and Mobilization*, in *Journal of deradicalization*, Spring 2018, 14.

Koch, A. (2019), *The Non-Jihadi Foreign Fighters: Western Right-Wing and Left-Wing Extremists in Syria*, in *Terrorism and Political Violence*, DOI: 10.1080/09546553.2019.1581614.

Loken, M., A. Zelenz (2017), *Explaining extremism: Western Women in Daesh*, in *European Journal of International Security*, 3(1), pp. 45-68.

Lucini, B. (2017), *Critica della radicalizzazione pura. Forme ibride di radicalizzazione estremista*, in *Sicurezza, Terrorismo e Società*, 6(2), pp. 7-19.

Maniscalco, M.L. (2012), *Dal terrorismo 'solido-moderno' alla violenza 'liquida'*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 1, http://democraziaesicurezza.it/Saggi/Dal-terrorismo-solido-moderno-alla-violenza-liquida.

Marone, F. (2015), *The rise of insurrectionary anarchist terrorism in Italy*, in *Dynamics of Asymmetric Conflict*, 8:3, 194-214, DOI: 10.1080/17467586.2015.1038288.

McDonald, K. (2019), *Radicalisation*, Cambridge: Polity Press.

Musolino, S. (2017), *Soggettività femminili e violenza politica*, Milano: Mimesis.

Orsini, A. (2009), *Anatomia delle brigate rosse. Le radici ideologiche del terrorismo rivoluzionario*, Soveria Mannelli: Rubbettino.

Pellicani, L. (2012), *La società dei giusti. Parabola storica dello gnosticismo rivoluzionario*, Soveria Mannelli: Rubbettino.

Rapoport, D. (2004), *The Four Waves of Modern Terrorism*, in A. Cronin, J. Ludes (eds.) *Attacking Terrorism: Elements of a Grand Strategy*, Washington: Georgetown University Press, pp. 46.73.

Robinson, A., Z. Marchment, P. Gill (2019), *Domestic extremist criminal damage events: behaving like criminals or terrorists?*, in *Secur J*, 32, pp. 153-167. https://doi.org/10.1057/s41284-018-0153-2.

Schils, N., A. Verhage (2017), *Understanding How and Why Young People Enter Radical or Violent Extremist Groups*, in *International Journal of Conflict and Violence*, 11, pp. 1-17. DOI: 10.4119/UNIBI/ijcv.473.

Sjoberg, L., C.E. Gentry (eds.) (2011), *Women, gender, and terrorism*, Athens, GA: University of Georgia Press.

Swann, W.B., J. Jetten, A. Gómez, H. Whitehouse, B. Bastian (2012), *When group membership gets personal: A theory of identity fusion*, in *Psychological Review*, 119(3), pp. 441-456.

Voegelin, E. (1939), *Die politischen Religionen*, Stockholm: Bermann Fischer.

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

Osservatorio sociale

Abstract

Drivers of Far-Left Extremism: a Systematic Review on Current International Scientific Literature

The purpose of this paper is to examine systematically current scientific international literature on far-left extremism with three analytic aims: first, to identify the main trends within the current scientific debate about such political extremism; second, to focus our attention on gender and youth; third, to develop a "gap analysis". According to current scientific literature, far-left groups are characterised by the widespread use of the Internet for both propaganda and mobilisation purposes as well as fighting tactics through an increase in cyberattacks that has been matched by a decrease in physical violence. Manifestations of physical violence are in fact limited and often take place in the form of sabotage and urban guerrilla warfare. On the contrary, within this literature, a fundamental under-researched aspect concerns the link between local and global dimensions in explaining new forms of social and political conflict that characterise European societies, as left-wing extremism is.

Keywords: extremism; radicalisation; far-left; gender; youth.

Recensioni

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

Recensioni

Carlo Mosca, *La sicurezza. Valori, modelli e prassi istituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 666

Il 30 marzo 2021 è venuto a mancare Carlo Mosca, prefetto dalla lunghissima carriera nell'Amministrazione dell'Interno e, tra l'altro, dalla rilevante esperienza di insegnamento nella Scuola di perfezionamento delle Forze di Polizia (di cui era decano, ma diresse anche la Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'Interno) e in vari atenei: con lui è scomparsa una figura decisamente apprezzata per le sue qualità, nei vari ruoli ricoperti (fu anche Consigliere di Stato, oltre che più volte capo di gabinetto di alcuni titolari del Viminale).

Nel corso della sua vita Mosca ha contribuito in modo significativo alla dottrina, dando alle stampe varie pubblicazioni e dedicandosi pure alla riflessione teorica, Solo poche settimane prima della sua morte, Editoriale Scientifica aveva pubblicato l'ultima, corposa opera di Mosca: *La sicurezza. Valori, modelli e prassi istituzionali*. Si tratta di una vera e propria *summa* della riflessione del prefetto e studioso sul tema della sicurezza, a livello generale e con specifico riguardo ai profili legati alla pubblica sicurezza, al ruolo delle forze di Polizia e all'Amministrazione

dell'Interno. Fanno parte del volume anche oltre duecento pagine di fonti normative e altri documenti rilevanti, così da permettere a chi affronta la lettura del saggio di non perdere mai di vista la cornice entro la quale si formano teorie, prassi e nuove proposte.

Fin dalle prime pagine l'autore ha insistito su un profilo per lui di assoluta rilevanza, in ogni discorso relativo alla sicurezza, vale a dire la necessaria *connessione biunivoca e interazione continua tra teoria e prassi*. L'accento è stato posto soprattutto sull'importanza di una teoria generale della sicurezza: ciò a dispetto di un fin troppo marcato – benché comprensibile – approccio concreto ai temi della pubblica sicurezza o di una tendenza a tenere separate figure "teoriche" e "pratiche" senza che queste si confrontino. Secondo Mosca, l'approfondimento teorico deve esistere per essere in grado di spiegare «razionalmente il fenomeno studiato, attingendo alla prassi con l'ambizione di riuscire a ricavarne […] osservazioni che, individuando i modelli concreti d'interazione istituzionale disegnati da norme e regole, possano assumere validità generale». Solo questo, a giudizio di Mosca, permette di dare agli stessi operatori della sicurezza indicazioni e strumenti utili per la loro attività quotidiana: se dunque la prassi fornisce elementi per costruire la teoria, a sua volta questa consente di far emergere l'opportunità di modificare le prassi – anche quando fino a quel momento siano parse soddisfacenti – o le norme che le regolano (o entro cui si sviluppano) per renderle più "giuste" ed efficaci.

A questo proposito, l'autore ha ritenuto opportuno offrire in una quarantina di pagine un *excursus* (necessariamente rapido, ma certo non inutile) delle principali visioni teoriche – soprattutto filosofiche, ma anche storico-politiche – in materia di sicurezza (in dialogo con il concetto

di Stato): dopo qualche accenno all'epoca classica, le riflessioni partono dall'era moderna (in particolare dalle tesi di Hobbes, Locke e Rousseau) e si spingono fino all'apporto fornito in materia da Popper.

Chi studia il diritto costituzionale non può certamente prescindere dal terzo capitolo, dedicao al rapporto tra sicurezza e libertà: Mosca in quelle pagine ha contestato – in coerenza con il suo lungo impegno – l'idea che a più libertà potesse corrispondere meno sicurezza e che l'accrescimento di quest'ultima dovesse comportare inevitabilmente (specie in periodi di emergenza) limitazioni alla prima. Per lui non solo non c'era alcun contrasto tra libertà e sicurezza, ma questa si doveva considerare a tutti gli effetti un «diritto di libertà», costituzionalmente tutelato e coerente con i principi della legge fondamentale, «da apprezzare nella dimensione individuale e collettiva»: diversamente ci si sarebbe trovati di fronte a una «sicurezza non democratica e non costituzionale deviata rispetto alla sua essenza», volta solo a eliminare il disordine e a difendere l'autorità e il potere.

In questo senso, le scelte compiute a partire dalla discussione e dall'approvazione della legge n. 121/1981 («Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza») avrebbero «dilatato il significato della sicurezza, pretendendone una partecipazione e una condivisione dei cittadini», producendo innanzitutto una progressiva integrazione delle forze di polizia nella società civile: questo consentirebbe di garantire allo stesso tempo il diritto alla sicurezza e la sicurezza (intesa come certezza) dei diritti e delle libertà.

È assai rilevante la precisazione di Mosca, per il quale il diritto alla sicurezza – che «si concretizza in termini di anticipata, ragionevole ed effettiva garanzia di protezione dalle minacce […] concrete o potenziali» –

Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 2, 2021
data di pubblicazione: 12 ottobre 2021

«può definirsi tale e legittimarsi […] solo nella misura in cui sia fedele espressione del principio di cui all'articolo 2 della Costituzione» (disposizione "di apertura" che appunto riconoscerebbe quel diritto in quanto avvertito «in un determinato momento storico dalla società»: per l'autore si è di fronte a un «diritto di libertà»[1], costituzionalmente garantito (anche sulla base di quanto rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 2/1956), che vive in «necessaria simbiosi con gli altri diritti e interessi protetti dalla Costituzione e dall'ordinamento giuridico». Il tutto senza perdere di vista, anche nei momenti che richiedono limitazioni maggiori o l'uso della forza, la necessità che la compressione di una situazione giuridica non ecceda mai lo stretto necessario per le esigenze di tutela perseguite (in un'attenta e ponderata opera di bilanciamento) e la salvaguardia della «sicurezza della dignità umana»; diversamente, «si scade nell'arbitrio, nell'autoritarismo e nella tirannica oppressione».

Su queste basi, Mosca ha sottolineato come la missione del Ministero dell'intero (e dell'Amministrazione della pubblica sicurezza) sia «garantire l'esercizio dei diritti civili e sociali di tutti i cittadini», il che vale anche – l'autore ne era profondamente convinto – per le forze di polizia. Tale consapevolezza era servita allo stesso Mosca a introdurre l'approfondimento dei temi del coordinamento e del raccordo istituzionale nel campo della sicurezza, su cui si ragiona a partire dal quarto capitolo. In una realtà istituzionale (nonché ordinamentale, sociale e giuri-

[1] L'autore più avanti parla addirittura di «diritto sociale di libertà», rinvenendo in esso i «profili caratterizzanti un diritto sociale e cioè l'interesse generale alla sua tutela, non solo quella individuale», per cui si può pretendere che lo Stato rimuova «ogni ostacolo alla libertà della paura» e tenda alla tutela dell'uguaglianza.

dica) caratterizzata da un alto grado di complessità, il modello gerarchico non si presenta come il più efficace o, per lo meno, non è in grado da solo di «tutelare, da parte dei cittadini, l'esercizio del diritto alla sicurezza»; il coordinamento è necessario soprattutto tra le varie forze di polizia – senza percorsi autonomi o competizioni pronte a trasformarsi in ostacoli – al fine di «garantire l'unitarietà del sistema sicurezza».

L'esame delle forme, degli strumenti e delle sedi di coordinamento e raccordo ha poi condotto Mosca a un inquadramento storico (e non solo) delle strutture che oggi si riconducono all'Amministrazione della pubblica sicurezza, partendo dalle vicende del Regno, passando per la transizione costituzionale e arrivando agli anni della Repubblica. Particolare rilievo è stato dato all'avvento della citata legge n. 121/1981, indicato come «atto fondamentale significativo di un'importante svolta capace di riaccreditare l'Amministrazione e le Forze di polizia nella società, conferendo loro un ruolo più moderno e un'identità più democratica al servizio della Comunità dei cittadini». L'autore ha così analizzato alla luce di quella fonte anche le norme entrate in vigore in seguito, cercando di collocarle il più possibile nel modello di «sicurezza condivisa, partecipata e integrata» che quarant'anni fa si è iniziato a tracciare (e che in seguito è stato perseguito, non sempre – va detto – con i medesimi risultati). Un capitolo specifico del volume – il sesto – è dedicato al Ministero dell'interno e all'Amministrazione della pubblica sicurezza, alle fonti che li regolano, alla loro organizzazione e alle attività rilevanti per il tema qui trattato.

Nelle sue conclusioni, Carlo Mosca non aveva mancato di sottolineare ancora una volta come «la sicurezza sia davvero tale solo nella misura in cui l'azione di protezione e di bilanciamento dei diritti da essa attinti da

parte dello Stato tenda sempre ad assicurare la massima possibile espansione di tutti gli interessi costituzionali concretamente in gioco»: aveva dunque voluto dare rilievo al volto della sicurezza "espansivo" dei diritti (in senso letterale nella migliore delle ipotesi, nel senso di una loro garanzia in caso di limitazioni necessarie). In questo senso, anzi, l'autore si era spinto oltre, identificando la sicurezza come «un dovere e un obbligo in corrispondenza di un diritto della comunità e di un diritto dell'individuo».

Non si trattava e non si tratta affatto di osservazioni banali, specie in tempi in cui le minacce alla sicurezza (intesa come assenza di preoccupazioni) si fanno tanto immateriali quanto insidiose e si parla – più o meno a (s)proposito – di limitazioni di libertà e diritti imposte da norme di varia natura. La consapevolezza, da parte di funzionarie e funzionari (nonché operatrici e operatori) di pubblica sicurezza, del rilievo di una sicurezza che garantisce, prima ancora di limitare o vietare, sarebbe lo strumento migliore per ottenere e praticare una sicurezza realmente più partecipata e apprezzata. Oltre che per raccogliere in modo degno la lezione di Carlo Mosca.

Gabriele Maestri
(Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato;
coordinatore della redazione di *Democrazia e Sicurezza*)

EDITORIALE
Carlo Focarelli
Intelligenza artificiale e intelligenza naturale

SAGGI
Luca Dell'Atti ed Emmanuele Quarta
Borders and Bordering in the EU in the Time of CoViD-19

Cristina Pauner Chulvi
Transparencia, derecho de acceso a la información y libertad de información durante la emergencia sanitaria por coronavirus en España. Algunas enseñanzas

OSSERVATORI
Gabriele Trombetta
Le interdittive antimafia: un istituto sotto attacco?

Maria Dicosola
La revoca della cittadinanza tra sicurezza nazionale e diritti.
Note a margine del caso Shamima Begum

Francesco Antonelli, Santina Musolino e Valeria Rosato
Drivers of Far-Left Extremism: a Systematic Review on Current International Scientific Literature

RECENSIONI
Gabriele Maestri
Carlo Mosca, La sicurezza. Valori, modelli e prassi istituzionali, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 666

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI