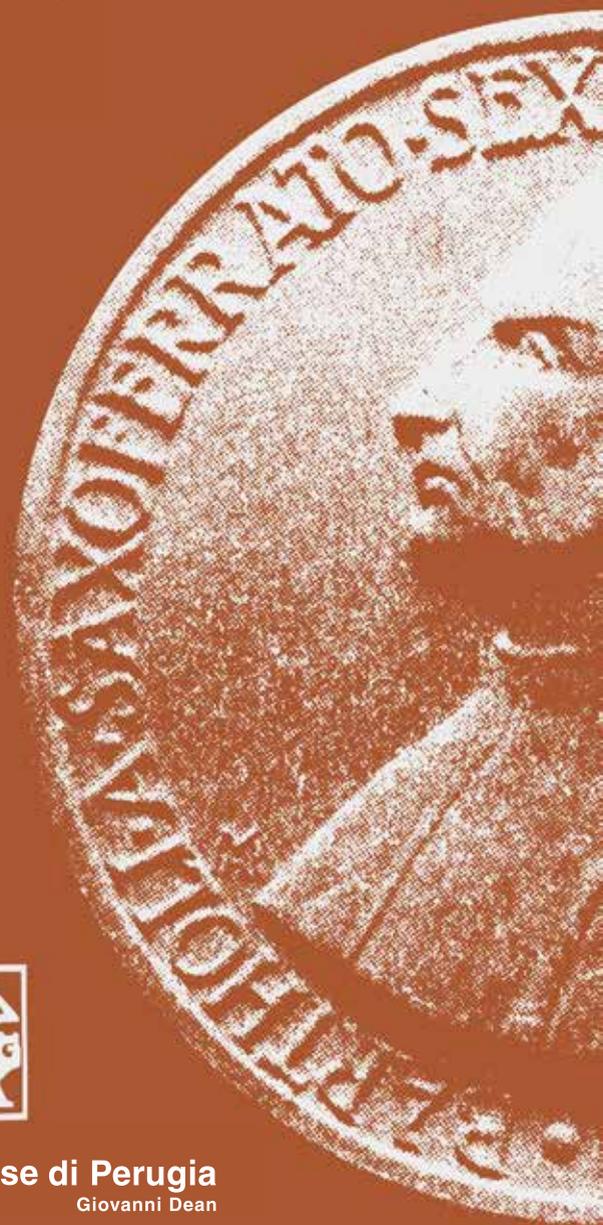
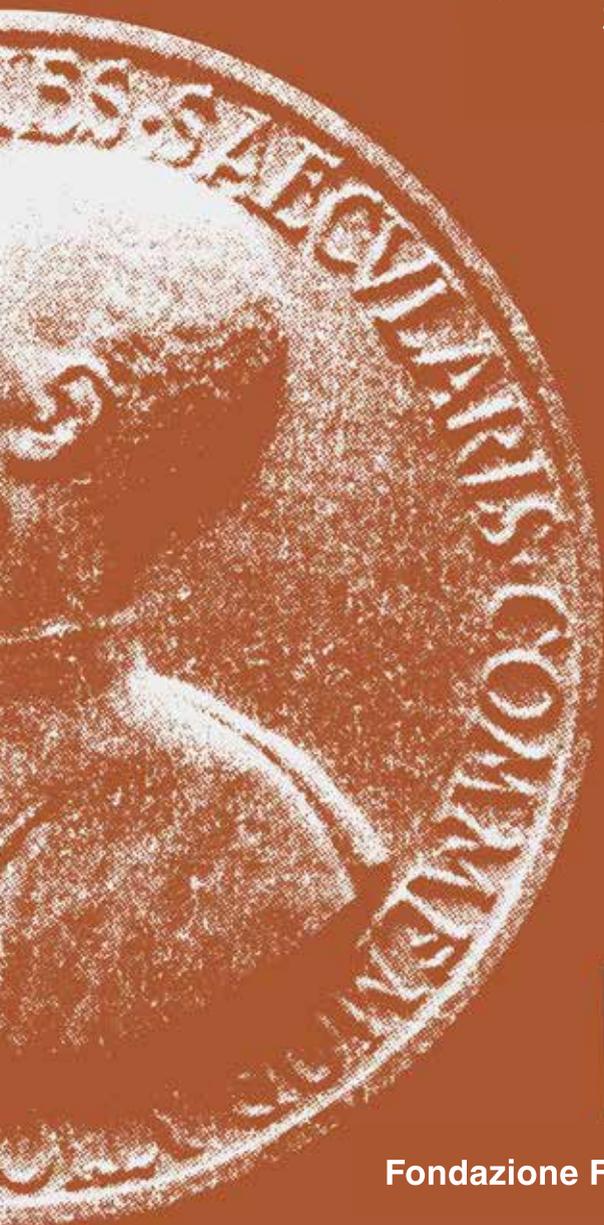


RASSEGNA

GIURIDICA

UMBRA

2013



Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE-SOMMARIO

	Pag.
DIRITTO CIVILE	
Corte costituzionale, 16 luglio 2012, n. 196 (ord.) e Trib. Spoleto, 3 gennaio 2012 (ord.), con nota di S. STEFANELLI, <i>Nozione di embrione umano e aborto della minorenne</i>	261
Trib. Perugia, Sez. lav., 15 febbraio 2013, con nota di S.P. CERRI, <i>Rinunzia all'eredità e forma solenne</i>	281
Trib. Perugia, Sez. I, 20 giugno 2013 (decr.), con nota di E. BABUCCI, <i>Ammnistrazione di sostegno e trattamenti sanitari</i>	301
DIRITTO PENALE	
Corte di Appello di Perugia, 19 aprile 2013, B. B. e S. L., con nota di E. FARINELLI, <i>L'improcedibilità dell'azione penale per difetto di autorizzazione alla riapertura delle indagini archiviate ex art. 414 c.p.p.</i>	319
Ufficio di sorveglianza di Spoleto, 29 luglio 2013, con nota di S. DILETTI, <i>Regime carcerario differenziato e diritti della persona in vincolis: il colloquio con il minore di anni dodici senza il vetro divisorio</i>	326
Tribunale di Perugia, 22 luglio 2013, P.M., con nota di E. FARINELLI, <i>Le nuove potenzialità operative dell'art. 669 c.p.p. in executivis</i>	340
DIRITTO PUBBLICO	
T.A.R. UMBRIA – 16 gennaio 2013, n. 11 – T.A.R. UMBRIA – 16 gennaio 2013 – n. 12 con nota di A. FANI, <i>Brevi note in tema di autorizzazione paesaggistica, con particolare riferimento al parere della Soprintendenza</i>	349
T.A.R. UMBRIA – 18 gennaio 2013, n. 18 – T.A.R. UMBRIA, 18 gennaio 2013, –n. 19 T.A.R. UMBRIA – 18 gennaio 2013, n. 20 – nota di E. ANGELUCCI, <i>Brevi considerazioni sull'attività medica intramuraria tra diritto alla salute, vincoli di sostenibilità finanziaria e poteri del legislatore regionale</i>	369
T.A.R. UMBRIA – 21 gennaio 2013, n. 31 – T.A.R. UMBRIA – 18 febbraio 2013 n. 80 con nota di M. FALCONE, <i>La difficile cittadinanza del buon andamento nelle due pronunce del TAR Umbria: tra accesso ai documenti delle attività ispettive e risarcimento del danno da mero ritardo</i>	383

	Pag.
T.A.R. UMBRIA – 13 febbraio 2013, n.75 – con nota di L. STICCHI, <i>Le ordinanze contingibili e urgenti tra atipicità e controllo giurisdizionale.....</i>	407
T.A.R. UMBRIA – 23 maggio 2013, n. 303 – con nota di G. MANNUCCI, <i>Tra capacità generale e capacità speciale degli enti pubblici: il Tar Umbria sceglie una ‘terza via’?</i>	423

DOTTRINA

F. DI VIZIO, <i>Lo scudo degli evasori riservati e suscettibili: a loro immagine e somiglianza. Lo strano caso di un'emersione a volto coperto.....</i>	435
G. MAGLIOCCA, <i>I riflessi della legge n. 190 del 2012 sulla responsabilità amministrativa degli enti</i>	475
R. CIPPITANI, <i>Aspetti civilistici dell'avvalimento nelle sovvenzioni.....</i>	495
A.M. SPALAZZI CAPRONI, <i>Proprietà e usucapione nel sistema attuale.....</i>	513
S. TUCCANI, <i>Il pagamento agevolato delle sanzioni amministrative pecuniarie tra vantaggi e difficoltà applicative</i>	523

OSSERVATORIO CEDU

Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 7 gennaio 2014, <i>Requête nr. 77/07, con nota di S. STEFANELLI, Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma</i>	535
---	-----

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

- BENI CULTURALI, PAESAGGISTICI E AMBIENTALI** – Autorizzazione Paesaggistica ex art. 146 del d. lgs. 42/2004 – Parere della Soprintendenza - Compatibilità paesaggistica - Natura obbligatoria e vincolante -Autonoma impugnabilità, 349
- Autorizzazione Paesaggistica ex art. 146 del d. lgs. 42/2004 – Parere della Soprintendenza – Accertamento tecnico complesso – Giudizio di valore – Irrilevanza di precedenti interventi edilizi – Estraneità della valutazione di interessi non rientranti nella competenza della Soprintendenza, 349
 - Autorizzazione Paesaggistica ex art. 146 del d. lgs. 42/2004 – Parere della Soprintendenza – Compatibilità paesaggistica – Motivazione per relationem al provvedimento appositivo del vincolo, 349
- CARCERI E SISTEMA PENITENZIARIO** Sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento – Diritti costituzionali della persona detenuta – Colloqui con i figli minori senza vetro divisorio – Tutela del diritto agli affetti familiari – Sussistenza, 326
- DIRITTO D'ACCESSO** – Accesso necessario per la difesa – Tutela della riservatezza del lavoratore – Limiti all'accesso degli atti ispettivi del lavoro, 383
- ESECUZIONE PENALE** – Giudice dell'esecuzione – Competenza ex art. 669 c.p.p. – Ambito applicativo – Estensione – Revoca del provvedimento contrastante emesso nei confronti del medesimo soggetto e nell'ambito della medesima vicenda processuale – Sussistenza – Ragioni, 340
- IGIENE E SANITÀ** – Norma regionale – Introduzione misura di compartecipazione alla spesa sanitaria su prestazioni mediche libero-professionali in regime di intra moenia – Illegittimità, 369
- Introduzione prelievo del 29% del valore tariffario di ogni prestazione in regime di intra moenia – Natura tributaria – Sussistenza – Competenza della legge statale, 369
- INDAGINI PRELIMINARI** – Chiusura delle indagini – Archiviazione – Riapertura delle indagini – Autorizzazione – Mancanza – Conseguenze – Improcedibilità dell'azione penale, 319
- ORDINANZE SINDACALI** – Pericolo per la pubblica incolumità – Onere economico – A carico del proprietario – Assenza imputabilità del proprietario – Carattere ripristinatorio dell'ordinanza – Legittimità (art. 54 d.lgs. 267/2000), 407
- Statuizione spese di esecuzione – Procedimento unitario – Mancata comunicazione di avvio – Infondatezza (art. 54 d.lgs. 267/2000), 407
 - Opportunità – Sindacabilità – Giurisdizione di merito – Esclusione (art. 54 d.lgs. 267/2000 – art. 134 d.lgs. 2 luglio 2010, 407
- PERSONE** – Autorizzazione della minorenze all'interruzione volontaria della gravidanza – Facoltà codecisionale del giudice tutelare – Insussistenza – Distruzione dell'embrione – Questione di legittimità costituzionale – Inammissibilità (Cost., artt. 2, 11, 32 comma 1, 117 comma 1; l. 22 maggio 1978 n. 194, artt. 4, 12), 261
- Embrione umano – Soggettività – Interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni di gestazione – Legittimità costituzionale (Cost., artt. 2, 11, 32 comma 1, 117 comma 1; Dir. 6 luglio 1998 n. 98/44/CE, art. 6, n. 2, lett. c; art. 4 l. 22 maggio 1978 n. 194, art. 4, 12), 261

SUCCESSIONE – Rinunzia all'eredità
– Modalità – Debiti dell'eredità – Legittimazione passiva – Presupposti, 281

PERSONE – Amministrazione di sostegno – Poteri dell'amministratore
– Prestazione di consenso informato

al trattamento sanitario – Sussistenza
– Limiti, 301

TUTELA DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – Cognome del figlio matrimoniale – Non discriminazione nella trasmissione del cognome, 535

DIRITTO CIVILE

I

CORTE COSTITUZIONALE – 16 luglio 2012, n. 196 (ord.) – Pres. Quaranta – Rel. Morelli.

Persone – Autorizzazione della minorenne all'interruzione volontaria della gravidanza – Facoltà codecisionale del giudice tutelare – Insussistenza – Distruzione dell'embrione – Questione di legittimità costituzionale – Inammissibilità (Cost., artt. 2, 11, 32 comma 1, 117 comma 1; l. 22 maggio 1978 n. 194, artt. 4, 12)

Al giudice tutelare, investito della domanda di autorizzazione all'interruzione volontaria della minorenne ai sensi dell'art. 12 della l. 194/1978, non compete alcuna facoltà codecisionale, quanto piuttosto la funzione di verifica in ordine alla esistenza delle condizioni nelle quali la decisione della minore possa essere presa in piena libertà morale. Per tale ragione, non essendo il rimettente chiamato a decidere, o a codecidere, sull'an della interruzione della gravidanza, la denunciata norma dell'art. 4 della l. n. 194 del 1978, che tale interruzione consente, non viene in applicazione del giudizio de quo. Ne deriva l'inammissibilità per irrilevanza della relativa questione di legittimità costituzionale (1).

II

TRIBUNALE DI SPOLETO – 3 gennaio 2012 (ord.) – Giudice tutelare

Persone — Embrione umano – Soggettività – Interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni di gestazione – Legittimità costituzionale (Cost., artt. 2, 11, 32 comma 1, 117 comma 1; Dir. 6 luglio 1998 n. 98/44/CE, art. 6, n. 2, lett. c; art. 4 l. 22 maggio 1978 n. 194, art. 4, 12)

Essendo l'embrione un uomo, seppur in fieri, o quantomeno un individuo in senso proprio, allo stesso spettano i diritti inviolabili di cui

all'art. 2 Cost., ed in specie quello alla salute riconosciuto a qualsiasi individuo dall'art. 32, primo comma Cost., diritti fondamentali dei quali la volontaria interruzione della gravidanza, con distruzione dell'embrione umano, sembra costituire condotta fortemente violativa (2).

I

(*Omissis*). Ritenuto che nel corso di un procedimento ex articolo 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), attivato a seguito della richiesta, del locale Consultorio familiare, di autorizzare una minorenni a decidere l'interruzione volontaria della gravidanza senza informarne i genitori – l'adito Giudice tutelare del Tribunale ordinario di Spoleto ha sollevato, con ordinanza emessa il 3 gennaio 2012, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4 della predetta legge n. 194, nella parte in cui prevede la facoltà della donna, in presenza delle condizioni ivi stabilite, di procedere volontariamente alla interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni dal concepimento, per contrasto con gli articoli 2, 32, primo comma, 11 e 117, primo comma della Costituzione; che, presupposta la rilevanza di tal questione, il rimettente ne ha motivato la non manifesta infondatezza, con richiamo, in premessa, alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 18 ottobre 2011 – resa nel procedimento C-34/10, *Brüstle contro Greenpeace e V.*, e recante l'interpretazione dell'articolo 6, numero 2, lettera c), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche – la quale avrebbe, a suo avviso, attribuito, in modo inequivoco, assoluto rilievo giuridico all'embrione umano, non solo definendolo tale sin dalla fecondazione, ma considerandolo anche un "soggetto" di primario valore assoluto; che – in applicazione, sempre secondo il giudice *a quo*, di tale principio, cui egli attribuisce efficacia diretta e vincolante per tutti gli Stati membri – risulterebbero, conseguentemente, lesi, dalla norma denunciata, i precetti costituzionali: – dell'articolo 2, che garantisce il diritto alla vita anche nello stadio della sua formazione mediante il progressivo sviluppo delle cellule germinali; – dell'articolo 32, primo comma, poiché la volontaria distruzione dell'embrione umano recherebbe *vulnus* al diritto alla salute, parimenti riconosciuto a chiunque possieda una individualità giuridicamente rilevante; – degli articoli 11 e 117, primo comma, per elusione dei vincoli derivanti, al legislatore nazionale, dal principio dell'ordinamento comunitario in tema, appunto di tutela dell'embrione umano, come essere provvisto di autonoma soggettività giuridica; che è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, con il patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato, che ha

concluso per la manifesta inammissibilità della questione, per irrilevanza; e, nel merito, per la sua non fondatezza per assoluta inconferenza del *dictum* della Corte di giustizia europea, non altro recante che una «definizione dell'embrione umano ai soli specifici, e limitati fini, della individuazione di cosa costituisce invenzione biotecnologica brevettabile ai sensi della citata direttiva 98/44/CE»; che, inoltre, secondo l'Avvocatura, «proprio dalla diversa natura dei valori che vengono coinvolti dal presente giudizio, che (...) altro non concerne se non il bilanciamento tra la libera autodeterminazione e la tutela della salute della donna e la tutela dell'aspettativa di vita del nascituro, discende l'impossibilità per il c.d. principio della primazia del diritto europeo di operare. Ciò in virtù della "teoria dei contro limiti", in base al[la] quale la "ritrazione" del diritto interno nei confronti del diritto comunitario non opera "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana"».

Considerato che la riferita questione di costituzionalità è stata sollevata nel corso, come detto, di un procedimento di volontaria giurisdizione ex articolo 12 della citata legge n. 194 del 1978; che – a riguardo del provvedimento di "autorizzazione a decidere" che, in tal procedura, è chiesto al giudice tutelare di pronunciare – già nella sentenza n. 196 del 1987 questa Corte ha precisato che esso ha contenuto «unicamente di integrazione, della volontà della minorenni, per i vincoli gravanti sulla sua capacità d'agire», rimanendo quindi «esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione gravidica»; sicché, «una volta che i disposti accertamenti siansi identificati quale antifatto specifico e presupposto di carattere tecnico, al magistrato non sarebbe possibile discostarsene; intervenendo egli, come si è chiarito, nella sola generica sfera della capacità (o incapacità) del soggetto, tal quale viene a verificarsi per altre consimili fattispecie (per gli interdicendi, ad esempio, ai sensi dell'articolo 414 cod. civ.)»; che le medesime considerazioni si trovano ribadite nelle ordinanze n. 463 del 1988 e n. 293 del 1993; che, anche di recente, è stato ancora una volta riaffermato, nella ordinanza n. 126 del 2012, come, conformemente alla sopra identificata funzione del procedimento dinanzi al giudice tutelare, sia «attribuito a tale giudice – in tutti i casi in cui l'assenso dei genitori o degli esercenti la tutela non sia o non possa essere espresso – il compito di "autorizzazione a decidere", un compito che (alla stregua della stessa espressione usata per indicarlo dall'art. 12, secondo comma, della legge n. 194 del 1978) non può configurarsi come potestà co-decisionale, la decisione essendo rimessa – alle condizioni ivi previste – soltanto alla responsabilità della donna» (ordinanza n. 76 del 1996); e che «il provvedimento del giudice tutelare risponde ad una funzione di verifica in ordine alla esistenza delle condizioni nelle quali

la decisione della minore possa essere presa in piena libertà morale» (ordinanza n. 514 del 2002); che, pertanto, non essendo il rimettente chiamato a decidere, o a codecidere, sull'*an* della interruzione della gravidanza, la denunciata norma dell'art. 4 della legge n. 194 del 1978, che tale interruzione consente, non viene in applicazione del giudizio *a quo*; che la correlativa questione di legittimità costituzionale è manifestamente, quindi, inammissibile per irrilevanza, assorbita rimanendo ogni altra eccezione dell'Avvocatura.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale (*omissis*) dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4 della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), sollevata, in riferimento agli articoli 2, 32, primo comma, 11 e 117 della Costituzione, dal Giudice tutelare del Tribunale ordinario di Spoleto, con l'ordinanza in epigrafe.

II

(*Omissis*). Il competente Servizio presso l'ASL 3 di Spoleto con la relazione indicata in premessa riferiva all'intestato giudice tutelare la situazione della minore N.F., compiutamente generalizzata in atti, la quale, proveniente da altro centro cittadino, si era presentata in data 27 dicembre 2011 presso il consultorio familiare spoletino accompagnata dal fidanzato, anch'egli minorenne, manifestando «con chiarezza e determinazione» la propria decisione di sottoporsi ad I.V.G. «in quanto non si ritiene in grado di crescere un figlio, ne' disposta ad accogliere un evento che non solo interferirebbe con i suoi progetti di crescita e di vita ma rappresenterebbe un profondo stravolgimento esistenziale».

Opportunamente invitata dalle assistenti sociali ad esternare anche le motivazioni più profonde della propria decisione, la ragazza, rifiutando di prendere in considerazione eventuali soluzioni alternative a norma di legge, si diceva «certa che comunicare ai genitori l'accaduto determinerebbe una crisi intra familiare ingestibile: non solo i genitori non capirebbero e non sarebbero in grado di accoglierla, ma lei stessa, consapevole delle gravi questioni che la famiglia ha dovuto affrontare negli anni, verrebbe travolta da un senso di colpa che, sommato alla delicatezza del momento, le diverrebbe insostenibile».

Nel successivo colloquio del 30 dicembre 2011 l'interessata aveva ribadito all'assistente sociale la propria decisione «in maniera ancora più accentuata», rivendicando nel contempo la propria maturità e capacità di compiere scelte autonome; contestualmente aveva sottolineato, per un verso, la fragilità dei propri genitori ed il timore di ferirli in maniera

irreversibile e, per altro verso, il dialogo limitatissimo con essi esistenti di talché «parlare con i genitori significherebbe esporsi ad ulteriori tormenti».

Segnalando che la ragazza era «apparsa piuttosto matura e cosciente, contenuta nelle esternazioni», argomentava il servizio che seppur non si ravvisassero nella descritta situazione elementi concreti di gravità o elementi esplicitamente ostativi al coinvolgimento dei familiari, «la percezione che ha delle fragilità e debolezze dei genitori, sommata ad una storia familiare oggettivamente difficile appare talmente condizionante per cui può ritenersi verosimile che in questo momento non vi siano i presupposti per poter effettuare una mediazione che richiede energie e tempi diversi da quelli indotti dall'emergenza attuale». Esprimeva dunque un parere sostanzialmente favorevole all'accoglimento della richiesta, seppur in parallelo ad un necessario percorso di sostegno ed elaborazione da effettuarsi in favore della giovane nei successivi mesi.

Alla relazione veniva allegato un referto datato 30 dicembre 2011 del servizio di ecografia-ostetrica dell'ospedale di Spoleto attestante una gravidanza alla sesta settimana in regolare evoluzione.

Ritenuto in diritto che: 1) la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 18 ottobre 2011 nel procedimento C-34/10, resa su una domanda di pronuncia pregiudiziale ex art. 267 TFUE circa la corretta interpretazione dell'art. 6, n. 2, lettera C) della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 - 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, contiene fra l'altro (paragrafo 38 della motivazione) la definizione della nozione di «embrione umano»; al riguardo la Corte europea, dopo aver opportunamente rammentato (paragrafo 30 motivazione) che «quanto al significato da attribuire alla nozione di “embrione umano” prevista all'art. 6, n. 2, lettera c) della direttiva, si deve sottolineare che, sebbene la definizione dell'embrione umano costituisca un tema sociale particolarmente delicato in numerosi Stati membri, contrassegnato dalla diversità dei loro valori e delle loro tradizioni, la Corte non è chiamata, con il presente rinvio pregiudiziale, ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma deve limitarsi ad un'interpretazione giuridica delle pertinenti disposizioni della direttiva» così testualmente si esprime (paragrafo 38 motivazione): «Alla luce delle precedenti considerazioni la prima questione deve essere risolta come segue: costituisce un “embrione umano” qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e svilupparsi»; 2) trattandosi di decisione resa in seguito a rinvio pregiudiziale, ex art. 267 TFUE, da parte di un giudice nazionale, il principio interpretativo affermato dal-

la Corte deve ritenersi assumere, per ciò solo, efficacia diretta e vincolante per tutti gli Stati membri (*ex pluribus*, Cassazione - sentenza 14468 del 22 dicembre 1999) i cui operatori del diritto sono dunque chiamati ad applicare la legislazione interna dello Stato in maniera armonica e non confliggente con quanto affermato dalla Corte europea; ciò in linea con la giurisprudenza costituzionale (da ultimo, con sentenza n. 227 del 2010) che, affermando il principio di prevalenza del diritto comunitario in forza dell'art. 11 della Costituzione, ha sancito il potere-dovere del giudice dello Stato di dare immediata applicazione alle norme comunitarie, se provviste di efficacia diretta, in luogo di norme nazionali che risultino in contrasto insanabile in via interpretativa ovvero, negli altri casi, di sollevare questione di legittimità costituzionale anche in relazione al novellato art. 117 della Costituzione; 3) non può non intravedersi nel *dictum* della Corte europea l'affermazione, decisa ed inequivoca quanto mai prima d'ora, dell'assoluto rilievo giuridico attribuito all'«embrione umano», il quale non soltanto viene definito tale «sin dalla fecondazione» – così sgombrandosi il campo da qualsivoglia possibilità di interpretazione alternativa eventualmente finalizzata all'affermazione dell'esistenza di un embrione umano soltanto a partire da un determinata epoca successiva a quella della fecondazione dell'ovulo – ma considerato un soggetto di primario valore giuridico da tutelare in modo assoluto avverso il pericolo di qualsivoglia indebita utilizzazione mediante invenzioni per finalità industriali o commerciali e, ancor più espressamente, escludendosi qualsivoglia brevettabilità «ove l'attuazione dell'invenzione richieda la distruzione di embrioni umani» (paragrafo 49 motivazioni Sentenza); 4) non sembra inesatto affermare, dunque, che l'«embrione umano» debba qualificarsi alla luce dell'intervenuta decisione europea come «essere» provvisto di una autonoma soggettività giuridica della cui tutela l'ordinamento deve farsi carico anche (e soprattutto) a cagione della mancanza di qualsivoglia capacità di autotutela da parte del diretto interessato; *mutatis mutandis*, sembra potersi richiamare in via analogica quella tutela che l'Ordinamento appresta in favore della persona umana anche allorché sia colpita da casi gravissimi di inabilità assoluta determinanti la perdita totale ed irreversibile delle funzioni primarie di comunicazione e locomozione proprie dell'individuo il quale, però, conservando integri i processi vitali primari e la propria sensibilità, proprio per questo non potrà mai esser retrocesso al rango di «cosa inanimata»; 5) e del resto, se tale non fosse stata l'argomentazione logico-giuridica sottesa al ragionamento della Corte europea, non potrebbe altrimenti comprenderci il perché delle relative conclusioni circa il divieto assoluto di brevettabilità delle invenzioni recanti lo sfruttamento a fini industriali-commerciali o addirittura la «distruzione» degli «embrioni umani»; vietare

la «distruzione» dell'«embrione umano» equivale infatti ad affermare il disvalore assoluto in ogni caso, ai sensi dei principi fondanti il diritto dell'Unione europea, della perdita dell'embrione umano per consapevole intervento dell'uomo, se anche effettuato invocando esigenze di progresso scientifico; trattasi quindi di affermazione, nemmeno troppo implicita, della giuridica esistenza di un soggetto, l'«embrione umano» che, in ogni caso, deve trovare tutela in forma assoluta; 6) se tale interpretazione non erra, sembra necessario farne diretta applicazione nel diritto interno allo Stato e, per i fini qui ci occupano, porre d'ufficio la questione della compatibilità fra tale affermato principio e la facoltà prevista dall'art. 4 della l. n. 194/1978 di procedere volontariamente all'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni dal concepimento: ciò comportando, come è ovvio, l'inevitabile risultato della distruzione di quell'embrione umano che, come si è visto, è stato riconosciuto quale soggetto da tutelarsi in modo assoluto nel diritto vivente della Corte europea; 7) sembra dunque necessario e imprescindibile per l'intestato giudice – assolutamente consapevole e rispettoso dei profili di delicatezza e drammaticità che la scelta di procedere ad comporta per qualsiasi donna – sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'indicata norma dell'art. 4 l. n. 194/1978 in correlazione ai principi generali della Carta costituzionale e, in particolare, a quelli di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2) e del diritto fondamentale alla salute dell'individuo (art. 32, primo comma), fermi restando i già ricordati rapporti di rilievo costituzionale fra diritto comunitario e diritto interno ricavabili dall'interpretazione sistematica degli articoli 11 e 117 della Costituzione; 8) in relazione all'art. 2 della Costituzione, poiché dalla definizione di principio contenuta nella decisione della Corte europea sembra doversi ritrarre la conclusione sostanziale che l'«embrione umano» è suscettibile di tutela assoluta in quanto «uomo» in senso proprio, seppur ancora nello stadio di sua formazione/costituzione mediante il progressivo sviluppo delle cellule germinali: si legge infatti nelle motivazioni della decisione (paragrafo 16), nella parte in cui si richiamano le direttive europee: «considerando che il diritto dei brevetti dev'essere esercitato nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo; che occorre ribadire il principio secondo cui il corpo umano, in ogni stadio della sua costituzione e del suo sviluppo, comprese le cellule germinali la semplice scoperta di uno dei suoi elementi o di uno dei suoi prodotti, nonché la sequenza o sequenza parziale di un gene umano, non sono brevettabili»; se dunque l'«embrione umano» deve ritenersi correttamente qualificabile come «uomo», seppur *in fieri*, per il diritto vivente europeo, necessaria conseguenza logico-giuridica è il ritenere costituzionalmente illegittima qualsivoglia norma di legge che, prevedendo la facoltà di addi-

venire alla volontaria distruzione dell'«embrione umano» leda irreparabilmente quel diritto alla vita che è il primo fra i «diritti inviolabili» dell'uomo; 9) in relazione all'art. 32, primo comma della Costituzione, poiché la volontaria distruzione dell'«embrione umano» sembra costituire condotta fortemente volativa anche di quel diritto alla salute che viene affermato e tutelato in quanto «fondamentale diritto dell'individuo» e dunque spettante a chiunque possieda una individualità giuridicamente rilevante: tale è il caso dell'«embrione umano» che, anche qualora volesse disattendersi la definizione di «uomo in fieri» come sopra delineata, è di certo qualificabile come «individuo» in senso proprio, tale dovendosi definire quel centro di imputazione soggettiva di relazioni giuridicamente rilevanti che sia diverso, sotto il profilo ontologico, dalle cose inanimate e, sotto il profilo di genere e specie, dai vegetali e dagli animali. Se dunque l'«embrione umano» è di certo qualificabile almeno come «individuo» in senso proprio ad esso è sicuramente da riconoscersi quella tutela del fondamentale diritto alla salute che è sancita dall'art. 32, primo comma della Carta costituzionale; 10) le considerazioni sopra brevemente esposte militano a favore della rilevanza ai fini dell'odierna decisione della delineata questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 l. n. 194/1978, la cui non manifesta infondatezza impone al giudice di sollevarla di ufficio contestualmente disponendo la sospensione del procedimento nelle forme di legge e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, oltreché le prescritte notifiche ex art. 23, ultimo comma l. n. 87/1953.

Per ovvie ragioni di riservatezza la presente ordinanza dovrà essere comunicata all'interessata mediante consegna di copia a mani proprie esclusivamente per il tramite del competente Servizio sociale ASL 3 Spoleto, il quale curerà le forme più idonee a garantire in ogni caso l'assoluta riservatezza.

(1-2) Nozione di embrione umano e aborto della minorenne

SOMMARIO: 1. *La vicenda all'origine del giudizio.* – 2. *La nozione di embrione umano e il suo ambito applicativo nella giurisprudenza della Corte UE.* – 3. *Dalla nozione allo statuto dei diritti dell'embrione umano.* – 4. *L'obiezione di coscienza del giudice tutelare.* – 5. *L'interruzione volontaria di gravidanza della minorenne.*

1. Nel dicembre 2011 due fidanzati minorenni si presentano al Consultorio di Spoleto: la giovane donna domanda di essere autorizzata all'interruzione volontaria della sua gravidanza, perché non si ritiene «in grado di crescere un figlio, né disposta ad accogliere un evento che non solo

interferirebbe con i suoi progetti di crescita e di vita ma rappresenterebbe un profondo stravolgimento esistenziale». Aggiunge che non vuole informare della sua decisione i propri genitori, essendo «certa che comunicare ai genitori l'accaduto determinerebbe una crisi intra familiare ingestibile: non solo i genitori non capirebbero e non sarebbero in grado di accoglierla, ma lei stessa, consapevole delle gravi questioni che la famiglia ha dovuto affrontare negli anni, verrebbe travolta da un senso di colpa che, sommato alla delicatezza del momento, le diverrebbe insostenibile». Sottolinea anche «la fragilità dei propri genitori ed il timore di ferirli in maniera irreversibile» e «il dialogo limitatissimo con essi esistente», ed aggiunge che «parlare con i genitori significherebbe esporsi ad ulteriori tormenti».

Il giudice tutelare spoletino, chiamato a valutare l'autorizzazione, solleva un dubbio di costituzionalità con riguardo non al procedimento relativo all'aborto della minorenni, ma più radicalmente, in relazione all'art. 4 della l. 194/1978, in quanto consente l'interruzione del processo vitale dell'embrione umano. Tanto ritiene di desumere dalla decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea⁽¹⁾, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche – la quale avrebbe, a suo avviso, attribuito, in modo inequivoco, assoluto rilievo giuridico all'embrione umano, non solo definendolo tale sin dalla fecondazione, ma considerandolo anche un «soggetto» di primario valore assoluto. Per conseguenza, la tutela della salute del concepito, in quanto «individuo» fin dalla fecondazione, vieterebbe la scelta interruttiva della gravidanza, ai sensi degli artt. 2 e 32 Cost., in quanto la volontaria distruzione dell'embrione umano recherebbe pregiudizio a quel diritto, riconosciuto a chiunque possieda una individualità giuridicamente rilevante.

2. La richiamata decisione, ritenuto che la definizione dell'embrione umano debba essere interpretata in senso uniforme nel territorio dell'Unione, mancando nella direttiva 98/44/CE un rinvio ai diritti nazionali, ne traccia una «nozione autonoma»⁽²⁾ in cui comprende l'ovulo umano fin dalla

⁽¹⁾ CGE, 18 ottobre 2011, procedimento C-34/10, interpretativa dell'articolo 6, numero 2, lettera c), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 98/44/CE, in *Famiglia e diritto*, 2012, 221 ss., con nota di SCALERA, *La nozione di "embrione umano" all'esame della Corte UE*; in *Dir. famiglia persone*, 2012, 4 ss., con note di CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*, 20 ss., e di CASINI, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della c.d. "teoria del preembrione"*. La domanda di pronuncia pregiudiziale di interpretazione era stata presentata nel contesto di un procedimento di annullamento, promosso da Greenpeace e V., del brevetto tedesco detenuto dal sig. Brüstle, su cellule progenitrici neurali e procedimenti per la loro produzione, a partire da cellule staminali embrionali, nonché sulla loro utilizzazione a fini terapeutici.

⁽²⁾ Il § 28, CGE, 18 ottobre 2011, *Brüstle c. Greenpeace e V.*, cit., ne evidenzia l'opportunità considerando che «la mancanza di una definizione uniforme della nozione di embrione umano determinerebbe il rischio che gli autori di talune in-

fecondazione, quello fecondato in cui sia impiantato il nucleo di una cellula umana matura, e quello non fecondato che sia stato indotto a dividersi e svilupparsi attraverso partenogenesi; spetta al giudice nazionale stabilire se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stato di blastocisti costituisca, del pari embrione.

Sebbene sia fuori discussione che l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia sulle fonti comunitarie si imponga ai giudici statali nell'applicazione delle norme interne⁽³⁾, costituendo altresì quelle disposizioni parametro della legittimità costituzionale per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.⁽⁴⁾, della pertinenza alla materia del decidere del richiamo alla definizione di «embrione umano» espressa dalla giurisprudenza richiamata dall'ordinanza di rinvio – su cui la Corte Costituzionale

venzioni biotecnologiche siano tentati di chiedere la brevettabilità di queste ultime negli Stati membri che concepiscono nel modo più restrittivo la nozione di embrione umano e, quindi, i più permissivi per quanto riguarda le possibilità di brevettare le invenzioni di cui trattasi, a motivo del fatto che la brevettabilità delle stesse sarebbe esclusa negli altri Stati membri. Una tale situazione costituirebbe una lesione al buon funzionamento del mercato interno, che costituisce lo scopo della direttiva di cui trattasi».

⁽³⁾ L'uniformità in sede di interpretazione e applicazione delle norme comunitarie, che sottende al rinvio pregiudiziale *ex art. 234 TCE*, mira ad «evitare che in uno Stato si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie», nell'insegnamento di CGE, 24 maggio 1977, causa 107/76, *Hoffmann-La Roche*; CGE 4 novembre 1997, causa C-337/95, *Schwarze*. Si discute anche di «uso alternativo» della procedura di rinvio pregiudiziale, per fini ultronei a quelli istituzionali, e la stessa CGE, 18 giugno 1991, causa C-369-89, *Piageme*, pur precisando di non essere depositaria della decisione sulla conformità della norma statale al diritto comunitario, non ha mancato di ribadire la propria competenza nel segnalare al giudice interno «gli elementi di interpretazione che possano consentirgli di valutare tale compatibilità ai fini della soluzione della causa della quale è investito». Così, ad esempio, nel caso *Costa c. Enel*, CGE 15 luglio 1964, causa 6/64. Cfr. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 2000, 153; TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di Giustizia al sistema del diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 147.

⁽⁴⁾ Su cui v. almeno Corte cost., 28 marzo 2006, n. 129, in *Giur. it.*, 2006, 1277 ss. In relazione ai giudizi di legittimità costituzionale in via principale v. Corte cost., ord. 15 aprile 2008, n. 102, in *Giur. cost.*, 2008, 1194 ss. In dottrina, CALVANO, *La Corte "fa i conti" per la prima volta col nuovo art. 117, comma 1, Cost. Una svista o una svolta monista della giurisprudenza costituzionale sulle "questioni comunitarie"?*, *ivi*, 2005, 443 ss.; CARDONE, *Diritti fondamentali (teoria multilivello)*, in *Enc. Dir. Annali*, vol. IV, Milano, 2011, 335 ss., spec. 361 ss.; *Id.*, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012; G. D'ALESSANDRO, *Prime impressioni sull'impatto della costituzionalizzazione del "vincolo comunitario" nelle giurisprudenza costituzionale*, in FALZEA, SPADARO, *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 397 ss. Cfr., sull'efficacia della sentenza interpretativa nel giudizio incidentale di costituzionalità, in caso di consequenzialità necessaria tra giudizio di legittimità comunitaria e costituzionale, E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia, Oggetto ed efficacia della procedura*, Torino, 2012, 342 ss.

non si è espressa, dichiarando la questione assorbita dalla pronuncia di inammissibilità – sembra lecito dubitare.

La definizione oggetto della premura del giudice tutelare è chiaramente riferita, in più punti della parte motiva della sentenza della Corte di Lussemburgo e nello stesso dispositivo, all'applicazione dell'art.6, n. 2, lett. c) della direttiva 98/44/CEe non ne trascende l'ambito di applicazione alla brevettabilità di invenzioni biotecnologiche che utilizzino embrioni umani. Il giudice del rinvio aveva, infatti, richiesto alla Corte di giudicare la compatibilità col diritto uniforme del brevetto relativo ad un «insegnamento tecnico» che non utilizza tali embrioni, ma che presuppone la loro distruzione, facendone un «materiale di partenza» per l'estrazione di cellule staminali pluripotenti da cui isolare cellule progenitrici depurate, per la terapia cellulare di terapie neurologiche⁽⁵⁾.

I §§ 30 e 31 della sentenza esplicitamente escludono che la Corte sia «chiamata ... ad affrontare questioni di natura medica o etica», quanto piuttosto alla «determinazione del significato e della portata dei termini per i quali il diritto dell'Unione non fornisce alcuna definizione ... tenendo conto del contesto in cui sono utilizzati e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essi fanno parte».

Mirando la legislazione comune «ad incoraggiare gli investimenti nel settore della biotecnologia»⁽⁶⁾, ritiene la Corte che «il contesto e lo scopo della direttiva rivelano pertanto che il legislatore dell'Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di ottenere un brevetto quando il rispetto dovuto alla dignità umana può esserne pregiudicato»: in siffatta ottica, ed esclusivamente «ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, n. 2, lett. c) della direttiva» ritiene, di conseguenza, di qualificare come embrione umano qualsiasi ovulo fecondato, «dal momento che la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano»⁽⁷⁾.

L'esclusione di qualsivoglia estensione di siffatta nozione oltre i limiti

⁽⁵⁾ L'*Embryonenschutzgesetz* del 13 dicembre 1990, art. 8, n. 1, definisce l'embrione umano come l'ovulo fecondato, fin dalla fusione dei nuclei, ma anche qualsiasi altra cellula «totipotente», in grado di dividersi e svilupparsi fino a diventare un individuo, ma non considera tali le cellule staminali «pluripotenti», che hanno la capacità di diventare qualsiasi tipo di cellula, ma non un individuo completo. Il brevetto oggetto del giudizio riguardava appunto il procedimento di produzione di cellule progenitrici neurali isolate e depurate, a partire da cellule staminali embrionali pluripotenti, utilizzabili per il trattamento di malattie neurologiche, di cui sono in corso applicazioni cliniche su pazienti affetti da morbo di Parkinson. Il procedimento brevettato mirava a produrre una quantità potenzialmente illimitata di cellule progenitrici, con proprietà neuronali o gliali, evitando di ricorrere al prelievo di tessuti cerebrali di embrioni umani, che, secondo il § 17 della sent. della Corte UE «pone importanti problemi etici e non consente di far fronte al fabbisogno di cellule progenitrici necessarie per rendere accessibile al pubblico la cura mediante terapia cellulare».

⁽⁶⁾ Cfr. § 32, CGE 18 ottobre 2011, *Brüstle c. Greenpeace e V.*, cit.

⁽⁷⁾ Cfr. § 35, CGE 18 ottobre 2011, *Brüstle c. Greenpeace e V.*, cit.

della brevettabilità a fini industriali e commerciali è vieppiù ribadita dalla considerazione del quarantaduesimo «considerando» della direttiva, che ammette la brevettabilità delle «invenzioni a finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano e sono utili all'embrione umano»⁽⁸⁾: è, in altri termini brevettabile l'utilizzazione di embrioni per finalità di terapia o diagnosi, ma non quella diretta a finalità scientifiche.

Determinanti, infine, nel senso di sostenere l'obiezione formulata dall'Avvocatura dello Stato a sostegno della legittimità della legislazione italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza, sono le considerazioni dedicate dalla Corte alla questione circa la brevettabilità di una invenzione che presupponga la distruzione dell'embrione allo stato di blastocisti, per prelevarne le cellule staminali, in quanto l'insegnamento tecnico sul quale si domanda il diritto di privativa riguarda una fase successiva a quella di creazione delle cellule medesime.

La decisione di ricomprendere la fattispecie nel novero di quelle escluse dalla disposizione oggetto di interpretazione prende le mosse, in coerenza con le premesse, dall'identica *ratio* di evitare che, «mediante un'abile stesura della rivendicazione»⁽⁹⁾, il richiedente ottenga il diritto di sfruttare a fini industriali, commerciali o di ricerca scientifica, un insegnamento tecnico che presupponga la preventiva distruzione di embrioni umani, eventualmente ad opera di terzi e comunque non oggetto di privativa, sfruttando a tal fine le maglie più ampie di una legislazione statale, in modo da ledere il buon funzionamento del mercato interno, violando il diritto fondamentale alla dignità umana.

3. Nonostante gli evidenti limiti che la decisione della Corte di Giustizia impone alla definizione in essa contenuta, è indubitabilmente vasto l'interesse che da più parti ha sollevato, quale prima definizione di embrione umano avente efficacia nell'ordinamento italiano⁽¹⁰⁾.

Non mancano disposizioni che tale definizione presuppongono: così il capo VI della l. 19 febbraio 2004, n. 40, è intitolato alle «misure di tutela dell'embrione», su cui l'art. 13 vieta «qualsiasi sperimentazione» ed «ogni forma di selezione a scopo eugenetico», mentre la disposizione successiva ne proibisce la crioconservazione⁽¹¹⁾; negli stessi termini, l'art. 81 *quinquies*

⁽⁸⁾ Cfr. § 44, CGE 18 ottobre 2011, *Brüstle c. Greenpeace e V.*, cit.

⁽⁹⁾ Cfr. § 50, CGE 18 ottobre 2011, *Brüstle c. Greenpeace e V.*, cit.

⁽¹⁰⁾ Analizza le scelte linguistiche impiegate dai documenti normativi nel riferirsi all'embrione, nella loro funzionalità agli scopi pratici e politici perseguiti, DURANTE, *La semantica dell'embrione nei documenti normativi. Uno sguardo comparatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 63 ss.

⁽¹¹⁾ L'art. 13, co. 3, della l. n. 40 del 2004, lett. a), vieta «la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge», mentre la lett. c) estende il divieto agli «interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca». Trib. Firenze, ord. 12 dicembre

del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, introdotto dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131, che esclude la brevettabilità di «ogni utilizzazione di embrioni umani, ivi incluse le linee di cellule staminali embrionali umane»⁽¹²⁾.

La dottrina si divide nel fissare la nozione «biologica» di embrione al momento della fecondazione, con la creazione di un nuovo corredo genetico, diverso da quello dei gameti che vi hanno dato origine fondendosi⁽¹³⁾, ovvero a quello successivo in cui il patrimonio genetico dello zigote si attiva⁽¹⁴⁾, piuttosto che alla seconda settimana, quale stadio in cui non può più avvenire una divisione che origini un gemello omozigote⁽¹⁵⁾, ma non manca chi vede nella formazione della stria primitiva, da cui origina il sistema nervoso e così la sensibilità al dolore, l'acquisto della qualità di embrione⁽¹⁶⁾.

Quel che si dibatte è, all'evidenza, l'inizio della vita umana, e l'incertezza sembra avvalorare la tesi che ritiene arbitraria qualsiasi delimitazione degli stadi di uno sviluppo che appare privo di soluzioni di continuità⁽¹⁷⁾,

2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 589 ss., con nota di DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giurisprudenziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, ha sollevato questione di costituzionalità del divieto di destinazione alla ricerca clinica e alla sperimentazione sugli embrioni. Cfr., sui diversi modelli di riconoscimento e di tutela del diritto alla salute, nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, cfr. REPETTO, "Non di sola Cedu ..." *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubblico*, 2013, 131 ss. L'ulteriore divieto di produzione di embrioni in numero superiore a tre, contenuto nell'art. 14, comma 2, è stato dichiarato illegittimo da Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, in *Famiglia e diritto*, 2009, 761 ss., con nota di DOGLIOTTI.

⁽¹²⁾ Formula da riferirsi alle cellule staminali pluripotenti, sicché è ammissibile e tutelata dagli artt. 9 e 27 Cost. la sperimentazione su cellule embrionali importate dall'estero, secondo SANTOSUOSSO, *Due termini indicativi della situazione italiana*, in ROLLIER, SARVARINO, *Cellule staminali. Aspetti scientifici e questioni etiche*, Torino, 2010, 126 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. BUSNELLI, *Art. 1*, in BIANCA, BUSNELLI, *Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1978, 1600 ss.

⁽¹⁴⁾ ZATTI, *La prospettiva del biologo*, in AA.VV., *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Padova, 1987, 1991 ss.; ID., *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 438 ss.; ID., *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 149 ss.; DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI, *Il governo del corpo*, tomo II, nel *Trattato di biodiritto Rodotà Zatti*, Milano, 2011, 1545 ss.

⁽¹⁵⁾ VIANO, *L'embrione: statuto e regole*, in *Bioetica*, 1996, 476 ss., sulla base della considerazione per cui solo fino a questo stadio, assimilabile al quinto giorno di gestazione, le 16 cellule di cui si compone l'embrione sono totipotenti.

⁽¹⁶⁾ FLAMIGNI, *Il libro della procreazione*, Milano, 1998, 54 ss.

⁽¹⁷⁾ BELLELLI, *La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina*, in *Famiglia*, 2004, I, 985 ss.; VILLANI, *La procreazione assistita*, in COLLURA, LENTI, MANTOVANI, *Filiazione*, nel *Tratt. dir. famiglia Zatti*, II ed., Milano, 2012, 625 ss., spec. 627 «il problema di dare una sicura definizione di "embrione", in assenza di indicazioni legislative vincolanti, non appare superabile da parte dell'interprete senza correre il rischio di cadere nell'arbitrio». Il biologo BONCINELLI, *L'etica della vita (Siamo uomini*

e la decisione della Corte di Giustizia appare coerente nell'assumere la definizione di embrione più ampia possibile, per «tutelare a tutto tondo la dignità umana»⁽¹⁸⁾.

Non difforme appare l'orientamento espresso dal Comitato nazionale di Bioetica, attraverso l'enunciazione del «dovere morale di trattare l'embrione umano, sin dalla sua fecondazione, secondo i criteri di rispetto e tutela che si devono adottare nei confronti degli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone»⁽¹⁹⁾, così fissando alla fecondazione l'inizio della persona e della vita⁽²⁰⁾, che l'art. 3 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 protegge, come anche il patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York nel 1966, alla parti dell'art. 2 della Carta fondamentale dell'Unione Europea, dell'art. 2, primo comma, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e degli artt. 2 e 32 Cost.

Che il diritto alla vita sia riconosciuto al concepito proprio in forza del preambolo della Dichiarazione dell'ONU sui diritti del fanciullo del 1959, del resto, è insegnamento contenuto nella giurisprudenza costituzionale formata sulla richiesta di *referendum* abrogativi delle disposizioni della l. 194 del 1978 relative alle procedure amministrative ed alle fattispecie incriminatrici connesse, col riconoscere all'art. 1 contenuto costituzionalmente vincolato, in quanto «oltre a ribadire ... i principi costituzionali del diritto alla procreazione cosciente e responsabile e del valore sociale della maternità, stabilisce che la vita umana debba essere tutelata sin dal suo inizio»⁽²¹⁾.

o embrioni?), Milano, 2008, 141, concorda nel ritenere che «la biologia di per sé non ha (e non può avere) una risposta a questo interrogativo» dell'inizio della vita.

⁽¹⁸⁾ D'AGOSTINO, *Rigorosa eurosentenza: un ottimo esempio*, in *Avvenire*, 18 ottobre 2012.

⁽¹⁹⁾ C.N.B., *Identità e statuto dell'embrione umano*, parere del 28 giugno 1996.

⁽²⁰⁾ Cfr. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533 ss.; SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, *ivi*, 2008, I, 247 ss., le cui considerazioni a proposito della nascita, assunta a fondamento della soggettività nell'art. 1 (p. 256), appaiono condivisibili per qualsiasi diverso criterio temporale, estraneo al *continuum* della vita uterina: «erigere una barriera tra un prima e un dopo, che però non segna alcun tipo di autentica novità tra i due successivi momenti, che con quella "nascita" non imprime alla creatura alcun sostanziale elemento modificativo di quella individualità, quasi fosse prima insussistente, significa mortificare quella inscindibilità materia/spirito che è l'unico carattere immanicabile e rivelatore su cui si può costruire qualsiasi concezione – filosofica, culturale, spirituale, intellettuale – del "soggetto" umano, della "persona", che a tale qualifica perviene in quanto dotato degli elementi individuatori della specie cui appartiene, e non certo perché ha subito, dopo aver ultimato il proprio processo di maturazione prenatale, un taglio del cordone ombelicale». V. anche, sull'inizio della vita, tra acquisto della capacità giuridica ex art. 1 c.c. e divieto di interruzione della gravidanza in caso di capacità di vita autonoma del feto, ex art. 71. 194/1978, FERRANDO, *Nascere per il diritto. Grandi prematuri e decisioni di inizio vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 97 ss.

⁽²¹⁾ Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. it.*, 1997, I, 348 ss.; cfr. PALAZZO,

Tanto introduce a questioni circa la soggettività dell'embrione e del concepito su cui, in questa sede, non è consentito altro che accennare⁽²²⁾, come alla categoria, proposta dalla dottrina d'oltralpe, dei centri di interesse, cui l'ordinamento imputa situazioni giuridiche anche parziali e flessibili⁽²³⁾, alla giurisprudenza formatasi in favore del risarcimento del danno sofferto da colui che neppure era concepito al momento in cui il medico prescriveva, per facilitare il concepimento, specialità medicinali aventi effetti teratogeni⁽²⁴⁾, ovvero sulla responsabilità endofamiliare della madre che abbia tenuto, durante la gravidanza, comportamenti pericolosi per la salute del feto ai quali siano riconducibili patologie del figlio⁽²⁵⁾, sulla responsabilità dei genitori per le patologie trasmesse al figlio col concepimento⁽²⁶⁾, ed infine sulla risarcibilità del diritto a non nascere, se non sano⁽²⁷⁾.

L'argomento non sembra, invece, determinante per la decisione oggetto del giudizio in cui ha avuto origine la giurisprudenza in commento, ed in tanto non può che concordarsi con la decisione di inammissibilità della sollevata questione.

La filiazione, in Tratt. dir. civ. comm. Cicu Messineo Mengoni, Schlesinger, II ed., Milano, 2013, 7 ss.

⁽²²⁾ La letteratura sull'argomento è vastissima: se ne legga una meditata ricostruzione e interessanti spunti argomentativi a proposito della capacità giuridica speciale del concepito in VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento tra procreazione naturale e procreazione assistita*, Perugia, 2011, 22 ss.; v. anche GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, 3 ss. In prospettiva storica, cfr. FERRI, *Sulla qualificazione giuridica del concepito nei codici degli Stati italiani preunitari e nella stagione della codificazione unitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 227 ss.

⁽²³⁾ FARIAT, *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche*, in *Rev. trim. droit civil*, 2002, 221 ss.

⁽²⁴⁾ Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 10, 2063 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. LISERRE, *In tema di danno prenatale*, in *Riv. Dir. civ.*, 2002, 104 ss.

⁽²⁶⁾ Su cui il remoto precedente di Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 991 ss.,

⁽²⁷⁾ Cass. civ., sez. III, 02 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 175 ss. con commento di PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*; in *Danno e responsabilità*, 2013, p.139 ss., con nota di CACACE, *Il giudice "rottamatore"*, e l'enfant prejudice; in *Corriere giuridico*, 2013, 59 ss. con nota di MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Giur. it.*, 2013, 809 ss., con note di CARUSI, *Revirement in alto mare: il "danno da procreazione" si propaga al procreato?*, e di CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere*, *ivi*, 813 ss.; in *Persona e mercato*, 2012, 47 ss., con nota di ERRANTE PARRINO; su cui anche la nota di IULIANI, *Gli equivoci della giurisprudenza creativa: nota a Cassazione 2-10-2012, n. 16754*, in *Giureta*, 2013, 361 ss., risolve la questione ritenendo che oggetto della tutela non sia tanto «un diritto alla vita, né un diritto a nascere sano, né tantomeno un diritto a non nascere», quanto piuttosto il diritto alla salute, leso per conseguenza di una condotta posta in essere durante la fase della gestazione del neonato, posto che «l'intero plesso normativo, ordinario e costituzionale, sembra muovere nella direzione del concepito inteso come oggetto di tutela e non anche come soggetto di diritto».

4. Nella progressione argomentativa della decisione di rinvio, la qualificazione dell'embrione in termini di uomo, ed in quanto tale titolare di tutti i diritti inviolabili della persona, ed in primo luogo di quello alla vita, è fondata sulla lettura del complesso articolato normativo costituito dall'integrazione delle fonti comunitarie con l'ordinamento interno. È l'aver ritenuto coincidenti le nozioni di embrione e di uomo a costituire l'ipotesi dalla quale procede l'assunzione del concepimento a confine temporale iniziale alla vita umana, rispetto alla quale si intende illegittimo l'intervento abortivo per la conseguenziale distruzione dell'embrione⁽²⁸⁾, e quindi recessivo il diritto materno all'interruzione volontaria della gravidanza, senza alcun riferimento alle istanze di tutela della salute materna, di cui il medesimo è espressione.

Conclusione che non può dirsi corrispondere a valori e principi condivisi dalla collettività dei consociati, ma neppure al bilanciamento dei diritti accettato dalla Carta Costituzionale ed attuato dalla l. 194 del 1978 col rimettere non semplicemente all'autodeterminazione materna, ma alla scelta motivata da ragioni di tutela della salute psico-fisica della gestante, apprezzate dagli accertamenti tecnico sanitari, la scelta interruttiva della gravidanza che realizza il sacrificio del diritto alla vita del feto⁽²⁹⁾.

Conferme ne sono la sanzione penale che assiste i casi di interruzione della gravidanza che esulino dalle ipotesi tassativamente previste dall'art. 4, primo comma, della stessa legge 194⁽³⁰⁾, ma anche la previsione della verifica dell'accertata impossibilità di vita autonoma del feto nel caso in cui sussista l'accertamento di un processo patologico in atto, oltre la prognosi di un pericolo grave per la salute della donna, nei casi di cui all'art. 6⁽³¹⁾.

Autorevole dottrina, evidenziando il consolidato orientamento del giudice delle leggi nel senso della legittimità delle disposizioni denunciate, ha evidenziato rispetto alla decisione in commento il «malizioso sospetto» circa l'abuso del sindacato di legittimità costituzionale, allo scopo di mascherare «l'obiezione di coscienza del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione dell'aborto della minorenne»⁽³²⁾, e la censura non sembra destituita di fondamento.

⁽²⁸⁾ Lo evidenzia, in particolare, l'assunto secondo cui il divieto di brevettabilità delle invenzioni che producano la distruzione dell'embrione «equivale infatti ad affermare il disvalore assoluto in ogni caso, ai sensi dei principi fondanti il diritto dell'Unione europea, della perdita dell'embrione umano per consapevole intervento dell'uomo».

⁽²⁹⁾ BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Democrazia e diritto*, 1988, 216 ss.; PALAZZO, *La filiazione*, cit., 108 ss.; BILÒ, *Art. 4, legge 22 maggio 1978, n. 194*, in SESTA, *Codice della famiglia*, II, *Leggi collegate*, II ed., Milano, 2009, 2744.

⁽³⁰⁾ Cfr. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, 162 ss.

⁽³¹⁾ Cfr. Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Danno e resp.*, 1995, 552 ss.

⁽³²⁾ FINOCCHIARO, *Un grave sospetto: il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale può essere abusivo e mascherare l'obiezione di coscienza del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione dell'aborto della minore?*, in *Giust. civ.*, 2013, 1349 ss. V, però, Corte cost., 25 maggio 1987, n. 196, in *Foro it.*,

Rileva soprattutto considerare che, nella prevedibilità dell'esito del giudizio di costituzionalità alla luce del costante orientamento della Consulta, i tempi – pur contratti al minimo – della definizione del giudizio di costituzionalità, nella sospensione del giudizio *a quo*, avrebbero necessariamente comportato, nella migliore delle ipotesi, l'evoluzione fisiologica della gravidanza, che al 30 dicembre 2011 era alla sesta settimana, ed al tempo della decisione (metà luglio 2012) doveva essere prossima a concludersi, non volendo neppure immaginare che la donna sia ricorsa a procedure abortive clandestine, di estrema pericolosità, per conseguenza del sostanziale diniego di giustizia pattito⁽³³⁾.

Sembrebbero sussistere, piuttosto, le «gravi ragioni di convenienza» alla cui ricorrenza l'art. 51, comma 2, c.p.c. riconnette la facoltà di astensione del giudice che rilevi «la perdita di serenità e il timore (o, perfino, la certezza) di non essere capace di superare i propri pregiudizi nell'applicazione di una legge»⁽³⁴⁾, necessaria a tutelare il diritto fondamentale alla salute e quello

1988, I, 758, con nota di Rossi, *L'obiezione di coscienza del giudice*, ha dichiarato la non fondatezza, in riferimento agli art. 2, 3, 19 e 21 Cost., della questione di legittimità costituzionale degli art. 9 e 12 l. n. 194 del 1978 nella parte in cui non prevedono l'obiezione di coscienza del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione della minore all'interruzione volontaria della gravidanza.

⁽³³⁾ Cfr., a tal proposito, Corte cost. 19 luglio 2012, n. 126, in *Foro it.*, 2012, I, 2553 ss., con nota di DE MARZO, *Alcune questioni ancora aperte in tema di interruzione volontaria di gravidanza*; in *Fam. e dir.*, 2012, 979 ss., per cui il costante orientamento interpretativo della disposizione censurata «farebbe ... supporre che il rimettente cerchi di utilizzare in modo improprio e distorto la proposizione dell'incidente di costituzionalità (che, interrompendo la necessaria e naturale speditezza della procedura, di fatto vanifica l'istanza di tutela del diritto fondamentale alla salute psicofisica della minore gestante, oggetto primario delle garanzie approntate dalla l. n. 194 del 1978: Corte cost. n. 35 del 1997 e Corte cost. n. 27 del 1975)». Commenta FINOCCHIARO, *Un grave sospetto: il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale può essere abusivo e mascherare l'obiezione di coscienza del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione dell'aborto della minore?*, cit., 1353 «Perfino il più inesperto, ingenuo e candido studente del primo anno del corso di laurea in giurisprudenza, leggendo le previsioni di cui agli art. 23 ss. l. 11 marzo 1953 n. 87 (in forza delle quali, da un lato, il procedimento nel corso del quale è sollevata questione di legittimità costituzionale, si sospende finché questa non viene decisa e, dall'altro lato, il giudizio di legittimità costituzionale si articola in una serie di atti il cui compimento inevitabilmente richiede non giorni, ma mesi), non può non giungere alla conclusione che la decisione della Corte costituzionale è ineluttabilmente destinata ad intervenire tardivamente rispetto ai brevissimi termini stabiliti dal comma 2 dell'art. 12, cit. per concedere l'autorizzazione della minore a interrompere la gravidanza».

⁽³⁴⁾ FINOCCHIARO, *Un grave sospetto: il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale può essere abusivo e mascherare l'obiezione di coscienza del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione dell'aborto della minore?*, cit., 1352, che conclude, 1357, per l'applicabilità dell'art. 2, comma 1, l. 13 aprile 1988, n. 117 sull'azione di risarcimento del danno patito in conseguenza del fatto doloso del magistrato, e l'art. 2, comma 1, lett. a), d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, in materia di illecito disciplinare.

all'autodeterminazione⁽³⁵⁾ della donna minorenni. Tantopiù in quanto il giudice tutelare in questione appare pienamente consapevole, anche sulla scorta della relazione del consultorio familiare, dell'urgenza di provvedere, non essendovi addirittura nemmeno «i presupposti per poter effettuare una mediazione» con i genitori, «che richiede energie e tempi diversi da quelli indotti dall'emergenza attuale», ma certamente inferiori a quelli imposti dalla sospensione del giudizio autorizzatorio nell'attesa della decisione sull'incidente di costituzionalità.

5. Nell'apprezzamento della Corte Costituzionale il rigetto della sollevata questione di illegittimità trova causa nella inapplicabilità della disposizione denunciata al procedimento disegnato dall'art. 12, secondo comma, della legge 194 del 1978 in termini di esclusiva «verifica in ordine alla esistenza delle condizioni nelle quali la decisione della minore possa essere presa in piena libertà morale»⁽³⁶⁾.

In una materia così delicata, diretta a realizzare la tutela del diritto fondamentale alla salute psicofisica della minore gestante, non si può prescindere dall'attribuire valore alla volontà del soggetto interessato, titolare dei diritti assoluti che vengono in considerazione, anche se questi non abbia capacità di agire. In generale, con riguardo al minore di età la dottrina ha da tempo dimostrato l'esistenza nel sistema attuale di un diritto all'ascolto, in forza del quale costui deve essere consultato, talora con effetti vincolanti, in questioni di particolare rilevanza concernenti essenzialmente la sua

⁽³⁵⁾ PRINCIPATO, *La capacità dei minori, la potestà genitoriale ed il controllo giurisdizionale: tassonomia della volontà nell'interruzione della gravidanza*, in *Giur. cost.*, 2012, pag. 1800, «Nell'ipotesi di atto interruttivo della gravidanza, la decisione diviene esercizio di libertà personale e diritto alla salute: l'interruzione della gravidanza non potrebbe mai essere eseguita in difetto di consenso della gestante, anche minore purché capace di intendere e di volere, poiché altrimenti essa si risolverebbe in un trattamento sanitario obbligatorio, contrario a Costituzione anche se disposto dalla legge (ciò che, ovviamente, non è) siccome implicante un sacrificio lesivo della personalità umana, non sorretto da alcuna giustificazione in rapporto con l'esigenza di evitare un danno alla salute pubblica. Correlatamente, per identiche ragioni, la prosecuzione della gravidanza non può essere rimessa che alla volontà della madre ed a prescindere dall'età, fatta salva l'ipotesi di incapacità di intendere e di volere».

⁽³⁶⁾ Così nel testo della decisione in commento, con espresso rinvio a Corte cost., ord. 4 dicembre 2001, n. 514, in *Giur. cost.*, 2002, 4252; Corte cost. e n. 126 del 2012, *cit.*; nel senso della legittimità costituzionale della disciplina dell'aborto della minorenni si esprimono anche Corte cost. 25 giugno 1981 n. 109, in *Giur. cost.*, 1981, I, 948 ss.; Corte cost. 16 febbraio 1982 n. 47, *ivi*, 1982, I, 384 ss.; Corte cost. 31 dicembre 1982 n. 259, *ivi*, 1982, I, 2397 ss.; Corte cost. 20 marzo 1985 n. 80, *ivi*, 1985, I, 558 ss.; Corte cost. 20 novembre 1985 n. 297, *ivi*, 1985, I, 2259 ss.; Corte cost. 14 aprile 1988 n. 463, in *Foro it.*, 1988, I, 2109 ss.; Corte cost. 18 gennaio 1989 n. 14, in *Giur. cost.*, 1989, I, 51 ss.; Corte cost. 16 marzo 1990 n. 133, *ivi*, 1990, 749 ss.; Corte cost. 24 giugno 1993 n. 293, *ivi*, 1993, 2096 ss.; Corte cost. 15 marzo 1996 n. 76, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 241 ss., con nota di BISCONTINI, *Aborto della minorenni e obiezione di coscienza del giudice tutelare*.

persona e le situazioni familiari che possono riguardarlo⁽³⁷⁾, e, del resto, in questa direzione sembrano muoversi, in deroga al disposto dell'art. 2 c.c., non solo i provvedimenti legislativi interni, ma anche le fonti internazionali degli ultimi decenni, che mostrano sempre maggiore considerazione per il minore, preoccupandosi essenzialmente che il soggetto abbia la maturità adeguata alle decisioni che è chiamato a prendere⁽³⁸⁾. Così, da ultimo, la l. n. 219 del 2012 sulla parificazione degli *status* di filiazione ed il relativo d.lgs. n. 153 del 2013, attraverso la previsione dell'ascolto del minore dodicenne o comunque capace di discernimento⁽³⁹⁾, contenuta nel nuovo terzo comma dell'art. 262 c.c..

L'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, anche in applicazione del fondamentale principio di eguaglianza sostanziale tra i soggetti di diritto (art. 2 Cost.), è unanimemente ricondotto nell'alveo della capacità di intendere e di volere, ritenendosi irrilevante la capacità di agire dell'interessato⁽⁴⁰⁾.

Tanto l'art. 12 che l'art. 13 della legge 22 maggio 1978, n. 194 evidenziano la rilevanza della volontà della donna minorenni o interdetti in una materia

⁽³⁷⁾ V. le fondamentali pagine di PALAZZO, *La filiazione*, cit., 544 ss., ed ivi riferimenti anche ad altre realtà, quali quella francese (l. 2002-305, 4 aprile 2002), inglese (*Children Act*, 1991; *Family Act*, 1996) e tedesca (§ 1626 BGB).

⁽³⁸⁾ Del resto, la formulazione delle norme relative alla capacità delle persone fisiche contenute nel codice civile attuale risentono di un approccio patrimonialistico della questione: v. almeno D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, 2003, 22 ss.; SALVATERRA, *Capacità e competence*, in ZATTI, PALERMO, LENTI, *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto* a cura di Rodotà e Zatti, Milano, 2011, 341 ss.

⁽³⁹⁾ Sulla presunzione legale di capacità di discernimento del dodicenne, e sulla capacità processuale del minore nella l. 219 del 2012, cfr. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in CIPPITANI, STEFANELLI, *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-Mexico, 2013, 271 ss.

⁽⁴⁰⁾ Osserva PIZZORUSSO, *Delle persone fisiche. Artt. 1-4*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, 149 s., come l'esercizio dei diritti assoluti e quindi, di regola, l'esercizio dei diritti fondamentali della persona, non comporti alcun problema di capacità di agire; ciò consente al minore e all'infermo di mente di avvalersi delle libertà civili e politiche per il cui esercizio non siano stabiliti limiti specifici; il limite all'esercizio di tali diritti deve essere individuato soltanto nella regola generale della capacità naturale. Per BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova 1966, 31, «il principio della capacità delle persone senza limiti di età è la regola generale del diritto pubblico; restando per altro salva l'effettiva capacità naturale: per grandi linee può dirsi infatti che sui diritti di libertà l'età non spiega, di regola, alcuna influenza», così anche ID., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 36; ABBAMONTE, *Età (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 94 ss.; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 307 ss.; PANUNZIO, *Capacità. II) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 3; LA FORGIA, *Il consenso del minore «maturo» agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'eterodeterminazione*, in *Famiglia e diritto*, 2004, 413 s.; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, 311 ss.

così delicata e importante: nella fattispecie, l'intervento del giudice è volto, attraverso un procedimento sostanzialmente equitativo, esclusivamente ad appurare l'esistenza in capo all'incapace di agire della consapevolezza e ponderazione della scelta compiuta. La decisione di interrompere la gravidanza resta rimessa soltanto alla responsabilità della donna, non potendosi configurare quale potestà codecisionale l'intervento del giudice tutelare, nell'ipotesi in cui non vi sia l'assenso degli esercenti la potestà o la tutela sulla minore, o vi siano pareri difformi da parte di costoro, o ancora allorché sussistano – come nella fattispecie oggetto del giudizio *a quo* in commento – seri motivi che impediscano o sconsiglino la loro consultazione⁽⁴¹⁾.

STEFANIA STEFANELLI

⁽⁴¹⁾ Afferma in proposito Corte cost. (ord.), 15 marzo 1996, n. 76, in *Giust. civ.*, 1997, I, 41, con nota di GIARDINA, *L'ultimo atto di una storia senza fine: l'incostituzionalità dell'art. 12 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza*: «deve ribadirsi che il potere autorizzatorio del giudice tutelare è previsto (quando si verificano le condizioni di cui al secondo comma dell'art. 12 della l. n. 194/1978) a garanzia della consapevolezza circa i beni di rilievo costituzionale consistenti nella tutela della vita del concepito e della vita e della tutela della donna (sentenza n. 27 del 1975) e della serietà della loro valutazione e ponderazione (ordinanza n. 293 del 1993; sentenza n. 109 del 1981), e quindi anche a garanzia del rispetto delle procedure che la legge ha previsto a tale scopo, in un sistema che prefigura interventi di sostegno e di solidarietà da parte dei servizi sociali per superare le cause che potrebbero portare all'interruzione della gravidanza (art. 2, primo comma, e art. 5, primo e secondo comma, della l. n. 194/1978)». In precedenza, cfr. Corte cost., 25 maggio 1987, n. 196, cit. V. anche IORIATTI FERRARI, *Tutela della vita nel contesto della gravidanza*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto* a cura di Rodotà e Zatti, cit., 1605 ss.; SUMMERER, *Libertà della donna e tutela del nascituro. Il conflitto materno-fetale nella prospettiva del diritto penale*, ivi, 1623 ss.; PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, ivi, 1655 ss.

TRIBUNALE DI PERUGIA – Sez. lav. – 15 febbraio 2013 – *Est. MEDORO*
– S.M., B.F., S.P. (avv. A. Bacchi) c. M.G. (avv. M. Biagiotti).

**Successione – Rinuncia all'eredità – Modalità – Debiti dell'eredità
– Legittimazione passiva – Presupposti**

Laddove l'opponente abbia formalizzato la rinuncia all'eredità, per effetto della quale non può essere chiamato a rispondere dei debiti del de cuius (nel caso di specie, essendo pacifico ed incontestata la rinuncia all'eredità, formalizzata dall'opponente con atto pubblico notarile, ne discende la revoca del titolo esecutivo opposto, l'opposizione proposta avverso il decreto ingiuntivo emesso nei confronti dell'opponente, in qualità di erede universale del de cuius, per il pagamento della somma lorda dovuta all'opposto a titolo di TFR e di spettanze retributive derivanti dal rapporto di lavoro subordinato da questi svolto alle dipendenze del defunto, merita accoglimento). (1).

(*Omissis*). S.M., B.F. e S.P. si sono rivolti a questo Tribunale per ottenere la revoca del decreto ingiuntivo n. 671/2008, emesso dall'Ufficio nei loro confronti nella qualità di eredi universali di S.T. ad istanza di M.G. per il pagamento della somma lorda di Euro 10.568,97 (di cui Euro 4.675,82 per TFR) a titolo di spettanze retributive traenti origine dal rapporto di lavoro subordinato prestato dall'opposto alle dipendenze di S.T.

A fondamento dell'opposizione non sono sollevate contestazioni in ordine al diritto vantato da M.G., documentato dal cedolino paga in atti, né sono dedotti fatti impeditivi o estintivi del predetto, ma si assume, in radice, che per effetto di rinuncia all'eredità debitamente formalizzata gli opposenti non avrebbero assunto la qualità di eredi e non potrebbero perciò essere chiamati a rispondere dei debiti di questo.

M.G., costituitosi in giudizio con memoria difensiva depositata il 23 novembre 2009, assumeva di avere ottenuto ingiunzione di pagamento in data 13-15 ottobre 2008 e dopo avere verificato, all'esito di un tentativo di notifica, che S.T. era deceduto, di avere provveduto anche a notificare agli odierni opposenti il predetto titolo, ai sensi dell'art. 477 c.p.c., nella convinzione che costoro (i due figli e il coniuge) fossero gli eredi universali.

Preso atto dell'opposizione, M.G., desistendo da ogni pretesa nei confronti di S.P., chiedeva la conferma del decreto ingiuntivo opposto nei confronti di S.M. e B.F., deducendo l'inefficacia della rinuncia all'eredità da questi formulata per effetto di avvenuta ed irreversibile (*semel heres, semper heres*) accettazione tacita.

L'opposizione è fondata con riguardo sia alla posizione di S.P. che a

quella di B.F., mentre va confermato il decreto opposto con riferimento all'altro figlio di S.T., S.M.

L'art. 485 c.c. prevede che il chiamato all'eredità che a qualsiasi titolo è nel possesso dei beni ereditari entro tre mesi dall'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità deve effettuare l'inventario, pena essere considerato erede puro e semplice.

Tale fattispecie affianca quelle disciplinate dagli artt. 475 c.c. («accettazione espressa») e 476 c.c. («accettazione tacita») ed è comunemente nota in dottrina come «accettazione legale», e prevede che l'acquisto della qualità di erede consegue non ad una dichiarazione espressa o ad un comportamento concludente, bensì quale effetto di una presunzione assoluta collegata ad un possesso continuativo dei beni che, non essendo accompagnato dall'inventario a cautela dei terzi, fa assumere la qualità di erede puro e semplice.

È pacifico tra le parti (cfr. doc. 3, fasc. opponente) che S.P. ha validamente rinunciato all'eredità con atto pubblico rogato dal Notaio Metelli di Brescia del 7 ottobre 2008 ed M.G. ha desistito, nei confronti di questo, da ogni pretesa.

Quanto alla posizione del coniuge del *de cuius* B.F. e dell'altro figlio S.M., è indispensabile una premessa di ordine processuale.

Nella memoria di costituzione depositata ai sensi dell'art. 416 c.p.c., M.G., nella sua veste di convenuto formale ed attore sostanziale, ha assolto l'onere di allegare i fatti costitutivi del diritto vantato non solo tramite riaffermazione dei titoli della pretesa (il rapporto di lavoro intercorso con S.T., le buste paga, il credito residuo) ma anche deducendo che la predetta era spendibile rispondendo così all'eccezione sollevata dagli opposenti-attori formali verso B.F. e S.M. sulla base dell'argomentata sussistenza dei presupposti dell'art. 485 c.c.

Sulla base dei noti principi di circolarità degli oneri di allegazione e di prova che stanno alla base del processo del lavoro (per tutte si rinvia a Cass., Sez. un., n. 11353/2004), le circostanze ritualmente affermate a sostegno della responsabilità *ex art. 485 c.c.*, affermate dall'opposto-convenuto nella memoria depositata *ex art. 416 c.p.c.* dovevano essere contestate dagli opposenti in prima udienza, scattando, diversamente, l'operatività del principio di non contestazione che determina una *relevatio ab onere probandi* in capo alla parte che le ha riferite.

Di contro, la difesa degli opposenti non ha presenziato all'udienza del 16 dicembre 2011, convocata per l'espletamento degli incumbenti di prima udienza dopo che il 12 ottobre 2011 i procuratori delle parti avevano chiesto un rinvio per trattative, omettendo così la formulazione di qualunque contestazione. La decisione del Giudice in ordine alla necessità di dare corso all'istruttoria si è doverosamente cristallizzata sulla base del compendio di allegazioni e contestazioni contenute nei due

scritti difensivi introduttivi e in quelle oggetto di deduzione in prima udienza, non essendo immaginabile – pena eludere totalmente il sistema delle preclusioni – che il *thema probandum* debba essere rivalutato all'esito della lettura di deduzioni che gli opposenti hanno formulato nelle sole note finali.

Tali deduzioni sono perciò tardive e radicalmente inammissibili, ed è pertanto fuori centro l'argomentazione con cui il difensore degli opposenti ha sostenuto che il Giudice ha ritenuto non provata e non provabile la fattispecie dell'art. 485 c.c. perché non ha dato ingresso alle prove.

Di contro, occorre verificare se le circostanze (incontestate) affermate dall'opposto siano idonee a dimostrare il diritto vantato e quindi se S.M. e B.F. possano o meno considerarsi eredi. Ritiene il Giudicante che gli elementi addotti con riguardo alla posizione di S.M. sono concludenti nel segno di una sua accettazione di eredità per verifica della fattispecie dell'art. 485 c.c., viceversa sono insufficienti quelli riferiti a B.F.

In ordine a S.M., M.G. ha affermato che costui ha continuato a risiedere presso l'abitazione paterna anche dopo il decorso dei tre mesi di legge dalla morte del padre e che aveva, ed ha mantenuto, il possesso di un terreno adiacente utilizzato abitualmente quale area di sosta per il proprio camion.

Tali deduzioni sono riscontrate dalle certificazioni anagrafiche in atti che attestano che il decesso di S.T. è avvenuto il 17 febbraio 2008 e che il 23 agosto 2008 S.M. risultava ancora residente nell'abitazione paterna, potendosi da ciò ragionevolmente presumere la successione nel possesso degli arredi; tale dato, in verità, costituisce solo un principio di prova del possesso dei beni paterni, data l'imprecisione che emerge dal fatto che nella certificazione del 23 agosto 2008 del Comune di Assisi compare anche il nome del *de cuius*, deceduto alcuni mesi prima, ma la circostanza della persistente residenza nell'abitazione paterna non è stata contestata.

Identica conclusione vale per il possesso continuativo del terreno di proprietà del *de cuius* (oggetto di una documentazione catastale dalla quale si evince la riconducibilità al predetto dei terreni individuati al Nuovo Catasto Terreni del Comune di Assisi, foglio 122, particelle 399, 1258 e 1259) non essendo la circostanza stata contestata e risultando perciò inutile la prova testimoniale richiesta dall'opposto.

Mero scrupolo motivazionale impone di rilevare l'assoluta genericità delle tardive osservazioni (prive di qualunque connotazione spaziotemporale) con cui la difesa degli opposenti ha fatto riferimento nelle note conclusive all'avvenuta espropriazione del terreno in questione (la cui proprietà in capo a S.T. è dunque pacifica) da parte dell'Anas e al fatto che i beni mobili contenuti nella casa sono stati acquistati all'asta da una società. In ordine alla B.F., di contro, è lo stesso opposto che dà

atto che questa trasferì la propria residenza in altra abitazione circa un mese e mezzo dopo la morte del marito, e la semplice constatazione che la predetta abbia ricevuto consegna presso l'originario indirizzo di una lettera raccomandata A/R destinata al figlio, ancora il 23 giugno 2008, non è prova sufficiente di alcun possesso, ben potendo la presenza in casa avere natura occasionale ed essere spiegabile per il semplice fatto che in quel luogo stabilmente domiciliava il figlio della predetta.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'opposizione va parzialmente accolta con la revoca del decreto ingiuntivo opposto nei confronti di S.P. e B.F., mentre va confermato nei riguardi di S.M., nei soli confronti del quale è acclarata la qualità di erede universale di S.T. accettata in modo irreversibile per effetto del possesso continuativo dei beni ereditari per oltre tre mesi senza che sia stato redatto l'inventario, risultando priva di effetto alcuno la rinuncia all'eredità formalizzata dinanzi alla sezione distaccata di Assisi di questo Ufficio il 12 novembre 2008.

S.M. risulta, dunque, ai fini che ci occupano, unico erede di S.T., di talché, ai sensi degli artt. 522, 752 e 754 c.c., deve rispondere per intero del debito del *de cuius*, acclarato ed incontroverso tra le parti.

Visto l'art. 92 c.p.c. nella versione applicabile *ratione temporis*, la complessità in fatto ed in diritto della vicenda successoria costituisce una ragione valida per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra tutte le parti in causa. (*Omissis*).

(1) Rinunzia all'eredità e forma solenne

SOMMARIO: 1. *Fattispecie*. – 2. *Caratteri della rinunzia*. – 3. *Opponibilità e retroattività*. – 4. *Devoluzione e revoca*. – 5. *Conclusioni*.

1. Tizio, Caio e Pompea chiedono al Tribunale di revocare un decreto ingiuntivo emesso nei loro confronti, in qualità di eredi universali di Pompeo, ad istanza di Mevio, per il pagamento della somma lorda di Euro 10.568,97, di cui Euro 4.675,82 per Tfr, a titolo di spettanze retributive promananti dal rapporto di lavoro subordinato prestato dall'opposto alle dipendenze di Pompeo. A fondamento dell'opposizione non sono sollevate contestazioni in ordine al diritto vantato da Mevio ma si assume che, per effetto di rinuncia all'eredità debitamente formalizzata, gli opposenti non hanno assunto la qualità di eredi e non possono, pertanto, essere chiamati a rispondere dei debiti di questo. Mevio si costituisce in giudizio nel 2009, assumendo di avere ottenuto ingiunzione di pagamento già nel 2008 e, dopo avere appreso del decesso di Pompeo, di avere provveduto a notificare predetto titolo, *ex art. 477 c.p.c.*, a Tizio, Caio e Pompea, nella convinzione che costoro (i due figli e il coniuge) fossero gli eredi universali. Preso atto dell'opposizione, Mevio, desistendo da ogni pretesa nei confronti di Caio, chiede la conferma

del decreto ingiuntivo opposto nei confronti di Tizio e Pompea, deducendo l'inefficacia della rinuncia all'eredità da questi formulata per effetto di avvenuta ed irreversibile accettazione tacita. L'opposizione viene ritenuta fondata riguardo sia alla posizione di Caio che a quella di Pompea, mentre viene confermato il decreto opposto con riferimento all'altro figlio di Pompeo, Tizio, e viene richiamata dal Tribunale la norma di cui all'art. 485 c.c., secondo cui il chiamato all'eredità che, a qualsiasi titolo, si trovi in possesso dei beni ereditari, deve effettuare l'inventario entro tre mesi dall'apertura della successione ovvero dalla notizia della devoluta eredità, pena l'assunzione della qualifica di erede puro e semplice. Tale fattispecie, nota in dottrina come «accettazione legale», prevede come l'acquisto della qualità di erede consegua non ad una dichiarazione espressa ovvero *per facta concludentia*, bensì quale effetto di una presunzione assoluta collegata ad un possesso continuativo di beni non accompagnato dall'inventario a cautela dei terzi. Nel caso concreto, pur essendo pacifico tra le parti come Caio abbia validamente rinunciato all'eredità con atto pubblico a rogito Notaio Romani, quanto alla posizione di Pompea e di Tizio il Giudice sostiene come: a) nella sua veste di convenuto formale ed attore sostanziale, Mevio abbia assolto, nella memoria di costituzione depositata *ex art.* 416 c.p.c., l'onere di allegare i fatti costitutivi del diritto vantato non solo tramite riaffermazione dei titoli della pretesa (rapporto di lavoro intercorso con Pompeo, buste paga e credito residuo), bensì anche deducendo come la predetta sia spendibile verso Pompea e Tizio sulla base dell'argomentata sussistenza dei presupposti dell'art. 485 c.c.; b) sia necessario, di contro, verificare se le incontestate circostanze affermate da Mevio risultino idonee a dimostrare il diritto vantato e, pertanto, se Tizio e Pompea possano considerarsi eredi. Il Tribunale, mentre ritiene che gli elementi addotti con riguardo alla posizione di Tizio siano concludenti in ordine ad una sua accettazione di eredità per verificazione della fattispecie di cui all'art. 485 c.c., considera, viceversa, insufficienti quelli riferiti a Pompea: a) riguardo a Tizio, costui aveva infatti continuato a risiedere presso l'abitazione paterna anche dopo il decorso dei tre mesi di legge dalla morte del padre mantenendo, inoltre, il possesso di un terreno adiacente utilizzato abitualmente quale area di sosta per il proprio camion, potendosi da ciò ragionevolmente presumere la successione nel possesso degli arredi e del terreno; b) quanto a Pompea, di contro, è lo stesso opposto che dà atto come la medesima abbia trasferito la propria residenza in altra abitazione un mese e mezzo dopo la morte del coniuge, non costituendo sufficiente prova di alcun possesso la semplice constatazione che la predetta abbia ricevuto consegna presso l'originario indirizzo di una lettera raccomandata destinata al figlio, potendo la presenza in casa avere natura occasionale. Pertanto, il Tribunale accoglie parzialmente l'opposizione e revoca il decreto ingiuntivo opposto nei confronti di Caio e Pompea, mentre lo conferma nei riguardi di Tizio (il quale risponde per intero del debito di Pompeo *ex artt.* 522, 752 e 754 c.c.), esclusivamente in capo al quale risulta acclarata la qualità di erede universale di Pompeo,

accettata in modo irreversibile per effetto del possesso continuativo dei beni ereditari, per oltre tre mesi, in assenza di redazione d'inventario, risultando priva di effetti la rinuncia all'eredità tardivamente formalizzata dinanzi al Tribunale.

2. Attraverso il negozio unilaterale della rinuncia all'eredità, il chiamato fa cessare gli effetti della delazione che si sia realizzata nei suoi confronti.

Tale negozio unilaterale si configura, a detta sia di dottrina che di giurisprudenza, in termini, più che di rinuncia in senso stretto, di mero atto di rifiuto della possibilità di acquistare l'eredità. Il rinunziante, infatti, in quanto privo della qualità di erede, abdica alla qualità di chiamato all'eredità senza dismettere la titolarità di alcun diritto⁽¹⁾, e non si tratta di rinuncia abdicativa avente ad oggetto, in assoluto, il diritto di accettare l'eredità come da taluni sostenuto⁽²⁾, dal momento che, ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 525 c.c., il chiamato all'eredità che vi abbia rinunciato può sempre accettarla.

Nella rinuncia all'eredità taluni rinvengono, inoltre, un negozio unilaterale di tipo non recettizio dal momento che, da una parte, si perfeziona con la dichiarazione di volontà del rinunziante mentre, dall'altra, non è diretto a specifici destinatari⁽³⁾.

⁽¹⁾ V. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, in *Comm. PEM*, Novara, 1981, 41; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, 72; PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, 2^a ed., Milano, 2000, 359. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 10 agosto 1974, n. 2394, in *Giur. civ.*, 1974, I, 1516, e in *Dir. e giur.*, 1974, 910.

In termini tecnici, la rinuncia è abdicativa e dismissiva di un diritto: sul punto MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato. I. Parte generale*, Napoli, 1992, 90.

⁽²⁾ Cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3^a ed. agg. a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009, 310 s.; v., inoltre, SANTORO-PASSARELLI, *Sulla forma della rinuncia all'eredità*, in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 805; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1962, 152; COVIELLO jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, Bari, 1962, 304. Quanto alla natura mista, v. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in CALVO, PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, 332 s.

⁽³⁾ V. Cass., 3 maggio 1969, n. 1474, in *Mass. Giur. it.*, 1969, la quale evidenzia la mancata configurabilità della simulazione dell'atto di rinuncia all'eredità, in quanto si tratta di negozio unilaterale non recettizio. Per la dottrina v., per tutti, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, 444; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 76; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima. Artt. 456-586*, in *Comm. cod. civ.*, 2^a ed., Torino, 1971, 226; AZZARITI, MARTINEZ, AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 7^a ed., Padova, 1979, 126; PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 328; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 311 s.; GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, Padova, 2012, 348.

Il termine per rinunciare normalmente decorre dall'apertura della successione, salvo le ipotesi di chiamato posteriore o di nascituro, per i quali il decorso inizia nel momento in cui la delazione diviene attuale: di talché, una rinuncia che risulti effettuata in un momento antecedente dovrà ritenersi, in ossequio al divieto di stipula dei patti successori di cui all'art. 458 c.c., nulla⁽⁴⁾.

Quanto al termine ultimo per poter effettuare detta rinuncia, pur a fronte del silenzio del legislatore sul punto, dottrina maggioritaria propende per ritenere valevole anche per la rinuncia quanto previsto in ordine all'accettazione: nella normalità dei casi, pertanto, detto termine coinciderà con il compimento del decimo anno dall'apertura della successione⁽⁵⁾; si è rilevato peraltro come, nel caso in cui il termine per accettare risulti abbreviato, in base a quanto disposto *ex artt.* 481, 487, ult. comma e 485 c.c. dovrà ritenersi ridotto, del pari, il termine per la rinuncia⁽⁶⁾.

La rinuncia all'eredità risulta inammissibile in due casi: *a)* anzitutto nell'ipotesi, analoga alla fattispecie oggetto del presente commento, in cui il chiamato abbia accettato l'eredità, e ciò in base al principio «semel heres semper heres»⁽⁷⁾; *b)* in secondo luogo, nel caso in cui il chiamato abbia effettuato accettazione con beneficio di inventario potendo quindi, al più, rinunciare al limite di responsabilità ai sensi dell'ultima parte dell'art. 490 c.c., e senza la necessità della medesima forma prevista per la predetta accettazione⁽⁸⁾.

⁽⁴⁾ FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 75; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 418; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 315; GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., 355.

⁽⁵⁾ Cfr. in proposito BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1965, 921; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 74; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, 479; GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, 324; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 315.

⁽⁶⁾ FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 73.

⁽⁷⁾ V. Cass., 29 marzo 2003, n. 4845, in *Vita not.*, 2003, 893, Cass., 22 giugno 1995, n. 7076, in *Mass. Giur. it.*, 1995; Cass., 23 giugno 1992, n. 7695, *ivi*, 1992. Sotto il profilo fiscale, cfr. Comm. trib. I grado Rimini, 4 marzo 1996, in *GT Riv. giur. trib.*, 1997, 553, ove si sottolinea come l'acquisto della qualità di erede debba considerarsi irrevocabile, di talché, intervenuta l'accettazione, qualsiasi atto successivo di rinuncia dovrà ritenersi privo di rilevanza. Cfr. inoltre, per la dottrina, GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., 356.

⁽⁸⁾ V. Cass., 23 giugno 1992, n. 7695, cit.; conf. Cass., 9 luglio 1980, n. 4373, in *Mass. Giust. civ.*, 1980. Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Lecco, 19 marzo 1996, in *Inform. prev.*, 1996, 448, ove si evidenzia l'inammissibilità della rinuncia all'eredità da parte del chiamato che abbia accettato con beneficio di inventario, in tal modo assumendo la qualità di erede. I medesimi principi valgono, inoltre, nell'ipotesi di acquisto senza accettazione: cfr. Cass., 29 marzo 2003, n. 4845, cit., e Cass., 22 giugno 1995, n. 7076, cit.

La rinuncia costituisce *actus legitimus*: infatti, il principio di nullità della rinuncia che risulti sottoposta a termine, a condizione, ovvero effettuata in maniera parziale (cfr. art. 520 c.c.), si profila in termini di stretta correlazione con l'analogo principio in tema di accettazione di cui all'art. 475, 2° e 3° comma c.c., dal momento che in entrambe le ipotesi è ravvisabile la medesima esigenza di conferire certezza alla titolarità del complesso rapporto giuridico successorio⁽⁹⁾.

Per ciò che concerne, in particolare, la rinuncia parziale, si è precisato come sia da ritenersi nulla tanto la rinuncia ad una quota astratta dell'eredità devoluta, quanto quella effettuata con riferimento a determinati beni ovvero a determinate passività od oneri⁽¹⁰⁾.

Vi è la questione se, nell'ipotesi in cui concorrano più delazioni in favore del medesimo soggetto, sia da ritenere parziale – pertanto, nulla – la rinuncia riguardante il mero titolo della successione: in proposito, sia dottrina maggioritaria che recente giurisprudenza di legittimità, sulla base del principio di unità della delazione (secondo cui una pluralità di delazioni in favore di un medesimo chiamato si fondono in un'unica delazione), ritengono nulla, in quanto parziale, la rinuncia alla mera quota cui si sia chiamati su base testamentaria, e non a quella cui si sia chiamati secondo legge o viceversa⁽¹¹⁾. D'altra parte, alcune pronunce giurisprudenziali riguardanti

⁽⁹⁾ PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 425.

Peraltro, detta inammissibilità dell'apposizione di termine o condizione alla rinuncia all'eredità è comunemente ricondotta proprio alla sua natura di *actus legitimus*: CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLII, 2ª ed., Milano, 1961, 212; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 91; più di recente, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 311 s.; GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., 349.

⁽¹⁰⁾ Cfr. GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 339.

⁽¹¹⁾ V. SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 202; GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 97; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 91 s.; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 426; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 236 s.; *contra*, CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 64; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 369; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima. Artt. 456-586*, cit., 332; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., 56. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 22 settembre 2000, n. 12575, in *Famiglia*, 2001, 264, con nota di LANDINI, *Accettazione dell'eredità e prescrizione*, la quale sottolinea, in particolare, che l'ordinamento giuridico non prevede una accettazione dell'eredità distinta sulla base del titolo della relazione testamentaria ovvero legittima, bensì un solo diritto di accettazione avente ad oggetto il diritto all'eredità e non il titolo della delazione ereditaria: l'accettazione dell'eredità da parte del chiamato *ab intestato*, quindi, dal momento che concerne non il titolo della delazione ereditaria, bensì il diritto all'eredità, estende i propri effetti anche alla delazione testamentaria eventualmente dovuta alla successiva scoperta di un testamento, in relazione a cui non è configurabile, di conseguenza, una autonoma prescrizione del diritto di accettazione. V.,

casi specifici hanno ammesso la possibilità che l'erede legittimo rinunci alla vocazione testamentaria⁽¹²⁾.

Per la Cassazione, quindi, non si prospetta sufficiente una rinuncia unilaterale: risulta infatti necessario che sia posto in essere un atto scritto il quale sancisca l'incontro delle volontà sia di chi intende rinunciare alla vocazione testamentaria per optare per quella legittima, sia di coloro che, accedendo a tale rinuncia, accettano l'atto dispositivo della quota dal rinunziante effettuato in loro favore⁽¹³⁾; in questi casi, l'accordo contenente la rinuncia, intervenuto a seguito dell'apertura della successione, si pone al di fuori della rinuncia all'eredità, dal momento che la relativa causa è di tipo basilarmente transattivo, volto sia ad evitare liti future che a cristallizzare la situazione, attribuendo certezza e definitività agli assetti successori in tal modo predisposti.

inoltre, Cass., 18 ottobre 1988, n. 5666, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 458, in *Giust. civ.*, 1989, I, 32, 1893, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 590, la quale sottolinea che «L'accettazione, da cui deriva l'acquisto dell'eredità, si riferisce alla eredità in sé e per sé considerata, quale patrimonio relitto di una determinata persona defunta, non essendo previste due distinte accettazioni, una per la devoluzione testamentaria e l'altra per quella legittima»; conf. Cass., 16 febbraio 1993, n. 1933, in *Mass. Giur. it.*, 1993; Cass., 28 novembre 1988, n. 6414, *ivi*, 1988; Cass., 3 agosto 1972, n. 2609, *ivi*, 1972. Cfr. infine, per la giurisprudenza di merito, Trib. Bologna, 19 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2004, 957.

⁽¹²⁾ V., in proposito, Cass., 1° luglio 2002, n. 9513, in *Arch. civ.*, 2003, 578, e in *Notariato*, 2003, 385, con nota di BATTISTA, *Successione legittima e successione testamentaria: unicità della delazione?* V. anche, in precedenza, Cass., 9 gennaio 1964, n. 38, in *Vita not.*, 1964, 587, in *Giust. civ.*, 1964, I, 584, in *Foro it.*, 1964, I, 884, e in *Foro pad.*, 1964, I, 696.

⁽¹³⁾ Cfr. Cass., 25 gennaio 1983, n. 697, in *Mass. Giur. it.*, 1983, la quale in proposito sottolinea che la rinuncia alla vocazione testamentaria da parte del coerede che abbia già accettato l'eredità in base a delazione legittima, meno favorevole per lui, deve ritenersi costituire negozio di dimissione di diritti, e ammissibile nel rispetto dei relativi requisiti formali e sostanziali: di talché, ove esso abbia ad oggetto una quota di comunione di beni immobili, richiede forma scritta *ad substantiam* per l'atto che sancisce l'incontro delle volontà di colui che intende rinunciare alla vocazione testamentaria per optare per quella legittima e di coloro che accedono a tale rinuncia, accettando l'atto dispositivo della quota fatta a loro favore dal rinunziante, mentre non è sufficiente che uno o più negozi si limitino a richiamare il suddetto contratto, altrimenti concluso, od a presupporne la esistenza. Inoltre, all'accettazione dell'eredità (che, trattandosi di eredità *ab intestato*, è irreversibile pur se si scopre *ex post* un testamento, salvi i limiti previsti *ex art.* 483 c.c.) consegue che la prescrizione resta applicabile nello specifico ambito dei diritti (diritto reale o di credito) derivante dall'eredità, onde l'acquisto della comunione di un bene, quale espressione del diritto di comproprietà, rimane definitivamente fermo ed insuscettibile di prescrizione, ad eccezione della diversa ipotesi di usucapione ad opera di terzi. Pertanto, *ex art.* 713 c.c. i coeredi possono sempre domandare la divisione dal momento che, mentre da una parte non esiste nell'ordinamento un diritto autonomo suscettibile di prescrizione, inteso all'esecuzione del testamento, dall'altra ogni potere, sia di godimento che di disposizione della quota di un bene ereditario, rientra fra le facoltà spettanti al comproprietario.

Si ritiene valido peraltro il patto con il quale, in seguito ad apertura della successione, uno dei chiamati s'impegna a rinunciare all'eredità⁽¹⁴⁾: la giurisprudenza afferma, in proposito, come sia da ritenersi valida, in quanto non compiuta sotto condizione, la rinuncia all'eredità effettuata in esecuzione di precedente convenzione e dietro corrispettivo⁽¹⁵⁾.

In realtà, come correttamente osservato in dottrina, in caso d'inadempimento dell'obbligo di rinunciare non può invocarsi l'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. dal momento che, riguardando detta norma solo il caso della mancata conclusione di un contratto, non risulta applicabile nell'ipotesi della rinuncia costituendo, quest'ultima, una dichiarazione unilaterale non recettizia⁽¹⁶⁾.

3. Al fine del concreto esercizio della rinuncia è necessario, anzitutto, che la delazione risulti attuale.

In secondo luogo, il chiamato all'eredità deve avere la piena capacità di agire, essendo necessario, per i soggetti incapaci, l'ausilio dei propri rappresentanti legali anche sotto forma della mera assistenza, previa autorizzazione del giudice tutelare secondo quanto disposto *ex artt.* 320, 374, 394 e 424 c.c.⁽¹⁷⁾ e, per il caso del beneficiario di amministrazione di sostegno, dovrà farsi riferimento al contenuto del decreto che la istituisce: di talché, sarà necessaria la previa autorizzazione del giudice tutelare *ex artt.* 374 e 411 c.c. solo ove la rinuncia risulti compresa tra gli atti da compiersi con assistenza o rappresentanza dell'amministratore⁽¹⁸⁾. Quanto alle persone giuridiche, le stesse, verificandosi la delazione all'apertura della successione, possono rinunciare liberamente⁽¹⁹⁾, dal momento che è stato eliminato il regime delle autorizzazioni agli acquisti e rimosse, di conseguenza, le limitazioni previste dal codice anche in riferimento alla fattispecie *mortis causa*⁽²⁰⁾.

È necessario peraltro che la rinuncia all'eredità, al fine di acquistare giuridica rilevanza, sia compiuta nelle forme solenni di cui al 1° comma

⁽¹⁴⁾ Cfr. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 92.

⁽¹⁵⁾ V. Cass., 17 maggio 1967, n. 1026, in *Rep. Giust. civ.*, 1968, voce «Successione testamentaria», n. 2.

⁽¹⁶⁾ Cfr. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 93; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 428; *contra*, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 447.

⁽¹⁷⁾ La rinuncia costituisce, infatti, atto eccedente l'ordinaria amministrazione: cfr. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 159; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., 489; più di recente, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 313; GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., 353.

⁽¹⁸⁾ V. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, loc. cit.

⁽¹⁹⁾ Cfr., per ciò che concerne l'introduzione della novella, le osservazioni di CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 314, nonché di GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., 354.

⁽²⁰⁾ V. PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, spec. 691 ss.

dell'art. 519 c.c.: deve quindi effettuarsi, a pena di nullità, a mezzo di dichiarazione ricevuta dal notaio ovvero dal cancelliere del Tribunale del luogo in cui si è aperta la successione⁽²¹⁾.

Mentre, da una parte, la dottrina non ammette la rinuncia tacita, desumibile *per facta concludentia*⁽²²⁾, né la revoca tacita della rinuncia⁽²³⁾, la giurisprudenza d'altro canto ha avuto modo di affermare, nei rapporti tra coeredi, la validità di una rinuncia che, pur effettuata in assenza delle formalità richieste dalla norma in esame, risultava certamente desumibile da contegno concludente ovvero da convenzioni: il rispetto delle prescrizioni formali, infatti, si reputa rilevante solo con riferimento ai terzi estranei all'eredità⁽²⁴⁾.

Si è posta la questione, in dottrina, riguardo agli effetti della mancata inserzione, nel registro delle successioni di cui all'art. 52 disp. att. c.c., della formale dichiarazione di rinuncia, prevista anch'essa *ex art.* 519, 1° comma c.c.⁽²⁵⁾. Mentre da una parte si ritiene che l'inosservanza di detta forma di pubblicità comporti la nullità della rinuncia per difetto di forma⁽²⁶⁾, la dottrina maggioritaria, di pari passo con la giurisprudenza individua, in termini di unica conseguenza, l'inefficacia verso terzi della dichiarazione di rinuncia⁽²⁷⁾.

⁽²¹⁾ Cfr. Cass., 30 ottobre 1991, n. 11634, in *Mass. Giur. it.*, 1991; conf. Cass., 29 marzo 2003, n. 4846, *ivi*, 2003. Per la dottrina, v. SANTORO-PASSARELLI, *Sulla forma della rinuncia all'eredità*, cit., 805 ss.; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima. Artt. 456-586*, cit., 227; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 79; v. inoltre, più di recente, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 316; GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., 359; COPPOLA, *La rinuncia all'eredità*, in *Tratt. Bonilini*, I, Milano, 2009, 1581 s.

⁽²²⁾ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 447; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 79; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., 113.

⁽²³⁾ Cfr. Cass., 29 marzo 2003, n. 4846, cit., la quale evidenzia che nel sistema delineato dagli artt. 519 e 525 c.c., in tema di rinuncia all'eredità (la quale, ove ne sopraggiunga l'acquisto da parte degli altri chiamati, comporta la perdita del diritto all'eredità), l'atto di rinuncia deve essere rivestito di forma solenne (dichiarazione resa davanti a notaio o al cancelliere e iscrizione nel registro delle successioni), non risultando, quindi, ammissibile una revoca tacita della rinuncia.

⁽²⁴⁾ V. sul punto Cass., 30 ottobre 1991, n. 11634, cit.; Cass., 22 ottobre 1975, n. 3500, in *Foro it.*, 1976, I, 1952, la quale evidenzia che la rinuncia all'eredità richiede, a pena di nullità, l'osservanza delle prescrizioni formali di cui all'art. 519 c.c., solo rispetto ai terzi estranei all'eredità, ma non tra i coeredi ove questi ultimi abbiano posto in essere tra loro speciali rapporti da cui sia certamente desumibile la rinuncia. In senso contrario v., in dottrina, GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., 360.

⁽²⁵⁾ Cfr., sul punto, COPPOLA, *La rinuncia all'eredità*, cit., 1584 s.

⁽²⁶⁾ COVIELLO jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, cit., 315; AZZARITI, MARTINEZ, AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 126.

⁽²⁷⁾ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 446; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 418. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 22 ottobre 1975, n. 3500, cit., nonché Cass., 30 ottobre 1991, n. 11634, cit. Con specifico

La rinuncia all'eredità non è soggetta ad obbligo di trascrizione, e ciò anche ove nell'asse ereditario si rinvegnano beni immobili: non avendo ad oggetto la dismissione di alcun diritto non rientra, infatti, tra gli atti di rinuncia di diritti reali immobiliari soggetti a trascrizione *ex art* 2643 c.c.⁽²⁸⁾. La rinuncia all'eredità, peraltro, rileva ai fini della trascrizione solo nel caso in cui l'acquisto *mortis causa* sia collegato alla rinuncia di uno dei chiamati, essendo questa l'ipotesi in cui, colui che domandi la trascrizione, ha l'obbligo di presentare il documento attestante la rinuncia, facendone menzione nella nota⁽²⁹⁾.

In base a quanto disposto dall'art. 519, 2° comma c.c., la rinuncia effettuata gratuitamente in favore di tutti coloro ai quali si sarebbe devoluta la quota del rinunziante non spiega effetti sino al momento in cui le descritte prescrizioni formali non risultino rispettate.

Parte della dottrina ritiene in proposito che il legislatore ha voluto in tal modo chiarire, rispetto a quanto previsto nel codice abrogato, come anche la rinuncia effettuata contrattualmente e gratuitamente a favore dei soggetti cui l'eredità si sarebbe egualmente devoluta, sia soggetta al rigore formale di cui al 1° comma dell'art. 519 c.c.⁽³⁰⁾; la dottrina prevalente, d'altra parte, argomentando *ex artt.* 477 e 478 c.c. ha ulteriormente posto in evidenza come la rinuncia senza compenso alla propria quota ereditaria costituisca vera e propria rinuncia, dovendo pertanto respingersi la tesi della natura transattiva contrattuale di tale fattispecie⁽³¹⁾.

riferimento all'onere della prova nell'ambito del processo tributario, v. Cass., 11 febbraio 2005, n. 2820, in *Mass. Giur. it.*, 2005, la quale afferma come, in tema di obbligazioni tributarie, debba ritenersi gravare sull'amministrazione finanziaria creditrice del *de cuius* l'onere di provare l'accettazione dell'eredità da parte del chiamato, per poter esigere l'adempimento delle obbligazioni del proprio dante causa: in particolare, solo l'effettivo mancato inserimento dell'atto di rinuncia nel registro delle successioni di cui all'art. 52, disp. att. c.c. può determinare le conseguenze che si ritengono connesse al difetto di inserzione. Si sottolinea pertanto che, di fronte alla produzione dell'atto di rinuncia all'eredità, debba considerarsi onere di chi ne eccepisca il mancato inserimento nel registro di fornirne la prova, mediante l'acquisizione, anche d'ufficio, di una certificazione della cancelleria del Tribunale competente.

⁽²⁸⁾ In proposito v. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 209; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 88; NICOLÒ, *La trascrizione*, Milano, 1973, 21 ss.; GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 333; FERRI, ZANELLI, *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2696*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1995, 147 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, *Artt. 2643-2645-bis*, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 1998, 224 ss.; PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 354 s.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 318; COPPOLA, *La rinuncia all'eredità*, cit., 1585 s.

⁽²⁹⁾ Cfr. art. 2662, 1° comma, c.c.: sul punto CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 318 s.

⁽³⁰⁾ FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 82; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 482.

⁽³¹⁾ CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., 127; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 433.

In considerazione del carattere eccezionale delle norme riguardanti l'ambito formale, secondo parte della dottrina le prescrizioni formali inerenti la rinuncia all'eredità dovrebbero considerarsi applicabili, per via analogica, anche alla rinuncia al legato⁽³²⁾; non a caso, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare dal canto suo come, in tema di rinuncia al legato avente ad oggetto beni immobili, il principio di libertà di forma debba ritenersi derogato *ex art.* 1350, n. 5 c.c. La rinuncia al legato che abbia ad oggetto beni immobili pertanto si configura, ai fini della pubblicità immobiliare, in termini di atto di dimissione della proprietà e necessita, in quanto tale, della forma scritta *ad substantiam*, a pena di nullità rilevabile d'ufficio nonché deducibile, anche per la prima volta, in sede di legittimità⁽³³⁾.

Ciò detto, in base al principio della retroattività della rinuncia di cui all'art. 521, 1° comma c.c. la delazione del rinunziante viene meno *ex tunc*, a partire dall'apertura della successione⁽³⁴⁾: la *ratio* di detto principio è quella

⁽³²⁾ FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 90.

⁽³³⁾ Cfr. Cass., 21 febbraio 1972, n. 513, in *Mass. Giur. it.*, 1972, secondo la quale, riguardo ad un'ipotesi di rinuncia ad un legato, costituisce incensurabile apprezzamento di merito l'accertamento che esclude, in un atto scritto, l'estrinsecazione formale della volontà della parte di rinunciare ad un proprio diritto, ritenendo che la stessa non risulti inequivocabilmente espressa nel medesimo. Sostiene inoltre come, in tema di rinuncia al legato, la libertà di forma, desumibile dall'art. 649 c.c., in relazione all'art. 519 c.c., la quale ne consente la manifestazione tacita, per atti univoci compiuti dal legatario implicanti necessariamente la volontà di ripudiare il legato debba ritenersi derogata dal disposto dell'art. 1350, n. 5 c.c. nell'ipotesi in cui il legato abbia ad oggetto beni immobili: in tal caso risolvendosi, la rinuncia, in un atto di dimissione della proprietà (od altro diritto reale) su tali beni già acquisiti al patrimonio del rinunziante, in base al principio della trasmissione *de iure* per effetto della delazione al momento dell'apertura della successione e dovendo, pertanto, redigersi espressamente per iscritto a pena di nullità, rilevabile di ufficio nonché deducibile, per la prima volta, anche in sede di legittimità. In ordine alla necessità della forma scritta per la rinuncia al legato immobiliare v., inoltre, Cass., sez. un., 29 marzo 2011, n. 7098, in *Foro it.*, 2011, I, 2360, in *Vita not.*, 2011, 986, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 917, con nota di COSTANTINO, *La rinuncia in forma scritta ad un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili*; Cass., 22 giugno 2010, n. 15124, in *Foro it.*, 2010, I, 3367, e in *Giur. it.*, 2011, 1045, con nota di CERVASI, *La forma della rinuncia al legato immobiliare*; conf. Cass., 10 giugno 2003, n. 9262, in *Arch. civ.*, 2004, 560; Cass., 3 luglio 2000, n. 8878, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1913, con nota di NARDI, *Riflessioni in tema di rinuncia al c.d. «legato immobiliare»*.

In ordine agli effetti della mancata rinuncia al legato in sostituzione di legittima v. PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., 548 ss.

⁽³⁴⁾ V. in proposito CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 323, il quale sostiene come il rinunziante debba considerarsi come mai chiamato all'eredità. Per la giurisprudenza, v. Cass., 9 marzo 1987, n. 2434, in *Riv. not.*, 1987, 578, e in *Giust. civ.*, 1987, I, 1046, con nota di AZZARITI, *Criteri per il calcolo della riserva nel caso di rinuncia da parte di alcuni degli aventi diritto*; Cass., 25 novembre 1988, n. 6345, in *Vita not.*, 1988, 1198.

di garantire, al pari dell'efficacia retroattiva dell'accettazione di cui all'art. 459 c.c.⁽³⁵⁾, la continuità nella titolarità delle situazioni soggettive che fanno capo al *de cuius*, al fine d'impedire che i beni relitti possano considerarsi, anche se in maniera transitoria, in termini di *res nullius*⁽³⁶⁾.

Con riguardo agli atti di conservazione e di amministrazione che il chiamato rinunziante abbia compiuto anteriormente alla rinuncia in forza dei poteri conferitigli dagli artt. 460 e 486 c.c. la dottrina ritiene, inoltre, che la retroattività della rinuncia non comporti l'inefficacia dei medesimi⁽³⁷⁾, dal momento che il rinunziante viene considerato in termini di *negotiorum gestor*, con conseguente applicazione della disciplina riguardante il rimborso delle spese sostenute e la responsabilità da gestione di affari altrui⁽³⁸⁾.

L'art. 521, 2° comma c.c. stabilisce che il rinunziante può trattenere le donazioni ricevute, nonché domandare il legato a lui fatto, salve le disposizioni degli artt. 551 e 552 c.c., sino alla concorrenza della porzione disponibile. In proposito, la dottrina rinviene in tale disposizione un'applicazione dei principi generali in materia successoria; ciò, in quanto: *a*) le qualifiche di erede e di legatario sono indipendenti tra loro, e rinunziare all'eredità non implica automaticamente rinunziare al legato: il rinunziante, quindi, non solo può domandare la consegna della cosa legata *ex art.* 649, ult. comma c.c., bensì trattenere anche la cosa legata di cui sia già in possesso⁽³⁹⁾; *b*) risulta conforme ai principi generali, inoltre, come il mancato acquisto a titolo di erede non implichi il venir meno delle donazioni che il chiamato rinunziante abbia ricevuto dal *de cuius*, non potendo la donazione essere invalidata a causa di eventi futuri e del tutto indipendenti come la rinuncia del donatario all'eredità del donante⁽⁴⁰⁾.

Quanto disposto dall'art. 521, 2° comma c.c., tuttavia, ulteriormente conferma come lo stesso interesse successorio sia realizzabile anche attraverso negozi tra vivi che, in quanto d'importanza preminente come nel caso della donazione, sono definiti dalla migliore dottrina come «negozi successori anticipatori»⁽⁴¹⁾.

⁽³⁵⁾ Cfr. PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., 684 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 93.

⁽³⁷⁾ Sul punto, COVIELLO jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, cit., 324. Ma v. anche MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 449, nonché, più di recente, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, loc. cit.

⁽³⁸⁾ Cfr. GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 358; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 431; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 94; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, loc. cit.; GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., 369.

⁽³⁹⁾ V. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 95.

⁽⁴⁰⁾ In proposito v. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 432.

⁽⁴¹⁾ V. in proposito PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, 4 ss.

Riguardo alla salvezza delle disposizioni di cui agli artt. 551 e 552 c.c. la dottrina ritiene come, nell'ipotesi in cui la rinuncia provenga da un legittimario che sia donatario ovvero legatario del *de cuius* debba ritenersi derogata, in eccesso o in difetto, la limitazione alla quota disponibile delle donazioni ovvero dei legati ricevuti dal rinunziante⁽⁴²⁾; essendo l'obbligo di collazione posto esclusivamente a carico degli eredi e a favore degli altri coeredi si ritiene, inoltre, come il rinunziante non incorra in predetto obbligo⁽⁴³⁾.

D'altra parte, donazioni e legati possono essere ritenuti e domandati dal rinunziante, sempre in base al 2° comma dell'art. 521 c.c., esclusivamente sino alla concorrenza della porzione disponibile: nel caso in cui dette donazioni o legati risultino, quindi, lesivi della legittima, gli eredi legittimati possono agire in riduzione; riguardo a tale ipotesi si sostiene, tuttavia, come non possa attribuirsi alcuna rilevanza alla qualità di legittimario eventualmente posseduta dal rinunziante in quanto a seguito della rinuncia viene meno, in maniera retroattiva, la qualità di legittimario⁽⁴⁴⁾.

Si è infine precisato che, per effetto dell'apertura della successione e della rinuncia, la donazione ovvero il legato si riducono, in maniera automatica, limitatamente alla quota disponibile: la donazione eccedente la quota disponibile non si ritiene infatti nulla quanto, piuttosto ed esclusivamente, priva di effetti nei confronti dei legittimari titolari del diritto di riduzione⁽⁴⁵⁾.

4. La rinuncia all'eredità produce effetti devolutivi in favore di altri soggetti chiamati all'eredità, e ciò sia nell'ipotesi in cui la loro chiamata risulti contestuale a quella del rinunziante, sia che si tratti di chiamati successivi, ai quali si trasmette la vocazione a fronte di rinuncia e dei necessari presupposti. Si distingue, in proposito, tra successioni legittime e testamentarie.

Nel caso di successioni legittime, la parte del rinunziante determina – salvo il diritto di rappresentazione e quanto disposto *ex art.* 571, ult. comma c.c.⁽⁴⁶⁾ – accrescimento nei riguardi di coloro che avrebbero concor-

⁽⁴²⁾ Cfr. AZZARITI, MARTINEZ, AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 132; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 430.

⁽⁴³⁾ Cfr. GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 358. V., inoltre, PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 432.

⁽⁴⁴⁾ FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 96.

⁽⁴⁵⁾ GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima. Artt. 456-586*, cit., 233. V., in giurisprudenza, Cass., 21 aprile 1958, n. 1319, e in Giust. civ., 1958, I, 2178.

⁽⁴⁶⁾ Pertanto si sostiene che, nell'ipotesi di rinuncia di entrambi i genitori del *de cuius*, concorrenti alla successione con i fratelli del medesimo, non si verifichi accrescimento a favore dei fratelli, dovendo invece essere devoluta, la quota che sarebbe spettata a ciascun genitore, in mancanza dell'altro, agli ulteriori ascendenti: cfr. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 102. In assenza dei presupposti per l'applicazione della successione per rappresentazione, ovvero della successione degli ascendenti, la quota rimasta vacante si accresce a coloro che

so con il rinunziante⁽⁴⁷⁾, e ove il rinunziante risulti essere solo, l'eredità si devolerà *ex art. 522 c.c.* a coloro ai quali spetterebbe nell'ipotesi in cui egli mancasse⁽⁴⁸⁾. Dal momento che non risulta necessaria una particolare accettazione da parte di coloro che se ne avvantaggiano, si ritiene comunemente che l'accrescimento in favore dei coeredi operi *ipso iure*⁽⁴⁹⁾; inoltre, in caso di accrescimento automatico in favore di un coerede il quale risulti avere già accettato, pare corretto ritenere come la rinunzia divenga immediatamente irrevocabile *ex art. 525 c.c.*, non potendo, la quota rinunziata, considerarsi vacante⁽⁵⁰⁾.

Quanto alle successioni testamentarie, nel caso in cui il testatore non abbia disposto una sostituzione e non abbia luogo il diritto di rappresentazione, in base a quanto statuito *ex art. 523 c.c.* la parte del rinunziante si accresce ai coeredi *ex art. 674 c.c.* ovvero si devolve agli eredi legittimi a norma dell'*art. 677 c.c.*: disciplinando gli effetti indiretti della rinunzia in caso di successione testamentaria, detto *art. 523 c.c.* ribadisce anzitutto la prevalenza (sancita espressamente *ex art. 467 c.c.*) della sostituzione sul diritto di rappresentazione⁽⁵¹⁾. In assenza di sostituzione la quota rinunziata si devolve per rappresentazione, e ciò sempre che ricorrano i presupposti richiesti, ai fini dell'operatività di tale istituto, dagli *artt. 467 e 468 c.c.*; ove non possa addivenirsi a sostituzione o a rappresentazione si avrà, in via subordinata, devoluzione per accrescimento. Ove non ricorrano, infine,

avrebbero concorso con il rinunziante, cioè a dire si verifica un automatico accrescimento in favore di coloro che avrebbero visto ridotta, dal concorso con il rinunziante, la quota a sé devoluta: sul punto GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 360; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 437; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 324 s.

⁽⁴⁷⁾ Dal momento che si tratta di successioni legittime la quota rinunziata deve, quindi, prioritariamente devolversi, per rappresentazione, ai soggetti di cui all'*art. 468 c.c.*: v. in proposito Cass., 20 agosto 1980, n. 4948, in *Mass. Giust. civ.*, 1980.

⁽⁴⁸⁾ La ulteriore devoluzione dell'eredità rinunziata costituisce, secondo dottrina maggioritaria, effetto indiretto della rinunzia, dal momento che è pur sempre necessaria, al fine dell'acquisto da parte dei chiamati in subordine, la partecipazione della loro volontà: sul punto cfr. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 101; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 436.

⁽⁴⁹⁾ V. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., 243; ma v. anche AZZARITI, MARTINEZ, AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 134. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 9 marzo 1956, n. 701, in *Giust. civ.*, 1956, I, 1728.

⁽⁵⁰⁾ Sul punto, GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima. Artt. 456-586*, cit., 234; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 439.

⁽⁵¹⁾ Parte della dottrina ritiene che i discendenti del rinunziante, a cui favore opererebbe la rappresentazione, siano legittimati ad agire in riduzione della disposizione testamentaria con cui è disposta la sostituzione al fine di conseguire non una quota di eredità, bensì una *pars bonorum*: cfr., in tal senso, FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 106; *contra*, PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 441.

neppure i presupposti dell'accrescimento, la quota vacante a seguito di rinuncia si devolve *ex art.* 677 c.c. agli eredi legittimi⁽⁵²⁾.

Ciò detto, è opportuno ricordare che fino al momento in cui il diritto di accettazione non risulti prescritto contro i chiamati che vi hanno rinunciato, questi possono accettarla *ex art.* 525 c.c. in ogni momento, a condizione che non risulti essere stata già acquistata da altro dei chiamati, senza pregiudizio delle ragioni acquistate da terzi in ordine ai beni ereditari: la *ratio* di tale norma è rinvenibile nel principio in base al quale il chiamato all'eredità, con la rinuncia alla medesima non perda, in modo definitivo, il diritto di accettare.

Dottrina isolata sostiene che il fondamento teorico di tale disposizione sia da ascrivere al fatto che il rinunziante perderebbe a causa della rinuncia il diritto di accettare, salvo poterlo nuovamente acquistare tramite revoca della rinuncia (da attuarsi con atto di accettazione)⁽⁵³⁾; in realtà, pare di potersi parlare non di rinuncia in senso proprio, e la delazione può ritenersi persistere, nei confronti del chiamato rinunziante, sino al momento in cui l'eredità non risulti essere stata acquistata da altri: a seguito della rinuncia vi è, dunque, un periodo di coesistenza del diritto di accettazione a favore, così del rinunziante, come dei successivi chiamati⁽⁵⁴⁾.

Pertanto, affinché il rinunziante sia ancora in diritto di accettare è necessario che il relativo diritto non risulti prescritto, essendo trascorso il termine decennale di cui all'art. 480 c.c. ovvero il termine abbreviato di cui all'art. 481 c.c.⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Sottolinea in proposito PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 443 come, qualora il rinunziante rientri nel novero degli eredi legittimi, debba escludersi che la quota testamentaria fatta oggetto di rinuncia possa essere devoluta al medesimo.

⁽⁵³⁾ Cfr. COVIELLO jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, cit., 340, nonché CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., 142.

⁽⁵⁴⁾ V. in proposito CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 214; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 119; GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 351 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 330. Detto principio è stato ribadito, da ultimo, dalla S.C.: cfr. Cass., 18 aprile 2012, n. 6070, in *www.leggiditalia.it*; in precedenza Id., 23 gennaio 2007, n. 1403, in *Mass. Giur. it.*, 2007, secondo cui: a) la rinuncia all'eredità non fa venir meno la delazione del chiamato, ma determina la coesistenza del diritto di accettazione dell'eredità a favore tanto del rinunziante che degli altri chiamati; b) la perdita della delazione consegue – sempre che l'eredità non sia stata già acquistata da altro dei chiamati – alla prescrizione del diritto *ex art.* 480 c.c. o alla decadenza ai sensi del successivo art. 481.

⁽⁵⁵⁾ V. COVIELLO jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, cit., 354; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 126; *contra*, relativamente all'applicazione del termine di cui all'art. 481 c.c., PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 453.

La tesi della permanenza della delazione dopo la rinuncia conduce alla affermazione, compiuta in dottrina, del principio della trasmissibilità, agli eredi del

Altro presupposto al fine di esercitare la facoltà di revoca è che l'eredità non risulti acquistata da altri chiamati, sia per accettazione successiva alla rinuncia, sia nell'ipotesi in cui la quota rifiutata si accresca ai coeredi i quali abbiano già effettuato l'accettazione⁽⁵⁶⁾.

rinunziante, della facoltà di accettare l'eredità, nei limiti dell'art. 525 c.c. ed in applicazione dell'art. 479 c.c.: cfr. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 452; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 127; v. anche MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, loc. cit.; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., 491; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, 160. La giurisprudenza, in ogni caso, si è espressa nel senso che la revoca sia un effetto dell'accettazione, anche tacita, dell'eredità da parte del chiamato che aveva rinunciato, non un presupposto di tale accettazione consistente in una specifica volontà di ritrattare la rinuncia, concretizzata in un negozio avente identità di forma con la rinuncia medesima: cfr. Cass., 8 giugno 1984, n. 3457, in *Riv. not.*, 1984, 1282, secondo cui: a) la revoca della rinuncia all'eredità, ai sensi dell'art. 525 c.c., non costituisce, anche sotto il profilo formale, un atto o negozio autonomo, bensì l'effetto dell'avvenuta accettazione dell'eredità medesima da parte del rinunziante, il cui verificarsi, pertanto, va dedotto dal mero riscontro della validità ed operatività di tale successiva accettazione, sia essa espressa o tacita (artt. 474 ss. c.c.); b) per valutare l'effetto della revoca della rinuncia occorre considerare soltanto la forma dell'accettazione dell'eredità, che è possibile mediante qualsiasi inequivoca manifestazione di volontà, espressa o tacita; in precedenza v. Cass., 14 maggio 1977, n. 1938, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1334; in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 497.

⁽⁵⁶⁾ Si è precisato in giurisprudenza come, a fronte dell'accrescimento automatico, la rinuncia divenga irrevocabile in maniera automatica, non occorrendo un ulteriore atto di accettazione da parte dei coeredi: cfr. Cass., 19 ottobre 1966, n. 2549, in *Mass. Giur. it.*, 1966, secondo la quale: a) l'irrevocabilità della rinuncia all'eredità, una volta intervenuta l'accettazione degli altri chiamati – accettazione che, peraltro, nel caso di concorso di eredi che abbiano già accettato, non ha bisogno di una specifica manifestazione di volontà, operandosi *ipso iure*, per diritto di accrescimento, l'acquisto della quota del rinunziante da parte dei coeredi che avrebbero concorso con lui –, non si ricollega all'interesse di coloro che si avvantaggiano della rinuncia, bensì al carattere indisponibile della delazione, la quale, una volta caduta, non può essere fatta rivivere per volontà privata; b) conseguentemente, l'assenso, prestato alla revoca della rinuncia da parte dei coeredi che hanno acquistato la quota di eredità del rinunziante, non può far rivivere in quest'ultimo la qualità di erede, ormai definitivamente perduta; più di recente, v. Cass., 29 marzo 2003, n. 4846, cit., secondo cui la revoca della rinuncia è impedita dall'acquisto dell'eredità da parte di altri chiamati. La ragione per cui si ritiene che l'acquisto di uno solo dei chiamati con diritto di accrescimento di una quota dell'eredità sia sufficiente a precludere l'accettazione successiva, è dovuta al fatto che detto acquisto potenzialmente si estende – salvo il concorso con i futuri acquirenti che non abbiano rinunciato – all'intera eredità: sul punto, COVIELLO jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, cit., 358; GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 354; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 124.

In considerazione del carattere indisponibile della delazione, si è inoltre esclusa, in giurisprudenza, la facoltà di revoca nell'ipotesi in cui l'eredità sia stata acquistata da altri chiamati, e ciò anche ove gli interessati vi acconsentano. Venuta

Si è concordi nel ritenere, in dottrina, che le forme di revoca debbano considerarsi coincidenti con quelle dell'accettazione: ciò, in quanto la revoca della rinuncia effettuata precedentemente è implicita nella successiva manifestazione di volontà di accettare l'eredità⁽⁵⁷⁾.

Si sostiene inoltre, correttamente, come la permanenza nel possesso dei beni ereditari da parte del rinunziante implichi accettazione tacita dell'eredità – quindi, revoca della rinuncia – solo nell'ipotesi in cui sia ravvisabile in detto possesso una concreta *gestio pro herede*⁽⁵⁸⁾. Pare invece di poter escludere, in proposito, la ravvisabilità di una revoca della rinuncia in conseguenza delle circostanze di cui agli artt. 485 e 527 c.c., in virtù delle quali si verifica l'acquisto automatico della qualità di erede: ciò, in quanto le suddette norme risultano applicabili al rinunziante, mentre deve considerarsi del tutto estranea all'ordinamento giuridico la possibilità di una rinuncia automatica all'eredità⁽⁵⁹⁾.

In base all'ultimo inciso dell'art. 525 c.c. sono fatte salve le ragioni acquisite dai terzi in ordine ai beni ereditari: mentre la dottrina maggioritaria rileva che, ove il legislatore abbia ribadito la salvezza degli atti di amministrazione compiuti dai chiamati in subordine o dal curatore dell'eredità giacente, l'inciso parrebbe superfluo in quanto tali diritti sono altrimenti tutelati⁽⁶⁰⁾, dottrina isolata sostiene, invece, come la ragione dell'inciso debba ravvisarsi nell'esigenza d'impedire, al legittimario rinunziante che successivamente revochi la rinuncia, di agire in riduzione contro legatari e donatari⁽⁶¹⁾.

meno la delazione, infatti, trattandosi di materia indisponibile la medesima non può ripristinarsi per volontà dei privati: cfr. Cass., 9 settembre 1998, n. 8912, in *Giur. it.*, 1999, 1160, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 576, con nota di BELLONI, *Sulla nullità della revoca della rinuncia all'eredità*; conf., in tempi risalenti, Cass., 25 ottobre 1966, n. 2594, in *Rep. Giur. it.*, 1966, voce «Possesso», n. 69; *contra*, in dottrina, GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima. Artt. 456-586*, cit., 242.

La possibilità, per il rinunziante, di accettare in epoca successiva l'eredità rimane esclusa, del pari, nel caso in cui vi sia stata revoca della rinuncia da parte di uno solo tra i più coeredi rinunzianti: AZZARITI, MARTINEZ, AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 138; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 455.

⁽⁵⁷⁾ COVIELLO jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, cit., 349; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 454. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 14 maggio 1977, n. 1938, cit.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Cass., 21 aprile 1958, n. 1319, in *Giust. civ.*, 1958, I, 2178. Per la dottrina, FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 122.

⁽⁵⁹⁾ V. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 456; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, loc. cit.

⁽⁶⁰⁾ FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 128; in precedenza, CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 218; PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 457; *contra*, COVIELLO jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, cit., 367.

⁽⁶¹⁾ Cfr. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, 163.

Si afferma, dato il carattere eccezionale dell'art. 525 c.c., l'irrevocabilità della rinuncia al legato⁽⁶²⁾ nonché l'inapplicabilità, della stessa norma, anche nelle ipotesi di perdita del diritto di accettare di cui agli artt. 481 e 487 c.c.⁽⁶³⁾.

5. Nel caso che ci occupa, e per i profili di particolare interesse in questa sede, si osserva come il Tribunale correttamente abbia applicato la normativa in tema di rinuncia alla eredità, sancendo l'inesistenza, in capo a Caio e Pompea, dell'obbligo di rispondere dei debiti del defunto Pompeo.

Detti opposenti, infatti, non possono essere considerati eredi universali di Pompeo dal momento che: a) riguardo a Caio, egli risulta avere validamente rinunciato all'eredità con atto pubblico a rogito Notaio Romani, nel rispetto, quindi, delle prescrizioni formali normativamente imposte; b) quanto a Pompea, la medesima aveva trasferito la propria residenza in altra abitazione già un mese e mezzo dopo la morte del coniuge, pertanto non può costituire prova del possesso di detta casa coniugale la mera constatazione che Pompea abbia ricevuto consegna, presso l'originario indirizzo, di lettera raccomandata destinata al figlio potendo avere, la presenza in casa, mera natura occasionale.

Discorso diverso viene fatto per Tizio, in relazione al quale il Tribunale richiama la norma di cui all'art. 485 c.c., secondo cui il chiamato all'eredità che sia in possesso, a qualsiasi titolo, dei beni ereditari, deve effettuare l'inventario entro tre mesi dall'apertura della successione, ovvero dalla notizia della devoluta eredità, pena l'assunzione della qualifica di erede puro e semplice. Detta fattispecie di «accettazione legale» prevede, infatti, come

⁽⁶²⁾ V. Cass., 16 febbraio 1954, n. 381, in *Mass. Giur. it.*, 1954, la quale in proposito sottolinea, anzitutto, che il legato si acquista *ipso iure*, e la volontà del soggetto investito del legato in sostituzione di legittima assume rilievo, agli effetti dell'acquisto o meno del medesimo, solo ove si estrinsechi nel senso negativo della rinuncia la quale, in assenza di limiti normativi, può manifestarsi in maniera espressa o tacita. In secondo luogo, il materiale conseguimento del legato ha valore e portata confermativa dell'acquisto già operante *de iure*, con conseguente, definitiva perdita della facoltà di scegliere tra successione testamentaria e successione legittima. Ancora, si richiama la disciplina di cui all'art. 551 c.c., al legittimario cui sia stato devoluto un legato a tacitazione della legittima, secondo il quale è precluso, per il semplice fatto di aver conseguito il legato, il diritto di chiedere la legittima in quota, cioè a dire in natura, ovvero un supplemento, ove il valore del legato risulti inferiore al valore della legittima, salvo il caso che il testatore abbia espressamente attribuito, al legittimario, la facoltà di chiedere il supplemento. Infine, la S.C. osserva come una mera riserva di supplemento espressa all'atto del conseguimento del legato non possa considerarsi né in termini di equivalente giuridico della rinuncia (che costituisce, secondo legge, l'unico atto idoneo a preservare i diritti inerenti alla qualità di erede), né quale salvaguardia del diritto di rinuncia in prosieguo, diritto ormai estintosi con il fatto del conseguimento. Sul punto cfr., in dottrina, FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 129.

⁽⁶³⁾ PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 452.

l'acquisto della qualità di erede consegua in termini di effetto di presunzione assoluta, connessa ad un possesso continuativo di beni non accompagnato da inventario: strumento, quest'ultimo, volto a tutelare i soggetti terzi.

Il Tribunale quindi sostiene, in linea con quanto prescritto in proposito dal codice civile, che gli elementi addotti con riguardo alla posizione di Tizio debbano considerarsi concludenti in ordine alla sua accettazione di eredità per verifica della fattispecie di cui all'art. 485 c.c., avendo egli continuato a risiedere presso l'abitazione paterna anche posteriormente al decorso dei tre mesi legalmente previsti dall'apertura della successione del padre ed avendo, inoltre, mantenuto il possesso di un terreno adiacente utilizzato abitualmente quale area di sosta per il proprio camion.

Da ciò può trarsi in capo a Tizio una ragionevole presunzione di successione nel possesso di arredi e terreno appartenuti al *de cuius*, del cui debito dovrà quindi rispondere per intero, in quanto erede universale, *ex artt.* 522, 752 e 754 c.c.: la rinuncia all'eredità che risulti formalizzata dinanzi al Tribunale in maniera tardiva non può, infatti, ritenersi efficace.

SILVIO PIETRO CERRI

TRIBUNALE DI PERUGIA – Sez. I – 20 giugno 2013 (decr.) G.T.
Giglio

**Persone – Amministrazione di sostegno – Poteri dell'amministratore
– Prestazione di consenso informato al trattamento sanitario – Sus-
sistenza – Limiti.**

L'amministratore di sostegno ben può essere autorizzato, anche in via provvisoria, a prestare il consenso informato nell'interesse del beneficiario in relazione agli atti diagnostici e terapeutici nei limiti fissati dal decreto di nomina (1).

(*Omissis*) Il Giudice tutelare dr.ssa Loredana Giglio, visto il ricorso presentato ai sensi degli artt. 404 e ss c.c. da D.F. diretto alla nomina di amministratore di sostegno in favore della sua convivente D.G. (*omissis*);

rilevato che dalla documentazione allegata al ricorso emerge che la beneficiaria a seguito di emorragia cerebrale per rottura di aneurisma è stata sottoposta ad intervento chirurgico e che a breve sarà sottoposta ad altro intervento,

che attualmente è ricoverata in struttura per trattamenti riabilitativi e presenta rilevanti postumi con riduzione della capacità di deambulazione e disabilità neurologiche tanto da essere stata riconosciuta invalida civile al 100% con valutazione di necessità di assistenza continua non essendo in grado di svolgere atti della vita quotidiani, ha difficoltà cognitive ed appare disorientata,

rilevato che ai fini della regolare instaurazione della procedura è necessario consentire al P.M. di intervenire in giudizi, devono essere notiziati della pendenza del ricorso gli altri eventuali prossimi congiunti e deve procedersi all'obbligatoria comunicazione del procedimento al P.M. nonché all'audizione della beneficiaria, obbligatoria per legge,

rilevato peraltro che ai sensi dell'art. 404 co. 4° c.c. è possibile, nelle more della definizione della procedura, adottare provvedimenti urgenti nell'interesse del beneficiario e nominare amministratore di sostegno provvisorio considerate le condizioni nelle quali la beneficiaria versa e il periodo di ricovero per riabilitazione che si presume allo stato consistente,

vista la documentazione allegata al ricorso dalla quale emerge in modo evidente che la beneficiaria versa in condizioni tali da non poter curare i propri interessi, avendo necessità di assistenza continua ed essendo stata riconosciuta invalida civile al 100%,

che dunque allo stato ed impregiudicata ogni diversa valutazione all'esito della procedura appare possibile, per consentire la gestione urgente della cura della beneficiaria e delle esigenze di carattere economico, appare necessario procedere alla nomina di amministratore provvisorio di sostegno e che non ostante preclusioni a che tale incarico sia assunto dal ricorrente convivente sig. D.F. – non risultando tra l'altro altri prossimi congiunti della signora residenti in Italia – (omissis).

Visto l'art. 405 c.c. inoltre:

- 1) nomina *provvisoriamente e in via d'urgenza con attribuzione immediata dei relativi poteri – con riserva di ratifica dell'attività svolta al momento della nomina definitiva* - amministratore di sostegno provvisorio di D.G. *omissis* attualmente ricoverata presso la struttura CORI di Passignano sul Trasimeno, il sig. D.F. *omissis*;
- 2) Autorizza provvisoriamente l'amministratore di sostegno nominato al compimento degli atti urgenti per la conservazione e gestione del patrimonio della beneficiaria nonché per le sue esigenze di cura ed assistenza ordinarie; in particolare l'amministratore di sostegno provvisorio è autorizzato sin d'ora, salvo rendiconto provvisorio

da depositare entro il 15.9.2013 ad effettuare i seguenti atti:

- a) L'amministratore di sostegno potrà compiere in nome e per conto della beneficiaria tutti gli atti di ordinaria amministrazione del patrimonio nell'interesse della stessa ed è autorizzato ad aprire in nome e per conto della stessa conto corrente bancario o postale, curando ove possibile di coinvolgere nelle relative scelte la stessa e di assecondarne le richieste;
- b) L'amministratore di sostegno potrà provvisoriamente procedere alla riscossione delle pensioni o emolumenti spettanti alla beneficiaria in suo nome e conto ed all'utilizzo delle relative somme per l'esigenze ordinarie della beneficiaria; potrà altresì, presentare istanze dirette ad ottenere assistenza e sussidi; presentare la dichiarazione dei redditi e sottoscrivere altri atti di natura fiscale;
- c) L'amministratore di sostegno è autorizzato provvisoriamente a prelevare, con obbligo di rendiconto, le somme necessarie per l'esigenze ordinarie della beneficiaria (spese per cura, assistenza, spese mediche, pagamento di bollette, vestiario, oneri tributari etc.) derivanti da eventuali ratei pensionistici o da altri emolumenti della beneficiaria o che si trovino depositate su c/c ovvero su libretto postale, fermo restando la specifica autorizzazione del Giudice tutelare quanto agli atti di cui agli artt. 374 e 375 c.c.;
- d) L'amministratore di sostegno anche provvisoriamente dovrà far confluire su un conto corrente o libretto bancario o postale le somme di spettanza della beneficiaria con onere di versamento dell'eccedenza rispetto a quanto necessario per le spese ordinarie;
- e) Per gli atti di straordinaria amministrazione dovrà essere richiesta l'autorizzazione al G.T.;

quanto alla richiesta di prestazione in nome e per conto della beneficiaria di atti di consenso informato in relazione ad atti diagnostici e terapeutici, rilevato che si tratta di atti che attengono a diritti fondamentali e personalissimi della beneficiaria, dispone quanto segue:

- f) Autorizza l'amministratore di sostegno – solo laddove sia documentata per iscritto dai sanitari l'incapacità assoluta della beneficiaria ad esprimere consenso informato per le terapie mediche necessarie che dovessero rendersi necessarie purchè tale incapacità risulti accertata da parte dei sanitari - ed esclusi i casi non urgenti di terapie invasive o che comportino esposizione a pericolo per la salute della beneficiaria, per i quali si rende necessaria l'autorizzazione del G.T. stante la natura di atti

straordinari attinenti a diritti personalissimi della beneficiaria e fati salvi i casi di urgenza;

- g) Dispone che l'amministratore di sostegno depositi entro il 15.9.2013 relazione sull'attività svolta con relativo rendiconto. Dichiarata il provvedimento immediatamente esecutivo con conferimento dei relativi poteri all'amministratore di sostegno provvisoriamente nominato. Omissis.

(1) Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari

SOMMARIO: 1. *Amministrazione di sostegno e tutele.* – 2. *Amministrazione di sostegno e diritti fondamentali della persona.* – 3. *Testamento di sostegno e direttive anticipate.*

1. Il decreto in epigrafe offre lo spunto per una riflessione su varie questioni problematiche afferenti la figura dell'amministratore di sostegno.

La figura in esame, il cui ambito operativo concreto risulta ben delimitato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, ha riformato il sistema di protezione previsto dall'ordinamento a favore di soggetti parzialmente o totalmente incapaci di provvedere ai propri interessi ⁽¹⁾.

Il precedente sistema basato su una duplicità di misure di protezione - interdizione e inabilitazione - si è arricchito di un terzo istituto, caratterizzato da un lato da una maggiore valorizzazione della dignità e dell'autonomia del soggetto amministrato, dall'altro da un'accresciuta discrezionalità del giudice nell'attribuzione delle competenze che possono essere autorizzate a favore dell'amministratore.

È proprio la *ratio* dell'istituto ad accordare al giudice il potere di delineare l'ampiezza della residua capacità di agire del beneficiario, indicando analiticamente nel decreto di nomina, gli atti per i quali l'assistenza dell'amministratore risulti necessaria e che debbano essere materialmente espletati dallo stesso, previa autorizzazione del giudice. Per tutte le attività non dettagliate nel decreto, il beneficiario mantiene la propria capacità di agire generale, aspetto da non sottovalutare soprattutto in relazione ad alcuni atti personalissimi come il testamento ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sul punto vedi Cass., 26 luglio 2013, n. 18171, in *Foro it.*, 2013, I, 3210, che mutuando quanto già asserito dalla stessa corte nella pronuncia 22332/2011 così recita "(...) l'ambito di applicazione dell'amministratore di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado d'infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della procedura applicativa".

⁽²⁾ Per approfondimenti sull'istituto dell'amministratore di sostegno v. PALAZZO, *Amministrazione di sostegno e strumenti di protezione dei soggetti deboli*, in *Ammi-*

Posto dunque che la *ratio* dell'istituto in esame è rappresentata dall'autorizzazione a favore dell'amministratore a compiere atti nell'interesse e a beneficio esclusivo del soggetto debole, occorre domandarsi quale ne sia il limite ontologico, in considerazione che gli effetti degli atti stessi possono ricadere nella sfera più intima del beneficiario.

Infatti, come si evince dal decreto *de quo*, il giudice può autorizzare l'amministratore a compiere, per conto del beneficiario, scelte inerenti addirittura i diritti fondamentali della persona, quali il diritto alla salute, alla libertà ed alla privacy.

Lo spunto per un approfondimento in tal senso è fornito dal decreto che si annota e di cui si riporta brevemente la narrazione della vicenda. Il provvedimento in questione è stato emesso all'esito di ricorso presentato dal convivente di una donna che, a seguito di emorragia cerebrale per rottura di aneurisma, era stata sottoposta ad intervento chirurgico e necessitava di ulteriori interventi.

I postumi dopo il primo intervento chirurgico si mostravano da subito gravi: riduzione della capacità di deambulazione e disabilità neurologiche, tanto da essere riconosciuta invalidità civile al 100%.

Il Giudicante ha accolto la richiesta del ricorrente, nominandolo amministratore di sostegno della compagna – priva di prossimi congiunti residenti in Italia – ed autorizzandolo al compimento di tutti gli atti ordinari di cura ed assistenza della beneficiaria, nonché di quelli di amministrazione del patrimonio della stessa, subordinando invece alla autorizzazione del giudice tutelare lo svolgimento degli atti di straordinaria amministrazione.

Il dato contenutistico di maggiore interesse è tuttavia quello inerente *“autorizza l'amministratore di sostegno – solo laddove sia documentata per iscritto dai sanitari l'incapacità assoluta della beneficiaria ad esprimere consenso informato per le terapie mediche necessarie che dovessero rendersi necessarie purché tale incapacità risulti accertata da parte dei sanitari - ed esclusi i casi non urgenti di terapie invasive o che comportino esposizione a pericolo per la salute della beneficiaria, per i quali si rende necessaria l'autorizzazione del G.T. stante la natura di atti straordinari attinenti a diritti personalissimi della beneficiaria e fatti salvi i casi di urgenza”*.

Dettagliando il contenuto di quest'ultimo potere dell'amministratore, il giudice lo autorizza infatti – previa idonea attestazione scritta da parte dei sanitari dell'assoluta incapacità della beneficiaria ad esprimere il consenso informato in ordine alle terapie mediche a lei necessarie - a sostituirsi alla stessa nell'esercizio di tale primario e personalissimo diritto, con

nistrazione di sostegno e trust di protezione. Atti del seminario, Perugia 29 ottobre 2010, 21 ss.; RISOLO, L'amministrazione di sostegno, in Fam. e dir., 2012, 1157 ss; DOLCIMELE, La tutela dell'adulto incapace – linee generali sull'istituto dell'amministratore di sostegno, in Lo Stato civile italiano, 2012, 20 ss.; BABUCCI, Tossicodipendenze e amministratore di sostegno, in questa Rivista, 2006, 106 ss.

esclusione, però, della prestazione del consenso in ordine ai casi di terapie invasive o rischiose per la salute del beneficiario che non risultino urgenti, casi da sottoporre invece alla previa autorizzazione del giudice tutelare, in considerazione del loro carattere di straordinarietà e di attinenza a diritti personalissimi.

La puntualissima disamina della questione giuridica effettuata dal giudice ed il dettaglio disposto che ne è derivato, offrono l'opportunità per un esame delle relazioni intercorrenti tra poteri dell'amministratore di sostegno e diritti fondamentali e personalissimi del beneficiario, relazioni di per sé prodromiche alla decisione in parola.

In primo luogo, occorre evidenziare la sempre maggiore frequenza del ricorso alla figura dell'amministratore di sostegno, misura che sul piano pratico risulta di per sé idonea e sufficiente a tutelare anche soggetti affetti da infermità molto gravi, riguardanti non soltanto la sfera fisica, ma altresì estesi a quella psichica, ed, anzi, tali da impedire al beneficiario ogni relazione con l'esterno o addirittura il compimento dei più elementari atti della vita quotidiana. Tale dato attribuisce all'interdizione ed all'inabilitazione un carattere residuale⁽³⁾. Ciò trova conferma sul piano numerico delle decisioni che privilegiano l'istituto dell'amministratore di sostegno a

⁽³⁾ In merito al carattere residuale dell'interdizione e dell'inabilitazione rispetto all'amministrazione di sostegno vedi, fra le prime pronunce significative, Trib. Modena, ord. 15 novembre 2004, in *www.leggiditalia.it*. In questa pronuncia si pone in evidenza come in seguito all'introduzione della figura dell'amministrazione di sostegno "oggi l'interdizione non 'deve' più essere pronunciata nei confronti della persona inferma di mente (come disponeva il vecchio testo dell'art. 414 c.c.); perché tale pronuncia, nel mutato quadro normativo, è divenuta facoltativa e va adottata da parte del giudice solo "quando ciò è necessario per assicurare la adeguata protezione" dell'infermo di mente (art. 414 c.c., nel testo novellato dall'art. 4, co. 2, l. 6/2004); (...) la misura dell'interdizione diventa, perciò, un rimedio meramente residuale, limitato ai casi in cui l'A.d.S., strumento di protezione, a carattere generale delle "persone non in grado di provvedere ai propri interessi", sia "inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario" (come precisa l'art. 413, 4° comma, c.c.); in tal caso, il giudice tutelare dichiara la cessazione dell'amministrazione informando, il Pubblico Ministero qualora ritenga necessario ricorrere agli istituti dell'inabilitazione o dell'interdizione per la tutela dell'incapace. Interessante anche, Cass., 1° marzo 2010, n. 4866, in *Giur. it.*, 2010, 2301 con nota di RUFO SPINA, *La residualità dell'interdizione e dell'inabilitazione*, che "denunciando violazione degli artt. 404, 405, 406, 407, 408, 409 e 410 c.c. – lamenta che la Corte di appello non abbia ritenuto sussistenti i presupposti per l'applicazione nei suoi confronti della misura dell'amministrazione di sostegno, senza tener conto delle importanti novità introdotte dalla legge n. 6 del 2004 – che hanno configurato l'interdizione come istituto di carattere residuale ed hanno introdotto altre misure di protezione destinate a limitare meno pesantemente l'autonomia e la libertà del soggetto debole. In dottrina per una disamina sul punto vedi TESCARO, *Commento agli artt. 408-432 del codice civile. Commentario breve al diritto di famiglia* a cura di Zaccaria, Padova, 2011, 1112 il quale pone a confronto l'istituto dell'amministratore di sostegno e l'interdizione tenendo in debita considerazione le diverse funzioni e capacità di adattamento dell'uno rispetto all'altro.

vantaggio dell'interdizione; l'orientamento giurisprudenziale nei confronti dell'amministratore di sostegno, ha finito per allargare la sfera d'azione di tale figura consentendo la nomina di amministratori di sostegno anche in casi in cui in passato sarebbero stati nominati tutori.

La suddetta idoneità dell'istituto in esame ad essere applicato ad un sempre maggiore numero di fattispecie, è del resto evidenziata dalla stessa norma, che ne enuclea i presupposti fondamentali all'art. 404 cod. civ., secondo cui presupposto per la proposizione del ricorso per la nomina di amministratore di sostegno è l'impossibilità, anche parziale e temporanea di provvedere, ai propri interessi ⁽⁴⁾.

Il *favor* riconosciuto a tale istituto è dunque giustificato dal significato che il legislatore stesso ha attribuito al concetto di sostegno. A chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, si è infatti voluto offrire uno strumento di assistenza idoneo a sacrificarne la capacità di agire nella minore misura possibile ⁽⁵⁾.

Nonostante l'interdizione e l'inabilitazione sopravvivano tutt'ora nell'impianto codicistico, la giurisprudenza evidenzia un'attuale propensione per l'applicazione dell'amministratore di sostegno, istituto caratterizzato da una maggior duttilità rispetto ai due precedenti e pertanto facilmente adattabile – come un “vestito su misura” ⁽⁶⁾, alle situazioni più eterogenee, lasciando ampio spazio decisionale al giudice tutelare ⁽⁷⁾. L'istituto in questione, oltre che presentare vantaggi sotto il profilo funzionale-applicativo, si connota altresì per la sua snellezza sul piano procedurale, in quanto la designazione è fatta dal giudice monocratico con decreto e non con sentenza, apportando così un notevole risparmio sia in termini di tempo che di costi processuali ⁽⁸⁾.

Atteso che gli istituti a protezione degli incapaci erano volti prevalentemente alla tutela di situazioni creditorie e patrimoniali, con l'introduzione dell'amministratore di sostegno muta la prospettiva tradizionalmente

⁽⁴⁾ CASSANO, *L'amministratore di sostegno nella giurisprudenza*, Rimini, 2008, 47.

⁽⁵⁾ FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Fam. e dir.*, 2009, 280.

⁽⁶⁾ Sul punto *ex pluribus* MASONI, *L'amministrazione di sostegno*, Rimini, 2009, 676.

⁽⁷⁾ Trib. Modena (decr.), 5 novembre 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 1038; sul punto anche autorevole dottrina BIANCA, *Premessa in L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, Milano, 2005, 1, secondo cui il nuovo istituto “tende a graduare la tutela della persona a misura d'uomo, cioè nei limiti in cui effettivamente la persona ha bisogno di essere protetta attraverso una forma giuridica che la metta al riparo dai pregiudizi dei suoi stessi atti e che, al tempo stesso, le consenta di realizzare le aspirazioni e i bisogni della propria vita”.

⁽⁸⁾ Art. 405 c.c. dove al comma 1 stabilisce che “il giudice tutelare provvede entro 60 giorni dalla data di presentazione della richiesta alla nomina dell'amministratore di sostegno con decreto motivato immediatamente esecutivo (...)”.

intesa e si pone l'attenzione sulla tutela della persona stessa e dei diritti patrimonialmente neutri⁽⁹⁾.

Come già ravvisato in dottrina i termini che contraddistinguono tale più recente forma di tutela sono protezione e promozione del soggetto beneficiario⁽¹⁰⁾.

L'attività dell'amministratore di sostegno non può limitarsi ad una semplice protezione giuridica del soggetto debole, ma deve altresì promuovere l'identità dell'individuo, attraverso una serie di atteggiamenti tendenti al miglioramento della qualità della vita, permettendo così la piena realizzazione delle capacità proprie del soggetto⁽¹¹⁾. In questo senso si è espresso il giudice di Perugia nel decreto di nomina in questione laddove autorizza l'amministratore di sostegno ad esprimere il consenso informato per le terapie mediche necessarie al beneficiario⁽¹²⁾.

Su questi presupposti il ruolo del giudice di merito è dunque fondamentale nella valutazione della conformità di tale misura alle esigenze di volta in volta indicate, dovendo egli individuare, a fronte di esse, il tipo di attività da compiere per conto del beneficiario, la gravità e la durata della malattia o dell'infermità, la sua natura, la durata dell'impedimento e comunque ogni altro elemento e circostanza utile e necessaria alla fattispecie esaminata. Da ciò discende logicamente il già evidenziato ampio margine di discrezionalità del giudice nella determinazione della misura ritenuta più idonea al caso concreto, nonché – in caso di nomina dell'amministratore di sostegno – delle facoltà ad esso autorizzabili e del contenuto delle stesse⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ SASSI, voce *Derechos patrimonialmente neutros*, in *Diccionario histórico judicial de Mexico*, I, 417 ss.; Id., *Diritti Patrimonialmente neutri*, in *Diritto e Processo. Annuario giuridico dell'Università di Perugia*, 2006-2009, 455.

⁽¹⁰⁾ Così LISELLA, *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno in Nuova giur. civ. comm.*, 287.

⁽¹¹⁾ Sulla questione vedi art. 405 c.c., dove al comma 5 recita "Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione: *omissis* 3) dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario; 4) degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno (...)" delimitando appunto una protezione giuridica misurata in relazione alle effettive necessità del soggetto amministrato; la finalità di promozione, invece, trova riscontro normativo sia nell'art. 407 comma 2 c.c., laddove dispone che, "Il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa (...)" sia nell'art. 410 dove la norma esplicitamente impone all'amministratore di sostegno di tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario.

⁽¹²⁾ Nello stesso senso è orientata Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Fam. e dir.*, 2013, 577, dove definisce l'ambito di azione dell'amministrazione di sostegno nel perseguire le "finalità di cura necessarie a garantire la protezione del beneficiario e nell'attuare le aspirazioni, laddove ne venga in rilievo il diritto alla salute, prestando il consenso o dissenso informato agli atti di cura che impongono trattamenti sanitari".

⁽¹³⁾ Cass., 20 marzo 2013, n. 6861, in *www.neldiritto.it* dove i giudici ribadiscono

2. Come già precedentemente accennato, l'evoluzione applicativa dell'istituto ha evidenziato il sempre più stretto rapporto intercorrente tra facoltà accordate all'amministratore e diritti personalissimi del beneficiario, ivi compreso quello alla salute, come peraltro ben si evince dalla fattispecie in commento.

Quanto in Italia, veniva affermato dalla la legge 6/2004, trovava ampio riscontro nel panorama normativo vigente a livello europeo, tendente a valorizzare al massimo l'autonomia dell'individuo, anche quando le sue condizioni di salute fisica o psichica ne limitavano pesantemente l'autonomia⁽¹⁴⁾.

Ne sono un esempio da un lato l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – che attribuisce ai disabili il diritto di beneficiare di misure tese a garantirne l'autonomia ed in ogni caso a facilitarne l'inserimento sociale, professionale e la partecipazione alla vita della comunità – dall'altro la Convenzione delle Nazioni Unite – che ne evidenzia la promozione del rispetto e della dignità intrinseca, l'autonomia individuale comprensiva della libertà di scelta, nonché l'indipendenza. Tali concetti sono strettamente correlati alla valorizzazione della dignità della persona umana, le cui esigenze fondamentali vanno tutelate e promosse a prescindere dalla condizione fisica o psichica in cui essa si trovi, anche nel caso in cui essa stessa non sia in grado di farlo personalmente, necessitando di un soggetto che l'affianchi e le sia di ausilio in questo senso.

Al di là delle specifiche disposizioni normative di più recente introduzione nel nostro ordinamento, non può in ogni caso dimenticarsi che già la nostra Costituzione, all'art. 2, offre tutela ai “diritti inviolabili dell'uomo” ponendo al centro del nostro sistema di diritto lo sviluppo e la promozione della persona umana, al di là di quelle che possono essere le condizioni sociali e personali potenzialmente foriere di ingiustificate ed illegittime discriminazioni⁽¹⁵⁾.

Con la figura dell'amministratore di sostegno, il legislatore ha posto tutela alla cura dei diritti personali del soggetto rispetto alla cura e con-

che “Il criterio fondamentale che il giudice deve seguire nella scelta dell'amministratore di sostegno è esclusivamente quello che riguarda la cura e gli interessi della persona beneficiata. Tale criterio assicura a chi deve decidere una ampia facoltà di valutazione su quale sia il miglior soggetto da scegliere come amministratore per assicurare al massimo la cura degli interessi del beneficiario. Ciò trova conferma nell'art. 408, ultimo comma, c.c., laddove viene data al giudice tutelare la facoltà di scegliere, ove ricorrono gravi motivi, anche una persona diversa da quelle indicate dall'art. 408, primo comma”.

⁽¹⁴⁾ In tal senso si è espressa Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, cit., nel punto in cui la Corte, ha ricostruito in maniera analitica il quadro normativo comunitario e internazionale a cui necessariamente si deve far riferimento per una collocazione ed interpretazione dell'Istituto.

⁽¹⁵⁾ In argomento per approfondimenti v. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

servazione, peraltro pure molto importanti, del patrimonio del beneficiario⁽¹⁶⁾. L'amministratore di sostegno nella sua funzione, oltre che attenersi a quanto disposto dal giudice tutelare nell'atto di nomina (art. 405 c.c.) deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario, informare quest'ultimo sugli atti da compiere e nel caso di contrasto con il beneficiario medesimo darne tempestiva comunicazione al giudice tutelare (art. 410 c.c.). A tale proposito, nel caso di difformità dell'operato dell'amministratore rispetto ai bisogni ed alle aspirazioni del beneficiario si evidenzia una lacuna normativa che ha costituito l'*incipit* per un importante dibattito dottrinale. Da un lato vi è infatti chi sostiene che si debba procedere alla nomina di un curatore speciale; dall'altro chi invece propende per la sospensione dell'amministratore di sostegno, limitatamente all'atto oggetto del contendere⁽¹⁷⁾. Tuttavia la dottrina è ormai concorde nel ritenere annullabili gli atti posti in essere dall'amministratore di sostegno che arrechino pregiudizio al beneficiario⁽¹⁸⁾.

Come già detto in precedenza, la sfera di azione dell'amministratore di sostegno può comprendere ogni aspetto della vita del beneficiario che abbisogna di tutela; in questa ottica il novero dell'attività dell'amministratore si amplia e si conforma ai bisogni dell'assistito fino ad occuparsi di quei diritti personalissimi che per loro natura non potrebbero essere esercitati se non dai titolari medesimi. I diritti fondamentali dell'uomo sono quei diritti che mettono in risalto "la dimensione di attributo essenziale della persona"⁽¹⁹⁾. Si possono ricomprende sotto questa accezione tutti quei diritti di cui l'individuo non può disporre a suo piacimento, ovvero quei diritti indisponibili ed inalienabili appartenenti ad ogni persona e per questo universali. Rientrano, pertanto in tale categoria, il diritto alla vita, all'integrità fisica, al nome ed ancora il diritto all'informazione ed alla privacy. Guardando indietro nel tempo, *ab origine* non si riscontrava nei trattati e nelle convenzioni una vera e propria tutela nei confronti di questi diritti⁽²⁰⁾. All'approdo dei diritti fondamentali nei Trattati comunitari si è giunti soprattutto grazie ad un processo evolutivo da parte della Corte di Giustizia, che ha cercato di colmare il vuoto legislativo, attraverso una giurisprudenza sempre più puntuale ed

⁽¹⁶⁾ Sull'importanza della tutela degli interessi patrimoniali nell'istituto dell'amministratore di sostegno vedi DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 33.

⁽¹⁷⁾ Vedi sul punto LISELLA, *op. cit.*, 286.

⁽¹⁸⁾ Per approfondimenti in tal senso DELLE MONACHE, *op. cit.*, 33 ss. TESCARO, *L'invalidità degli atti posti in essere dall'amministratore di sostegno e dal beneficiario della misura di protezione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, 336 ss.

⁽¹⁹⁾ TOMASI, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, in *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, a cura di Honorati, Milano, 2010, 112.

⁽²⁰⁾ A tal proposito come sostenne PESCATORE, *Fundamental rights and freedoms in the System of the European Communities*, in *A.J.C.I.*, 1970, 343.

attenta. Sul piano interno la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, trova invece fondamento nella nostra carta costituzionale al combinato disposto degli artt. 2, 3, 13, 16 e 21. Nel corso del tempo, i contenuti di questi diritti si sono, tuttavia, rafforzati e sviluppati in un'ottica di una sempre maggior attenzione all'autodeterminazione della libertà del singolo. Esempio calzante è costituito dal diritto alla salute⁽²¹⁾, diritto centrale nel commento in esame. Qualificato oggi come diritto fondamentale dell'individuo, dunque di carattere primario ed assoluto⁽²²⁾, inizialmente era stato incluso fra le libertà sociali e, proprio l'Assemblea Costituente, lo aveva inserito all'art. 9 bis fra le "disposizioni generali".

A seguito del dibattito, nella seduta del 24 aprile 1947⁽²³⁾ essa ritenne, invece, di annoverare il diritto alla salute fra i diritti fondamentali ed inviolabili dell'individuo, rendendolo perciò inalienabile, intrasmissibile, indisponibile ed irrinunciabile, e rafforzandone pertanto la sua garanzia a livello costituzionale. L'art. 32 Cost. norma cardine di tale diritto, stabilisce infatti che "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti".

Il diritto alla salute trova, altresì, fondamento all'art. 2 Cost. e art. 5 c.c. La *ratio* di entrambi è quella di tutelare l'individuo in ogni sua manifestazione. L'art. 5 c.c. infatti disciplina gli atti di disposizione del proprio corpo⁽²⁴⁾, mentre l'art. 2 Cost. lo include fra i diritti inviolabili. Dal combinato disposto degli artt. 5 c.c. 2 e 32 Cost. emerge un bilanciamento degli interessi e la prevalenza per il diritto alla salute⁽²⁵⁾.

⁽²¹⁾ La Corte Cost., nella pronuncia n. 37/1991 (in *Giur. cost.*, 1991, 236), ha sostenuto che la salute "costituisce un valore che protetto dalla costituzione come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività è stato costantemente riconosciuto come primario da questa corte per la sua inerenza alla persona umana, sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di stato sociale disegnata dalla Costituzione".

⁽²²⁾ Così Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 88, in *Giur. it.*, 1980, I, 9.

⁽²³⁾ Per approfondimenti sul punto v. *Atti Ass. Cost.*, 3295 ss.

⁽²⁴⁾ Per approfondimenti sul punto v. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2011; SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, 47-48; CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in BUSNELLI, BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978.

⁽²⁵⁾ Interessante è l'analisi del termine salute che deriva dal latino *salus* cioè integrità, salvezza, come benessere dell'individuo non solo scevro da malattie, bensì nel suo complesso sulla tematica v. SANTILLI e GIUSTI, *Salute (tutela della salute-dir. civ.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXXII, 1993, 1 ss. L'importanza del bene salute si deve già ad Ippocrate, che lo annoverava tra i beni primari in proposito Introduzione al libro *Io, Ippocrate di Kos*, FIORANELLI e ZULINO, Bari-Roma, 2008. L'autore dopo aver definito la salute come "un bene primario, individuale, sociale" ed aver fatto espresso richiamo alla norma costituzionale che la tutela (art. 32 Cost), pone in

Il diritto in questione è strettamente connesso al diritto di essere informati ex art. 21 cost. consentendo così l'esplicazione del diritto all'autodeterminazione della libertà del singolo, in modo che solo quest'ultimo possa disporre della propria persona, nel rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento. Detto ciò è evidente come l'esercizio del diritto alla salute, qualora per ragioni di incapacità, temporanea o permanente, del soggetto ad autodeterminarsi debba essere esercitato da una terza persona, nella fattispecie dall'amministratore di sostegno, susciti non poche problematiche. A schiarire il panorama vengono in aiuto l'art. 408 c.c., laddove sostiene che "l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata", e le direttive anticipate in un testamento biologico, di cui si rinvia a successiva trattazione.

Dopo tale digressione, tornando al tema che coinvolge la fattispecie in esame, ossia la facoltà – in capo all'amministratore di sostegno che ne abbia avuto autorizzazione da parte del giudice – di fornire il consenso informato in relazione ad atti diagnostici e terapeutici in luogo della convivente/beneficiario colpita da emorragia cerebrale, è necessario ripercorrere brevemente i principi che reggono questo importante istituto.

Il consenso informato può essere definito come "l'autorizzazione concessa dal paziente a far sì vengano effettuate sulla propria persona delle procedure diagnostiche terapeutiche"⁽²⁶⁾.

Normativamente ancorato costituzionalmente agli artt. 2, 13 e 32 il consenso libero e informato ai trattamenti sanitari è oggi fondamentale presupposto di qualunque tipo di intervento medico sul paziente, non potendosi assolutamente prescindere dall'accettazione di un trattamento sanitario fatto in piena libertà e nella piena consapevolezza⁽²⁷⁾.

evidenza come il legislatore fa confusione in termini fra salute e malattia. Per una ricostruzione del diritto alla salute in ambito europeo si veda l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che concede ad ogni individuo il diritto di accesso alla prevenzione sanitaria ed a cure mediche in base alle legislazioni e prassi nazionali., garantendo altresì un livello elevato di protezione della salute nella definizione e nella attuazione di tutte le proprie politiche ed attività.. si vedano, inoltre, l'art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali che sancisce il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale soggettivamente raggiungibili, nonché all'art. 25 della Dichiarazione dei diritti umani (1) "Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari; ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in altro caso di perdita di mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà".

⁽²⁶⁾ Così NORELLI e MAZZEO, *Il consenso informato*, Viterbo, 1998, 24.

⁽²⁷⁾ La Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Ragiufarm*, 2009, 112, 44 bene ha chiarito ambito e portata del concetto di consenso informato in ambito sanitario

Il consenso informato si inserisce all'interno dei contratti a prestazione medica ove le informazioni e conoscenze devono essere tutelate al massimo livello e risulta fondamentale al medico per poter mettere in pratica le sue conoscenze professionali, nel rispetto dell'autonomia del paziente. Investe, così, il medico di legittimazione attiva a porre in essere dei trattamenti ⁽²⁸⁾.

Il valore fondamentale cui si lega il consenso informato è la dignità umana. Ciò appare del tutto evidente dal nostro impianto costituzionale ma trova ulteriore conferma in numerose fonti giuridiche sovranazionali ⁽²⁹⁾.

Come si evince sia dal nostro impianto costituzionale che da numerose fonti giuridiche sovranazionali, il valore fondamentale cui si lega il consenso informato è la dignità umana, tanto che ai fini della sua validità, deve essere prestato in modo libero, senza coercizione della volontà: il soggetto in modo consapevole e informato può decidere se sottoporsi o meno a dei trattamenti sanitari. Un consenso che sia vera espressione della libertà individuale del soggetto necessita dei seguenti requisiti: personale, specifico, esplicito, libero, attuale informato e consapevole. La concretizzazione del requisito della personalità del consenso, ossia il fatto che deve essere reso dallo stesso paziente, si complica nel caso di soggetto incapace o infermo che non abbia la possibilità né la capacità di esprimerlo consapevolmente e perciò venga gestito da un soggetto nominato, a cui venga attribuito il potere di decidere per conto dell'incapace in materia sanitaria andando, così, ad inserirsi, attraverso i poteri conferiti dall'atto di designazione, nel rapporto medico/paziente denominato "*alleanza terapeutica*" ⁽³⁰⁾.

Il decreto in commento è degno di nota, proprio perché, nella fattispecie, l'amministratore di sostegno è stato autorizzato ad esprimere consenso informato in ambito medico sanitario.

Il consenso alle prestazioni sanitarie, rientrando nel novero dei diritti personalissimi, non poteva essere, infatti, espresso per rappresentanza.

definendolo come l' "espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico" e qualificandolo come "vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2"; la corte ha altresì precisato come nell'ambito dell'art. 13 cost., sulla libertà personale, si fonda il principio di poter disporre del proprio corpo e che il diritto all'integrità fisica è diritto inviolabile rientrante fra i valori supremi quale nucleo essenziale dell'individuo.

⁽²⁸⁾ Per approfondimenti sul punto SASSI, *Diritti patrimonialmente neutri*, cit., 462 ss.

⁽²⁹⁾ Per una puntuale ricostruzione in chiave normativa vedi Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, cit. In tale pronuncia di legittimità si annoverano le principali norme giuridiche rilevanti in materia quali Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 2, 3, 35), Convenzione di Oviedo (artt. 5, 9, 21) Codice Deontologico (art. 38), la Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 dicembre 2008, il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica sulle D.A.T. del 18 dicembre 2003, la Convenzione di New York ratificata con legge 3 marzo 2009 n. 18.

⁽³⁰⁾ Sul punto vedi PRATESI, *Alleanza terapeutica – Parte giuridica*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, I, Napoli, 2009, 343.

Partendo dal combinato disposto del nuovo art. 404 c.c. e dell'art. 6 della convenzione di Oviedo, ratificata in Italia con L. 145/2001, la giurisprudenza di legittimità ha tuttavia brillantemente superato quella posizione che appariva fortemente discriminatoria ⁽³¹⁾.

Presupposto fondamentale e imprescindibile, al fine di poter attribuire ad un terzo designato, la facoltà di decidere in materia di trattamenti sanitari, è il manifestarsi della condizione di incapacità a provvedervi da parte del diretto interessato, incapacità che deve essere attuale, rispetto all'insorgere della patologia ⁽³²⁾, ed accertata, secondo quanto prescritto dal giudice tutelare del Tribunale di Perugia nel decreto di nomina in questione. Peraltro, è lo stesso giudice tutelare a definire l'ambito di operatività dell'amministratore di sostegno al riguardo, tenendo conto delle finalità e delle aspirazioni del soggetto beneficiario.

Tale ambito può evidenziare delle criticità nel contemperare l'esercizio dell'attività dell'amministratore in ambito sanitario con il volere del beneficiario, al momento non esprimibile.

A differenza di quanto previsto in ordine alle questioni patrimoniali – in cui l'unico elemento che limita l'attività del rappresentante e che deve, dunque, superare l'autorizzazione del giudice tutelare è la corrispondenza degli atti posti in essere nell'interesse dell'incapace – in ambito sanitario la volontà espressa dal rappresentante deve essere quanto più possibile coerente e conforme alla scelta presumibilmente che avrebbe effettuato il beneficiario stesso, così come sancito dall'art. 410 c.c., laddove impone all'amministratore di tener conto delle aspirazioni e dei bisogni dell'amministrato.

Nel commento in questione, non si può non prescindere da una breve disamina in materia di nomina di amministratore di sostegno, qualora la scelta del giudice ricada, come nel caso *de quo*, sul convivente.

Il combinato disposto degli artt. 406 e 417 c.c. individua coloro i quali sono legittimati a presentare ricorso per la nomina di amministratore di sostegno al giudice tutelare includendo, fra questi, la "persona stabilmente convivente".

Quest'ultima, non solo è legittimata a presentare il ricorso per la nomina dell'amministratore ma, come, anche avvenuto nel decreto in epigrafe, può essere nominato lui stesso amministratore di sostegno del proprio convivente.

⁽³¹⁾ Trib. Trieste (decr.), 20 novembre 2008, in *www.personaedanno.it*. Questa pronuncia è rilevante, poiché viene chiaramente evidenziata la facoltà dell'amministratore di sostegno a rappresentare il beneficiario in ambito sanitario consentendo, allo stesso, di esprimere "una volontà autentica" nel caso di incapacità da parte dell'amministrato.

⁽³²⁾ "Il presupposto per l'operatività dell'amministratore di sostegno è il manifestarsi della condizione di infermità o incapacità della persona, e quindi il contemporaneo insorgere dell'esigenza di protezione (...)": Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, cit.

L'espressione "persona stabilmente convivente" può essere intesa in due accezioni differenti: secondo alcuni si riferisce al convivente *more uxorio* ⁽³³⁾, altri ne danno una lettura più ampia, non limitandolo al mero rapporto paraconiugale, ma estendendolo a rapporti anche di altra natura quali ad esempio di lavoro e amicizia ⁽³⁴⁾.

Per meglio comprendere l'intenzione del legislatore non ci si può esimere da una riflessione in ordine all'accezione "conviventi" contenuta nell'art. 407 c.c. In questo caso se ponessimo l'attenzione sull'uso del plurale del termine utilizzato dal legislatore, cadrebbe immediatamente l'ipotesi sopra richiamata: il riferimento alla convivenza *more uxorio*. Tuttavia continuando ad analizzare le norme disciplinanti l'istituto dell'amministrazione di sostegno possiamo sottolineare come il termine "persona stabilmente convivente", contenuto all'art. 417 c.c., sia collocato immediatamente dopo quello di coniuge. Ne deriva una naturale associazione alla famiglia di fatto, e quindi un riconoscimento a quel fenomeno sempre oggi più diffuso delle convivenza *more uxorio*. Riconoscimento a cui hanno contribuito, seppure indirettamente, norme diverse, tra cui la Legge n. 6 del 2004. Solo con la riforma del diritto di famiglia del 1975 si inizia a riconoscere il fondamento giuridico dei vincoli di solidarietà del rapporto di convivenza che ben si coniugano con l'idoneità del convivente ad essere nominato amministratore di sostegno.

Aderendo alla tesi sopra citata, ovvero ad una convivenza stabile e duratura, con o senza figli tra due individui che si comportano come fossero coniugi, ne discende "una relazione interpersonale, con carattere di tendenziale stabilità, di natura affettiva e para familiare, che si esplicita in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza materiale e morale" ⁽³⁵⁾.

Proprio sul concetto di "stabilità" che possono sorgere problemi. Non essendo, infatti, nel nostro ordinamento, la convivenza *more uxorio* disciplinata da una legge ad hoc, non sempre è agevole comprendere la stabilità del rapporto. A tal proposito vi sono delle leggi in ordine sparso, ad esempio le norme per l'edilizia pubblica (L. 17 febbraio 1992, n. 179) che all'art. 17 co. 3 parla di convivenza instaurata da almeno due anni. La questione invece trova soluzione immediata in quei Comuni che si sono dotati di registri per le unioni civili, uno fra tanti è il Comune di Magione.

Come ben evidenziato in dottrina ⁽³⁶⁾ se il legislatore avesse voluto far riferimento alla non condivisione del letto ma della mensa sarebbe stato più corretto parlare di "persona stabilmente coabitante".

⁽³³⁾ Per una interpretazione restrittiva NADDEO, *Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale?*, in AUTORINO STANZIONE, ZAMBRANO (a cura di) *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio n. 6*, Milano, 2004, 240 ss.

⁽³⁴⁾ Interpretazione estensiva è fornita da ROMA, *Convivenza e coabitazione in Biblioteca giuridica*, raccolta da Alpa e Zatti, Padova, 2005, 314.

⁽³⁵⁾ Così Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Dir. fam. pers.*, 1996, 873.

⁽³⁶⁾ BALESTRA, *Commentario del codice civile sub art. 408*, Torino, 288.

3. Dalla disamina del decreto in epigrafe si può trarre un ulteriore spunto di riflessione riguardo alla possibilità, come già sostenuto in dottrina⁽³⁷⁾, di predisporre indicazioni relative al trattamento sanitario nel caso di futura ed eventuale impossibilità per il soggetto di decidere, coscientemente, sui trattamenti sanitari che lo riguardano. Il c.d. testamento biologico è stato efficacemente definito dal Comitato Nazionale per la Bioetica come “un documento con il quale una persona, dotata di piena capacità esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposto nel caso in cui nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato”.

Caratterizzato da un contenuto dispositivo che spiegherà i suoi effetti solo *pro futuro* e solo in caso eventuale - cioè solo se e nel momento in cui il disponente non sarà in grado di decidere consapevolmente sul proprio stato di salute e sulle relative terapie - esso ha una *ratio* ben diversa da quella del testamento quale atto unilaterale *mortis causa* previsto per regolamentare e disporre in merito al proprio ambito patrimoniale nel momento in cui il soggetto avrà cessato di vivere, disciplinato dall'art. 587 c.c. e proprio per questo potrebbe sembrare improprio denominare come testamento un atto che esplica i suoi effetti durante la vita del testatore.

La principale caratteristica contenutistica del testamento biologico è data dunque dalle direttive anticipate di trattamento sanitario, ovvero scelte espresse da una persona sana che vuole rendere efficaci per il futuro le proprie volontà in ambito medico.

Collegando dunque quanto appena accennato ai compiti propri dell'amministratore di sostegno, va detto che la normativa relativa a tale istituto prevede all'art. 408 cc che “...l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata”. La designazione pro futuro che il beneficiario può effettuare tramite atto pubblico o scrittura privata, è un atto valido sin dal momento della sua nascita, ma destinato ad esplicitare i suoi effetti al verificarsi della condizione *sine qua non*, di infermità ed incapacità del soggetto (art. 404 cc) e, comunque, attraverso una nomina effettuata dal giudice tutelare. Quindi, se secondo l'interpretazione letterale della norma risulta pacifico che la designazione anticipata dell'amministratore di sostegno effettuata dal beneficiario, salvo casi particolari,⁽³⁸⁾ è vincolante per il giudice⁽³⁹⁾, non altrettanto univoca è l'interpretazione sulle disposizioni anticipate in relazione ai futuri tratta-

⁽³⁷⁾ PALAZZO e SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, 206.

⁽³⁸⁾ Art. 408, comma 4 c.c.

⁽³⁹⁾ Trib. Firenze (decr.), 22 dicembre 2010, in *www.personaedanno.it*.

menti medici⁽⁴⁰⁾. Infatti se si propende per un'interpretazione estensiva ed analogica dell'art. 408, si potrebbe verosimilmente sostenere che, come il giudice in linea di principio, deve tener conto della designazione anticipata dell'amministratore di sostegno al verificarsi delle condizioni che ne determinano l'applicazione dell'istituto, così si dovrebbe uniformare il giudicante nel fornire le linee guida in merito all'attività da compiere dall'amministratore di sostegno relativamente alle cure della persona ed ai trattamenti sanitari da autorizzare⁽⁴¹⁾.

Problema fondamentale sorge in relazione al consenso contenuto nel testamento biologico in rapporto al suo momento applicativo. Come ben ricostruito da autorevole dottrina "non v'è dubbio che il testamento biologico, sebbene nella sostanza contenga un consenso o un dissenso a ricevere uno o più trattamenti terapeutici sia reso in un contesto totalmente differente a quello in cui il malato manifesta coscientemente la propria volontà: va da sé che quanto si è espresso anteriormente al manifestarsi dello stato di incapacità non può essere assistito da un'informazione pari a quella che può essere fornita nell'imminenza della pratica del trattamento terapeutico deciso dal medico"⁽⁴²⁾. Deriva che, la questione da risolvere attiene alla non coincidenza temporale tra quanto preventivamente dichiarato e la situazione concreta in cui versa il malato. Occorre infatti verificare o meglio ricostruire la corrispondenza tra le dichiarazioni rese nel testamento biologico e l'attualità delle stesse nel momento della prestazione sanitaria⁽⁴³⁾.

Mancando una normativa precisa sull'argomento e per porre fine alle problematiche suscitate dalla possibilità di prestare il consenso informato in ambito sanitario ora per il futuro, il governo, anche al fine di uniformare la legislazione italiana con quella degli altri paesi europei, ha presentato il d.d.l. n. S 2350. Una riflessione particolare merita l'art. 7 del sopracitato disegno secondo cui "gli orientamenti espressi dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono presi in considerazione dal medico

⁽⁴⁰⁾ Per un approfondimento della questione vedi TESCARO, *Amministrazione di sostegno pro futuro e direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1023 ss.

⁽⁴¹⁾ In tal senso Trib. Varese (decr.), 25 agosto 2010, in *Giur. it.*, 2011, 1805, dove il giudice di merito sostiene che "È valida la volontà di un soggetto capace, formata in modo immune da vizi, circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposto nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso informato. È, altresì, valida nel contesto negoziale di tali direttive anticipate di trattamento terapeutico, la designazione di un sostituto cui demandato il compito di portare ad attuazione ed esecuzione la volontà espressa ora per allora" ed ancora una volta Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, cit., dove i giudici, hanno voluto, con la suddetta sentenza, evidenziare gli aspetti salienti dell'istituto con particolare riferimento alle direttive anticipate.

⁽⁴²⁾ PALAZZO e SASSI, *op. cit.*, 226.

⁽⁴³⁾ PALAZZO e SASSI, *op. loc. cit.*

curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirle o meno”. Logicamente la lettura del testo, così come sottoposto al Senato, non risolve la diatriba tra coloro che sostengono che il medico non possa disattendere le volontà espresse dal testatore e coloro che viceversa, ritengono che il medico possa imporre un trattamento sanitario differente rispetto a quello espresso precedentemente dal paziente. Soluzione intermedia potrebbe rinvenirsi in quello che la dottrina chiama testamento di sostegno ⁽⁴⁴⁾, ossia quel testamento contenente la designazione dell'amministratore di sostegno unitamente alle direttive anticipate di trattamento, cosicché nel momento in cui si renderà concreto e attuale l'intervento terapeutico, l'amministratore avrà il dovere di far eseguire le volontà precedentemente espresse dal paziente, salvo che siano provate volontà successive difformi che dovranno essere tenute in debita considerazione.

In proposito numerosi comuni, in virtù della propria potestà regolamentare, hanno istituito un registro delle dichiarazioni anticipate in materia di trattamento sanitario e testamento biologico ⁽⁴⁵⁾, disciplinando altresì le modalità di ricezione e conservazione delle volontà in tal senso espresse dai cittadini, ma non potendo in alcun modo entrare nel merito di esse, né per quanto concerne i trattamenti sanitari eventualmente scelti, né nella capacità di designare i soggetti preposti ad effettuare le scelte terapeutiche al posto dei beneficiari c.d. fiduciari, che materialmente interpretino la volontà del malato effettuando le scelte terapeutiche da lui in precedenza indicate.

La legislazione italiana attribuisce infatti solo all'autorità giudiziaria il potere di salvaguardia dei diritti delle persone prive di autodeterminazione, e non consente quindi all'interessato, la possibilità di designare in precedenza la persona che dovrà esprimere la propria volontà in relazione ai trattamenti sanitari da seguire qualora si dovesse trovare in una situazione di incapacità all'autodeterminazione, ma solo eventualmente di dare una indicazione in tal senso, che dovrà essere poi avallata dal giudice con formale nomina.

In base alle precedenti considerazioni può dunque sostenersi che l'amministratore di sostegno non agisce al posto dell'incapace, quanto piuttosto agisce sulla base di quelle che erano le convinzioni etiche e religiose dell'amministrato, giungendo così, a ricostruire la volontà e l'autodeterminazione che l'interessato avrebbe manifestato al verificarsi dell'evento. L'esistenza di disposizioni di dichiarazioni anticipate in materia di trattamenti sanitari e testamento biologico, organicamente raccolti e registrati in documenti, seppur non utilizzabili in maniera diretta, costituirebbero un valido aiuto per la ricostruzione della volontà del malato, che attualmente è basata esclusivamente su supposizioni e presunzioni.

ELENA BABUCCI

⁽⁴⁴⁾ PALAZZO e SASSI, *op. cit.*, 230.

⁽⁴⁵⁾ Vedi STEFANELLI, *Autodeterminazioni e disposizioni sul corpo*, Perugia-Roma, 2011, 178 ss.

DIRITTO PENALE

CORTE DI APPELLO DI PERUGIA – 19 aprile 2013 – Pres. Belardi
– Cons. Rel. Venarucci – B. B. e S. L.

Indagini preliminari – Chiusura delle indagini – Archiviazione – Riapertura delle indagini – Autorizzazione – Mancanza – Conseguenze – Improcedibilità dell’azione penale (c.p.p., art. 414).

In difetto della autorizzazione alla riapertura delle indagini prescritta dall’art. 414 c.p.p., sussiste una preclusione all’esercizio dell’azione penale in ordine al medesimo fatto storico di reato, a prescindere dalla eventuale diversa configurazione giuridica attribuita nei due procedimenti, con la conseguenza che il giudice è tenuto a pronunciare sentenza di non doversi procedere perché l’azione penale non poteva essere esercitata (1).

(*Omissis*). Motivi della decisione.

Il primo motivo di appello merita accoglimento restando in esso assorbiti gli ulteriori profili di gravame.

Ed invero a norma dell’art. 414 c.p.p., l’autorizzazione alla riapertura delle indagini deve essere concessa dalla medesima Autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento di archiviazione e la stessa inerisce “ad un sindacato sul potere di esercizio dell’azione penale di cui è titolare il pubblico ministero ... e rimuove gli effetti della precedente valutazione di infondatezza della notizia di reato” (cfr. Cass. n. 16306 del 2010).

La mancanza della prescritta autorizzazione del GIP alla riapertura delle indagini importa la ravvisabilità di una nullità assoluta *ex art.* 179 comma primo c.p.p.

La sanzione è quella che mancando un presupposto della azione del PM il giudice deve dichiarare con sentenza che “l’azione non doveva essere iniziata” (cfr. Corte Costituzionale n. 27 del 1995, Cass. Sez. 4 n. 37086 del 1.7.2008).

Orbene risulta che il presente procedimento trae origine da una denuncia querela del 14.12.2005 a firma C.G. ed altri, dalla quale è seguita in data 18.2.2006 la iscrizione dei sigg. B. e S. al n. (*Omissis*) del

registro delle notizie di reato della Procura di Terni in ordine ai reati di cui agli artt. 110, 483 c.p. e art. 56, 483 c.p.

All'esito delle indagini preliminari il PM aveva poi esercitato l'azione penale nei confronti di entrambi gli imputati in ordine al reato di cui agli artt. 110, 640 *bis* c.p. ed il GIP alla udienza del 12.12.2007 ne aveva disposto il rinvio a giudizio.

Risulta altresì che per il medesimo fatto era già stato in precedenza aperto presso la Procura della Repubblica di Terni il procedimento n. (*Omissis*) R.G.N.R.

Tale procedimento aveva preso avvio a seguito della denuncia querela proposta il 9.12.2002 a firma C.G. ed altri e di altra querela del 11.11.2002 pure a firma di C.G. ed altri.

Tale procedimento si era concluso con richiesta di archiviazione del PM in data 16.5.2003, in ordine alla quale il GIP del Tribunale di Terni aveva provveduto in conformità il 6.10.2003.

Orbene, la disponibilità agli atti di entrambe le istanze di punizione del 9.12.2002 e del 14.12.2005, sopra enunciate, consente di rilevare che il "fatto storico denunciato" ed oggetto delle indagini di cui al procedimento n. (*Omissis*) R.G.N.R. della Procura di Terni poi archiviato, concerneva effettivamente il medesimo fatto di cui al procedimento n. (*Omissis*) R.G.N.R. nel quale è intervenuta condanna.

Tale identità del fatto relativamente alle querele del 9.12.2002 e 14.12.2005, ritiene la Corte, derivi dalla stessa sequenza degli specifici addebiti formulati a carico degli imputati ad iniziare dalla presentazione della denuncia di successione relativa alla morte del padre B.S., nella quale veniva dichiarato che il detto *de cuius* era proprietario della Chiesa di Sant'Antonio e relative pertinenze, ritenuta dai querelanti non veritiera, sino alla presentazione della domanda volta ad ottenere il contributo previsto per il miglioramento antisismico degli edifici danneggiati dal terremoto del 2000 nel comune di Narni ivi includendo l'edificio di culto oggetto della contesa.

Di tanto risultavano avveduti gli stessi querelanti come è dato evincere dalle dichiarazioni rese dal C.G. nel corso della sua escussione dibattimentale nella quale può leggersi la sequenza: "Domanda: voi avete presentato una querela il 14.12.2005 presso la Procura della Repubblica di Terni Risposta: sì Domanda: per quali fatti? Se ci può spiegare che cosa è accaduto. Risposta: ne abbiamo presentata anche un'altra tra l'altro parecchio tempo prima che poi è stata archiviata".

Né può essere ritenuta una diversità dei fatti di cui ai due procedimenti in ragione della diversa configurazione giuridica ad essi attribuita nei due procedimenti.

Merita osservare che a seguito della querela del 9.12.2002 a firma C.G. e altri di cui al proc. n. (*Omissis*) R.G.N.R. della Procura della Repubblica di Terni, il PM rubricò il solo reato di cui all'art. 483 c.p.

Anche a seguito della querela del 14.12.2005 a firma C.G. ed altri di cui al proc. n. (*Omissis*) R.G.N.R., il PM rubricò in origine il detto reato di cui all'art. 483 c.p., esercitando poi l'azione penale nei confronti degli imputati per il reato di cui agli artt. 110 e 640 *bis* c.p.

Va però evidenziato che le condotte di falso ascritte in origine agli imputati, come può rilevarsi dalla semplice lettura del capo di imputazione, se non furono contestate agli imputati quale reato autonomo lo furono quali modalità mediante le quali la condotta truffaldina addebitata era stata realizzata.

Il che equivale a dire che la diversa configurazione giuridica attribuita dal PM al fatto, non era comunque suscettibile di incidere sulla identità dei fatti denunciati con le due istanze di punizione presentate dai querelanti alla Procura di Terni.

Senza tacere poi che i querelanti con la prima querela del 9.12.2002, poi archiviata, avevano espressamente rappresentato al PM che il B.B. (*Omissis*) aveva avanzato domanda ed era stato ammesso a fruire di un contributo per il miglioramento antisismico dell'edificio costituito dalla chiesa di S. Antonio della Frazione di Itieli del comune di Narni, in guisa da doversi ritenere che l'azione penale esercitata dal PM solo in seguito alla querela del 14.12.2005, concerneva lo stesso fatto già denunciato con la querela del 9.12.2002.

Ritiene pertanto la Corte che, in ragione di quanto sopra, mancando un presupposto della azione del PM, deve essere dichiarato che l'azione non doveva essere iniziata. (*Omissis*).

(1) L'improcedibilità dell'azione penale per difetto di autorizzazione alla riapertura delle indagini archiviate ex art. 414 c.p.p.

Con la sentenza annotata, la Corte d'Appello di Perugia ha pronunciato sentenza di non doversi procedere nei confronti degli imputati per il reato loro ascritto perché l'azione penale non poteva essere esercitata per il difetto di autorizzazione alla riapertura delle indagini, già oggetto di un precedente provvedimento di archiviazione.

Norma di riferimento dalla quale occorre prendere le mosse è l'art. 414 del codice di rito, ai sensi del quale «dopo il provvedimento di archiviazione emesso a norma degli articoli precedenti [cfr. gli artt. 408 e ss. c.p.p.], il giudice autorizza con decreto motivato la riapertura delle indagini su richiesta del pubblico ministero motivata dalla esigenza di nuove investigazioni», con successiva nuova iscrizione della *notitia criminis* ai sensi dell'art. 335 c.p.p.⁽¹⁾.

⁽¹⁾ In argomento, si vedano, tra i molti, CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 440 e ss.; CONTI C., *Archiviazione*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura*

Preordinata ad assecondare esigenze squisitamente garantiste⁽²⁾, la necessaria autorizzazione, da parte del g.i.p., alla riapertura delle indagini archiviate, motivata dall'esigenza di nuove investigazione⁽³⁾, mira a superare il giudizio di superfluità del processo già formulato con il provvedimento di archiviazione e la preclusione allo stesso sottesa⁽⁴⁾.

penale, vol. III (*Indagini preliminari e udienza preliminare* a cura di Garuti), Torino, 2009, 801 e ss.; DEAN-FONTI, *Archiviazione*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., Torino, 2005, 62 e ss.; GARUTI, *Chiusura delle indagini e archiviazione*, in AIMONETTO (coordinato da), *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, Torino, 1999, 472; GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, II ed., Torino, 1994, 103 e ss.; KOSTORIS, *Riapertura delle indagini*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 350 e ss.; LA REGINA, *Art. 414 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 5142 e ss.; PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Milano, 2005, 325 e ss.

⁽²⁾ La duplice *ratio* sottesa all'art. 414 c.p.p. («evitare ulteriori compressioni dei diritti fondamentali della persona sottoposta ad indagini ad opera di interventi preordinati od arbitrari dell'organo d'accusa; assicurare efficacia alle scadenze temporali imposte dal codice mediante la previsione di termini massimi di durata delle indagini preliminari, termini, altrimenti, agevolmente aggirabili dall'incontrollata possibilità di riaprire la fase investigativa») è evidenziata da DEAN-FONTI, *Archiviazione*, cit., 62, sulla scia degli autori ivi citati nella nota n. 185.

⁽³⁾ Da rilevarsi, in proposito, come, sebbene nei Lavori preparatori del nuovo codice si fosse ritenuto che l'autorizzazione in questione potesse essere concessa anche quando non fossero emersi nuovi elementi e, dunque, anche soltanto nelle ipotesi in cui l'organo dell'accusa si fosse semplicemente limitato «a prospettare al giudice un nuovo piano d'indagine», magari ricavato dalla diversa interpretazione dei dati già acquisiti (cfr., sul punto, CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV (*Il progetto preliminare del 1988*), Padova, 1990, 955), in via di interpretazione si è inteso circoscrivere l'ambito di operatività della norma, diversamente pressoché illimitatamente applicabile. Ed invero, fermo restando che la riapertura delle indagini a seguito di archiviazione «non necessita della "sopravvenienza o scoperta di nuove fonti di prova" al pari della revoca della sentenza di non luogo a procedere, altrettanto vero è che l'istituto non può risolversi in un'automatica "restituzione in termini" a favore dell'organo d'accusa, attraverso la quale ammantare colpevoli pecche investigative o, addirittura, ostinate persecuzioni» (in questi termini, DEAN-FONTI, *Archiviazione*, cit., 63, nonché BERNARDI, *Art. 414 c.p.p.*, in CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, Torino, 1990, 557 e GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., 95), il concetto di «nuove investigazioni» importa una rimediazione globale degli atti già contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, cosicché gli stessi, «riletti alla luce di un diverso approccio gnoseologico, portino eventualmente ad individuare nuove piattaforme accusatorie, destinate ad essere poi vagliate in dibattimento» (così, ancora, DEAN-FONTI, *Archiviazione*, cit., 63). Per una ricostruzione dei diversi orientamenti profilatisi in ordine al requisito dell'«esigenza di nuove investigazioni», si veda CONTI C., *Archiviazione*, 803-804.

⁽⁴⁾ A proposito della preclusione processuale derivante dal provvedimento archiviativo, v. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in CONSO-GREVI-BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, VI ed., Padova, 2012, 633; CARLI, *Preclusione e riapertura delle indagini preliminari nell'art. 414 c.p.p.*, in

Se ciò è vero si comprende perché, sulla scorta delle indicazioni della Corte Costituzionale⁽⁵⁾, la giurisprudenza maggioritaria riconosca che, a fronte del medesimo fatto storico di reato oggettivamente e soggettivamente considerato⁽⁶⁾, l'autorizzazione alla riapertura delle indagini valga a rimuovere una condizione di improcedibilità dell'azione penale, costituita, in tal caso, dal precedente provvedimento declinatorio del processo⁽⁷⁾.

È questo, in estrema sintesi, il principio di diritto riaffermato anche, recentemente, dalla Suprema Corte nella sua più autorevole composizione. Intervenute a comporre il contrasto interpretativo profilatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità, le Sezioni unite, nel 2010, hanno, infatti, significativamente ribadito come il difetto del provvedimento di riapertura delle indagini di cui all'art. 414 c.p.p. importa «non solo l'inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti dopo il provvedimento di archiviazione ma anche la preclusione all'esercizio dell'azione penale per quello stesso fatto-reato oggettivamente e soggettivamente considerato, da

Giur. it., 1993, II, 637 e ss.; CONTI C., *Archiviazione*, cit., 805 e ss.; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Torino, 398-399; TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIII ed., Milano, 2012, 568.

⁽⁵⁾ Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *Giur. cost.*, 1995, 257, con la quale la Consulta ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 555, secondo comma, c.p.p. – in relazione all'art. 414 c.p.p., sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui non consente di rilevare o eccepire la nullità del decreto di citazione nel caso di mancata autorizzazione alla riapertura delle indagini preliminari. Con l'occasione, il giudice delle leggi ha precisato come «diversamente dal previgente ordinamento processuale, il nuovo codice di rito penale assegn[i] un'efficacia (limitatamente) preclusiva al provvedimento di archiviazione, emesso il quale, a norma dell'art. 414 c.p.p., l'inizio di un nuovo procedimento è subordinato a un provvedimento autorizzatorio del giudice. E poiché caratteristica infefabile di ogni ipotesi di preclusione è quella di rendere improduttivi di effetti l'atto e l'attività preclusi, ed è naturalmente compito del giudice sancire tale inefficacia, ne consegue che, qualora il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale in ordine al medesimo fatto per il quale sia stata precedentemente disposta l'archiviazione, provvedendo (come nella specie) a nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato, e all'avvio di ulteriori indagini preliminari conclusesi con l'emissione del decreto di citazione a giudizio, senza previamente richiedere ed ottenere la prescritta autorizzazione, il giudice, in mancanza del presupposto del procedere, non può che prenderne atto, dichiarando con sentenza che "l'azione penale non doveva essere iniziata" (cfr. artt. 529, 469, 425 c.p.p., nonché, sia pure in termini formalmente non identici, art. 129 c.p.p.)». A margine della pronuncia, CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1374 e ss., nonché CARLI, *Archiviazione e giudicato sub condicione: rinasce il proscioglimento istruttorio?*, in *Giur. cost.*, 1995, 262 e ss.

⁽⁶⁾ Per quanto concerne "la medesimezza del fatto" oggetto del provvedimento archiviativo nelle sue componenti oggettive e soggettive, v. LA REGINA, *Art. 414 c.p.p.*, cit., 5151-5152.

⁽⁷⁾ Cfr., tra le più recenti, Cass., sez. I, 14 febbraio 2013, E.N., in *Mass. Uff.*, 255189.

parte del medesimo ufficio del pubblico ministero»⁽⁸⁾. Ed invero, nonostante la Suprema Corte nel suo più ampio consesso già un decennio prima si fosse espressa in termini analoghi⁽⁹⁾, recependo, a sua volta, gli insegnamenti della Corte costituzionale⁽¹⁰⁾, non erano mancati orientamenti difformi nella prassi delle Sezioni semplici.

Se, per un verso, si era affermato che, in difetto di autorizzazione giudiziale alla riapertura delle indagini, l'esercizio dell'azione dovesse ritenersi inficiato da nullità assoluta *ex art. 179 c.p.p.*, così da doversi ritenere preclusa per il pubblico ministero, dopo la pronuncia di archiviazione, la possibilità di svolgere indagini e successivamente esercitare l'azione penale, o anche solo di esercitare quest'ultima senza il previo compimento di atti di indagine⁽¹¹⁾, in senso diametralmente opposto si era sostenuto che dall'eventuale riapertura delle indagini senza preventiva autorizzazione ai sensi dell'art. 414 c.p.p. non sarebbe derivata l'inammissibilità della richiesta di rinvio a giudizio ma soltanto l'inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti successivamente al provvedimento di archiviazione⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Cass., sez. un., 24 giugno 2010, Giuliani, in *Giur. it.*, 2011, 1901, commentata da D'AGNOLO, *In tema di effetti preclusivi rebus sic stantibus dell'archiviazione, ibidem*, nonché da APRATI, *Efficacia preclusiva locale del provvedimento di archiviazione e criteri di priorità "negativi"*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 422 e ss. e da MONTAGNA A., *Nuove indagini post archiviazione. è necessario il decreto di riapertura*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1288.

⁽⁹⁾ Cfr. Cass., sez. un., 22 marzo 2000, Finocchiaro, in *Mass. Uff.*, 216004, la quale, pur chiamata a pronunciarsi sulla questione specifica concernente la validità di una richiesta di misura cautelare avanzata in difetto di un preventivo decreto di autorizzazione alla riapertura delle indagini (risolvendola in senso negativo), nel dirimere il contrasto giurisprudenziale all'epoca formatosi, ha fatto propri i principi affermati dalla Corte costituzionale nel 1995 con la sentenza indicata nella nota successiva, ribadendo come l'archiviazione determini una «preclusione endoprocedimentale idonea a paralizzare, prima della sua rimozione, l'attività del pubblico ministero, come definita dagli articoli 326 e ss. c.p.p., e pur dominata dalla prescrizione costituzionale di cui all'art. 112 Cost. Non solo, dunque, a impedire l'esercizio dell'azione penale (artt. 405 e ss. c.p.p.), né solo il compimento di specifici atti investigativi, che pure costituisce l'essenzialità dell'attività d'indagine, ma ostacolo in radice a ogni attività, ivi compresa qualsivoglia richiesta al giudice (applicazione di misura di cautela, intercettazioni telefoniche, ecc.)» (v. § 10 della sentenza sopra citata). A margine di tale pronuncia, v. le note di MONTAGNA A., *Omissione del decreto di autorizzazione alla riapertura delle indagini ed effetti preclusivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 819-820 e di STOJA, *Efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione e certezza in senso soggettivo: un problema irrisolto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 353 e ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, cit.

⁽¹¹⁾ Cass., sez. VI, 11 maggio 2004, Manchisi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 735, nonché, analogamente, Id., sez. I, 4 marzo 2010, Greco, in *Mass. Uff.*, 246668; Id., sez. I, 20 gennaio 2005, Guadalupi, *ivi*, 231491; Id., sez. V, 24 febbraio 2004, Ferlito, *ivi*, 227747; Id., sez. III, 24 novembre 2000, Puppo, in *Cass. pen.*, 2002, 1069.

⁽¹²⁾ Così Cass., sez. III, 28 settembre 2004, Israel Rodriguez, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 108, nonché Id., sez. I, 15 giugno 2006, Palumbo, *ivi*, 2007, 655.

Nel richiamarsi al noto intervento della Consulta in materia⁽¹³⁾, nel quale il giudice delle leggi – oltre a ricostruire natura e funzione del provvedimento di cui all'art. 414 c.p.p., aveva individuato, altresì, le conseguenze ricollegabili al difetto della prescritta autorizzazione sulle iniziative eventualmente assunte dal medesimo ufficio del pubblico ministero sullo stesso fatto oggetto del provvedimento archiviativo - la Cassazione ha mostrato di dividerne gli esiti interpretativi, così brevemente riassumibili.

Posto che il provvedimento di archiviazione determina l'insorgere di una vera e propria "preclusione processuale", l'autorizzazione a riaprire le indagini funge da condizione di procedibilità, in mancanza della quale il giudice è tenuto a pronunciare sentenza di non doversi procedere "perché l'azione penale non doveva essere iniziata".

Tali fondamentali principi ermeneutici costituiscono il fulcro della decisione in commento, con la quale la Corte di appello di Perugia, in riforma della sentenza di primo grado, ha pronunciato, per l'appunto, sentenza di non doversi procedere nei confronti degli appellanti in ordine al reato loro ascritto, rilevando come, in difetto dell'autorizzazione prescritta dall'art. 414 c.p.p., l'azione penale non poteva essere iniziata.

La vicenda processuale della quale si discuteva originava da una denuncia-querela datata 14.12.2005, dalla quale era derivata l'iscrizione, a carico degli indagati, nel registro delle notizie di reato della Procura della Repubblica di Terni. All'esito delle indagini preliminari il rappresentante della pubblica accusa aveva ritenuto di esercitare l'azione penale nei confronti di entrambi gli imputati per il reato di cui agli artt. 110, 640 *bis* c.p., il G.I.P. ne aveva successivamente disposto il rinvio a giudizio e gli stessi erano stati condannati in primo grado.

Il giudice d'appello non può, tuttavia, esimersi dal rilevare come, in ordine al medesimo fatto di reato, fosse stato già in precedenza (tre anni prima) aperto presso la Procura della Repubblica di Terni altro procedimento penale, che, pure, aveva preso avvio da una denuncia-querela proposta il 9.12.2002 a firma dei medesimi firmatari, ma che, poi, era stato archiviato il 6.10.2003.

Proprio l'esame comparativo delle due denunce-querelle consente alla Corte territoriale di accertare la perfetta identità del "fatto storico denunziato" oggetto dei due procedimenti penali, senza che possa assegnarsi alcun valore e, dunque, supporre una diversità dei fatti di cui ai due procedimenti in ragione della diversa configurazione giuridica agli stessi attribuita.

Necessitata la conclusione: in difetto di un presupposto dell'azione del pubblico ministero deve essere pronunciata sentenza, ai sensi dell'art. 529 c.p.p., perché l'azione penale non doveva essere iniziata.

ERICA FARINELLI

⁽¹³⁾ Cfr. Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, cit.

UFFICIO DI SORVEGLIANZA DI SPOLETO – 29 luglio 2013, n. 1095
– Est. MANGANARO – T.L.

Carceri e sistema penitenziario – Sospensione dell’applicazione delle regole di trattamento – Diritti costituzionali della persona detenuta – Colloqui con i figli minori senza vetro divisorio – Tutela del diritto agli affetti familiari – Sussistenza (C.e.d.u., art. 8; Cost., artt. 15, 18; l. 26 luglio 1975, n. 354, art. 41bis; d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, art. 37).

Non può essere applicata, senza giustificato motivo ed in presenza di misure di sicurezza adeguatamente garantite mediante audio e video registrazione, un’ulteriore restrizione dei diritti soggettivi del detenuto in regime di cui all’art. 41 bis, ord. penit., quale l’imposizione dell’allontanamento del coniuge durante il colloquio senza vetro divisorio con il figlio minore di anni dodici (1).

(*Omissis*). Il detenuto nel reclamo indicato rappresenta il grave turbamento determinato nel minore dalle modalità di fruizione dei colloqui visivi previste dal nuovo ordine di servizio e chiede che il colloquio si svolga alla presenza della madre, nel senso che la stessa non venga allontanata dalla saletta colloqui separata dal vetro isofonico divisorio mentre si svolge il colloquio privo di vetro del detenuto con la figlia minore.

Occorre preliminarmente dichiarare l’ammissibilità dell’istanza proposta dal T. ed infatti, alla luce dell’orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione, i provvedimenti dell’Amministrazione penitenziaria in materia di colloqui visivi e telefonici dei detenuti e degli internati, in quanto incidenti su diritti soggettivi, sono sindacabili in sede giurisdizionale mediante reclamo al magistrato di sorveglianza che decide con ordinanza ricorribile per cassazione secondo la procedura indicata nell’art.14-ter ord. pen. (cfr. S.U. Cass. 26.02.2003 n. 25079 e successive conformi).

Per l’odierna udienza è stata dunque invitata a comparire, in qualità di controinteressato, la Casa di Reclusione di Spoleto nella persona del suo Direttore che, pur non presente, ha fatto pervenire, come consentito, memoria con allegate le circolari ministeriali di riferimento per la materia oggi trattata e l’ordine di servizio con cui l’istituto penitenziario si è adeguato a quelle disposizioni.

La materia dei colloqui visivi con i familiari per i detenuti sottoposti al regime speciale di cui all’art. 41 bis o.p. è stata dettagliatamente regolamentata dalla circolare DAP del 9.10.2003 n. 3592/6042 che porta oggetto: Organizzazione delle sezioni detentive adibite al contenimento

di detenuti sottoposti al regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. pen..

In particolare, al punto f) del predetto testo normativo si dice che i colloqui del detenuto in regime di 41 *bis* che si svolgano esclusivamente con figli minori di anni 12 potranno avvenire senza vetro divisorio in sale colloquio munite di impianti di videoregistrazione (con ovvia esclusione del sonoro); nel caso di colloquio con più persone, ex art. 37 comma 2 reg. es. ord. pen., il colloquio senza vetro divisorio sarà limitato ai soli figli minori di anni 12 e non eccederà 1/6 della durata complessiva del colloquio. Con successiva nota del DAP in data 13 marzo 2012 si è prevista la possibilità per i nipoti minori in linea retta di accedere al colloquio visivo con i nonni detenuti sottoposti al regime detentivo speciale, con le stesse modalità dei figli al fine di garantire la tutela dell'affettività dei nipoti in tenera età nei confronti dei nonni.

Con una recente nota 18.04.2013 il DAP, premettendo di aver sempre riservato la massima attenzione alla tutela dei minori che si recano a colloquio in istituto penitenziario ed alla necessità che a questi ultimi sia garantito un rapporto affettivo con il familiare detenuto, ha precisato che occorre tuttavia operare un attento contemperamento di *interessi*, che tenga conto del rischio, verificatosi in passato, di strumentalizzazione dei minori per l'invio di messaggi all'esterno.

Per tali ragioni la possibilità di fruire di una parte di colloquio visivo con il solo minore senza vetro divisorio viene ribadita ma solo alla condizione della contestuale fuoriuscita degli altri familiari adulti presenti al colloquio, non soltanto per il tempo del passaggio del minore al di là del vetro, comunque effettuato con l'assistenza esclusiva di personale di polizia penitenziaria, ma per tutta la rimanente durata del colloquio.

Con nota in data 23.05.2013 il DAP ha reiterato le proprie indicazioni, a fronte di richieste di chiarimenti evidentemente pervenute dagli istituti penitenziari, che avevano sempre operato con la diversa prassi sopra descritta, e la Direzione della Casa di reclusione di Spoleto ha adottato in conformità l'ordine di servizio oggetto del reclamo.

Il reclamo proposto dal detenuto è meritevole di accoglimento.

I colloqui visivi dei detenuti e degli *internati* con i familiari, i conviventi e le altre persone sono disciplinati dall'art. 18 o.p. e dall'art. 37 Reg. es.; si tratta di norme che danno concreta attuazione al diritto del detenuto a mantenere proficue relazioni familiari, diritto espressamente sancito e tutelato dalla Costituzione in quanto espressione di principi fondamentali che tutelano la famiglia e i minori (artt. 29,30,31) nonché strumento per la concreta realizzazione del trattamento finalizzato alla rieducazione (art. 27 comma 2).

In tale prospettiva, le restrizioni imposte in materia di colloqui ai soggetti detenuti possono giustificarsi solo nella misura in cui siano

funzionalmente necessarie a preservare altri interessi costituzionalmente garantiti.

È il caso dell'art. 41 *bis* ord. pen. che, al fine di garantire la sicurezza dello Stato ed evitare la possibilità di comunicazioni illecite, prescrive, oltre i limiti di durata dei colloqui, che gli stessi si svolgano in locali attrezzati ad impedire il passaggio di oggetti e che siano tutti video-registrati e sottoposti a controllo auditivo e relativa registrazione su autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria (cfr. art. 41 *bis* comma 2 *quater* lett. b) ord. pen., formulazione L. 94/2009), circostanza che si verifica anche nel caso dell'odierno reclamante.

A fronte di questo quadro normativo primario, la disposizione del DAP che riguarda i figli ed i nipoti in tenera età appare come una peculiare eccezione rispetto alle norme sopra richiamate, volte a tutelare diritti costituzionali fondamentali, specialmente legati alla affettività dei minori. In tal senso non appare dunque ragionevole che la predetta eccezione sia stata limitata soltanto alla circostanza che l'altro genitore (nel caso dei nipoti magari entrambi i genitori) sia allontanato dalla sala colloqui, lasciando al detenuto la scelta tra il contatto fisico con il figlio/nipote in tenera età ed il contatto visivo con gli altri familiari.

Tale limitazione, infatti, motivata piuttosto genericamente con una non meglio precisata esigenza di evitare strumentalizzazioni del minore al fine di fargli veicolare messaggi all'esterno, deve essere indagata, sulla scorta di quanto insegnatoci dalle fonti normative costituzionali richiamate sopra, rispetto alla congruità a raggiungere un obiettivo di garanzia dell'ordine o della sicurezza pubblica.

Alla luce della integrale registrazione audio e video dei colloqui effettuati dai detenuti in regime differenziato (sopravvenuto con la novella del 2009 alla circolare DAP del 2003, che infatti escludeva dalla registrazione del sonoro i colloqui con il minore), con tutti i familiari, non sembra residuino ragioni giustificative sufficienti a legittimare una così grave compressione per esigenze di sicurezza, ed infatti gesti e parole del breve colloquio sono sottoposte a costante ed attento esame da parte del personale preposto.

A ciò si aggiunga che, in presenza di neonati o bambini di pochi anni, la presenza o meno della madre al colloquio costituisce un dato di estremo rilievo sia per la tranquillità psicologica del minore, che ha sporadici rapporti con il genitore detenuto, sia per la positiva evoluzione del colloquio stesso.

Per tutte le considerazioni sopra svolte, deve ritenersi illegittima la disposizione amministrativa che prevede l'allontanamento dei familiari per tutta la durata del colloquio fruito senza vetro divisorio dal detenuto in regime differenziato con il proprio figlio minore di anni 12, in quanto

disposizione non congrua e proporzionata al fine di tutela della sicurezza cui si deve intendere rivolto.

Si determina infatti una compressione ingiustificata del diritto alla vita familiare per come garantito a livello normativo sovranazionale e nazionale, mediante la fruizione del colloquio visivo con i familiari, che deve avvenire consentendo al minore, per il tempo indicato nelle disposizioni amministrative vigenti, di accedere alla parte di sala colloqui in cui si trova il padre colloquiando con lo stesso in presenza degli altri familiari, pur separati dal vetro.

Tali considerazioni appaiono valide, a più forte ragione, per i colloqui intrattenuti, nei casi consentiti, senza vetro divisorio con i nipoti, rispetto ai quali il rapporto con il nonno è ancor di più mediato dalle figure genitoriali o tutorie che li accompagnano.

Le esigenze di sicurezza connesse alla peculiare pericolosità sociale dei detenuti ristretti in regime differenziato appaiono, infatti, già adeguatamente tutelate mediante la audio e video registrazione integrale dei descritti colloqui. (*Omissis*).

(1) Regime carcerario differenziato e diritti della persona *in vinculis*: il colloquio con il minore di anni dodici senza il vetro divisorio.

SOMMARIO: 1. *La vicenda concreta* - 2. *Il contesto normativo* - 3. *Genitorialità e status detentionis* - 4. *Le coordinate costituzionali*.

1. Il caso affrontato dall'Ufficio di Sorveglianza di Spoleto prende le mosse dalla presentazione di un reclamo, ex artt. 35 e 69, l. 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in poi: ord. penit.) da parte di un detenuto ristretto presso la locale Casa di Reclusione in regime di art. 41 *bis*, comma 2, ord. penit.⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Ai sensi della menzionata disposizione, «Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-bis, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente». Successivamente alla riforma penitenziaria del 1975 e alla novella del 1986 (c.d. legge Gozzini) che introdusse il regime di sorveglianza particolare, l'art. 19 del d.l. 306/92 ha introdotto il nuovo secondo comma all'art. 41*bis* ord. penit., rubricato «Situazioni di emergenza». Il primo comma, posto in sostituzione dell'art. 90 (abro-

A tale detenuto, padre di una figlia minore di anni dodici, veniva applicato l'ordine di servizio della Direzione della Casa di reclusione di Spoleto, il quale, metabolizzando le disposizioni della recente circolare DAP n. 0183805 del 23 maggio 2013⁽²⁾, prevedeva che durante il colloquio con la figlia senza vetro divisorio, la moglie del detenuto (e madre della piccola) si sarebbe dovuta allontanare dalla sala colloqui dei familiari adulti.

Il magistrato di sorveglianza, delibata positivamente l'ammissibilità del reclamo, lo accoglieva nel merito con contestuale disapplicazione delle circolari ministeriali vigenti (che imponevano tale allontanamento) e degli ordini di servizio adottati in fisiologica conseguenza, accertata una compressione ingiustificata del diritto alla vita familiare e l'assenza di ragioni giustificative sufficienti a legittimare tale compressione per esigenze di sicurezza già ampiamente soddisfatte.

La pronuncia in commento palesa la rilevanza prorompente dei principi fondamentali che all'interno della Carta Costituzionale sono riferibili allo *status* di soggetto *in vinculis* e ai quali il magistrato di sorveglianza abbia voluto dare concreta ed effettiva attuazione.

Si può discutere, infatti, «(e a lungo abbiamo discusso) se il carcere possa essere un tassello dello stato sociale di diritto, se cioè la finalità rieducativa della pena sia una "grande promessa" o una "pietosa bugia", certo è che il carcere non può essere un mondo estraneo allo stato costituzionale di diritto, con tutte le implicazioni che questa appartenenza comporta»⁽³⁾.

Il carcere non può essere un mondo estraneo allo stato costituzionale di diritto, poiché, se durante la fase processuale cognitiva l'imputato ha potuto contare sull'applicazione in suo favore dei principi costituzionali, quali la presunzione d'innocenza *ex art. 27*, comma 2 Cost., il sopraggiungere di una sentenza di condanna nulla sposta sul piano applicativo di altri principi appartenenti al medesimo rango, ma rappresenta soltanto lo

gato dalla legge Gozzini) era volto alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, imponendo la sospensione delle regole trattamentali nel caso in cui si fossero verificate situazioni d'instabilità all'interno della struttura detentiva, dovute alla "fisiologica patologia ambientale" del carcere. Il secondo comma, invece, volendo tutelare la sicurezza e l'ordine pubblico anche al di fuori della struttura penitenziaria, si rivolgeva ai soggetti *in vinculis*, imponendo una particolare sorveglianza per singolo soggetto. La *ratio* della norma così concepita si fonda sulla volontà del legislatore di isolare i soggetti legati alla criminalità organizzata ed impedire qualsivoglia tipologia di contatto con i propri affiliati. L'art. 41*bis*, comma 2 ord. penit., originariamente provvisorio, venne cristallizzato nell'ordinamento con la l. 23 dicembre 2002, n. 279 e successivamente "stabilizzato" attraverso la l. 15 luglio 2009, n. 94.

⁽²⁾ La materia dei colloqui dei detenuti ristretti in regime carcerario differenziato era già disciplinata dalla circolare DAP del 9.10.2003, n. 3592/6042, leggibile integralmente in ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Giuffrè, Milano, 2007, *Appendice*.

⁽³⁾ Così, testualmente, ANASTASIA, *Il difensore civico dei detenuti promosso da Antigone. Relazione sul primo anno di attività*, Settembre 2008 - Giugno 2009.

spartiacque fra la fase cognitiva e quella esecutiva. Il condannato, infatti, si vedrà riconosciuti altri diritti sostenuti da principi più rispondenti al suo nuovo *status*. I membri dell'Assemblea Costituente vollero cristallizzare i principi secondo cui «*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*»⁴ e la loro esecuzione non può sostanziarsi in atti di «*violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione della libertà*»⁵, ovvero, atti al di fuori dell'alveo della legalità.

Il soggetto recluso, nonostante lo stato detentivo, non perde il suo *status* di persona umana e rimane perciò titolare di alcuni diritti fondamentali. E' la stessa Corte costituzionale che al riguardo afferma: «*chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte delle sue libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale*»⁽⁶⁾.

La questione si sposta, dunque, nell'ambito della modalità applicativa della pena, poiché, è proprio tale modalità che, se non adeguata, può trasformare una pena restrittiva della libertà personale, di per sé legittima, in una pena non rieducativa al fine di un eventuale reinserimento nel tessuto sociale e, soprattutto, contraria al senso di umanità.

Esiste, quindi, in capo al soggetto recluso un vero e proprio "diritto al trattamento" la cui presenza è ribadita anche dall'art. 13, comma 3 dell'Ordinamento penitenziario, che impone una strutturazione dei programmi trattamentali sulla base delle caratteristiche del soggetto, evitando generalizzazioni non produttive e non risolutive.

L'Ordinamento penitenziario risalente al 1931 era basato sul concetto di "privazione" come unico mezzo per ottenere il ravvedimento del detenuto. Il soggetto *in vinculis*, secondo tale orientamento, entrando in carcere, si spoglia della sua soggettività e quindi dei suoi diritti, diventando un individuo differente da taluno che si trovi in situazione di libertà. In tale contesto la Carta costituzionale necessitava di una sua concreta applicazione attraverso una riforma dell'Ordinamento penitenziario. Nel 1949 una prima Commissione Parlamentare d'inchiesta elaborava un progetto di riforma per gli istituti penitenziari. Successivamente, nel 1951, un'intuitiva e brillante circolare, dell'allora Ministro della Giustizia Zoli, permetteva di dare nuova dignità alle persone detenute con previsioni semplici ed a costo zero, ma di fortissimo impatto nella sfera del diritto: i detenuti devono essere chiamati per nome e cognome, i colloqui con i familiari si devono svolgere separati solo da una grata ed è consentito tenere in cella l'occorrente per scrivere e le foto dei congiunti.

L'affermazione dei principi elaborati dall'articolo 27 Cost. trova final-

⁽⁴⁾ Art. 27, comma 3 Cost.

⁽⁵⁾ Art. 13, comma 4 Cost.

⁽⁶⁾ Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 2740.

mente la sua attuazione concreta già nell'art. 1 dell'Ordinamento penitenziario del 1975, che conferma la necessità dell'umanità, dell'imparzialità e della finalità rieducativa del trattamento, che a sua volta deve rispondere ai parametri della personalità e delle caratteristiche del soggetto.

I diritti garantiti ai detenuti, in quanto tali, si fondono a quelli che permangono in capo ai medesimi soggetti poiché individui⁽⁷⁾. Non si possono creare due categorie nette e distinte tra i diritti che trovano origine all'interno del carcere e quelli preesistenti, attribuiti all'individuo in quanto tale; si pensi al diritto al lavoro, all'istruzione, alla salute e al diritto di mantenere, istruire ed educare i propri figli che rientrano fisiologicamente in entrambe le categorie. L'impossibilità di creare la suddetta distinzione è sintomo di una logica coerente con il principio rieducativo della pena. Il percorso carcerario cui è sottoposto il soggetto detenuto ha come scopo l'attuazione del suddetto principio e il reinserimento della persona nella società; per fare ciò il trattamento prevede di adottare situazioni comportamentali e fattuali della società esterna.

Il trattamento, pertanto, si sostanzia concretamente nella commistione tra i diritti del soggetto che gli derivano dal suo essere "persona" e quelli che gli derivano dal suo essere "detenuto".

Il divenire soggetto *in vinculis* non comporta automaticamente la perdita della titolarità dei diritti fondamentali ed inviolabili dell'individuo, determina solo la limitazione e l'adattamento dell'esercizio degli stessi alle finalità proprie della detenzione⁽⁸⁾.

2. Le premesse normative, dalle quali prendere le mosse per l'analisi della fattispecie, postulano una lettura integrata degli artt. 27, 13, 2, 3, 29 e 30 Cost.; degli artt. 15 e 18 ord. penit.; dell'art. 37 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 e dell'art. 8 C.e.d.u.

L'art. 27 Cost. impone che la finalità delle pene, tutte, detentive e non, debba essere la rieducazione. Tale "risultato" si concretizza attraverso l'attuazione periodica di un trattamento del detenuto idoneo e personalizzato, i cui parametri applicativi vengono definiti dall'art. 15 ord. penit.; secondo il quale «*il trattamento del detenuto è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia*».

Nel corpo letterale della norma si riscontra facilmente come il legislatore abbia voluto enfatizzare l'importanza degli elementi che strutturano la rieducazione utilizzando i termini "principalmente" e "agevolando". I

⁽⁷⁾ Il termine "individuo" è utilizzato preferibilmente rispetto al termine "cittadino" o simili anche per non escludere i detenuti stranieri che non sono titolari della cittadinanza italiana.

⁽⁸⁾ Cfr. Corte Cost., sent. n. 26 del 1999.

rapporti con la famiglia, in particolare, consentono al detenuto di adottare comportamenti e vivere situazioni di socializzazione emotiva che impediscono l'alienazione dalla realtà esterna.

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare viene, altresì, sancito con forza dall'art. 8 della C.e.d.u.⁽⁹⁾, che non circoscrive l'applicazione di tale diritto a specifici individui ma ad "ogni persona". Si ricomprende in tale assunto normativo anche il soggetto *in vinculis*. Il secondo comma della norma convenzionale impedisce l'ingerenza dell'autorità pubblica in merito all'esercizio di tale diritto, apponendo però una giustissima clausola di riserva (così come all'art. 13, comma 1 Cost.)⁽¹⁰⁾ che tutela la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine e della prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o della protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale comunitario in materia di diritti umani⁽¹¹⁾, l'ingerenza nella vita privata e familiare, non viola la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo se proporzionata allo scopo perseguito dal regime speciale *ex art. 41bis* ord. penit., ovvero, evitare ulteriori contatti del detenuto con le associazioni criminali di appartenenza. Clausola che nel caso del reclamante, pur essendo detenuto sottoposto al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., non poteva essere riconosciuta come applicabile, data l'assenza di qualsivoglia elemento che potesse far ritenere dannoso, per i beni giuridici oggetto di tutela *ex art. 8*, comma 2 C.e.d.u., l'esercizio del diritto al colloquio visivo così come disciplinato dalla circolare DAP del 9.10.2003, n. 3592/6042⁽¹²⁾.

Con la riforma introdotta dalla l. 23 dicembre 2002, n. 279 si avverte

⁽⁹⁾ Secondo l'art. 8 C.e.d.u. «*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*».

⁽¹⁰⁾ V. l'art. 13, comma 1 Cost., ai sensi del quale «*Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge*».

⁽¹¹⁾ Cfr. Corte eur., sez. II, Messina c. Italia, 28 settembre 2000, in *Guida al diritto*, 2001, n. 6, 141 ss.

⁽¹²⁾ Sub F): «*Per quanto concerne i colloqui visivi con i figli minori si dispone: 1) i colloqui del detenuto in regime di 41 bis che si svolgano esclusivamente con figli minori di anni 12 potranno avvenire senza vetro divisorio, in sale colloquio munite di impianti di videoregistrazione (con ovvia esclusione del sonoro); 2) nel caso di colloqui con più persone, ex art. 37, 10° co. reg. esec. ord. penit., il colloquio senza vetro divisorio sarà limitato ai soli figli minori di anni 12, e non eccederà 1/6 della durata complessiva del colloquio*».

la volontà del legislatore di far compenetrare le statuizioni della Corte costituzionale nella regolamentazione del regime speciale di cui all'art. 41bis ord. penit. La giurisprudenza costante della Consulta ha, infatti, affermato la piena applicazione del principio espresso nel dettato normativo di cui all'art. 13, comma 2 Cost. nei confronti dei soggetti *in vinculis* a cui vengono imposte ulteriori forme restrittive della detenzione poiché tali restrizioni possono essere disposte, solo con le riserve statuite in detto articolo.

Il Giudice delle Leggi, dunque, pur riconoscendo i netti e decisi limiti, posti dall'art. 13 Cost., al *potere* del Ministro e dell'Amministrazione penitenziaria, ha riconosciuto come infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 41-bis, comma 2, ord. penit. e l'art. 13, comma 2 Cost., sollevata con due ordinanze d'identico contenuto, entrambe emesse il 9 gennaio 1993, dal Tribunale di sorveglianza di Ancona, poiché il citato articolo dell'Ordinamento penitenziario non sarebbe altro che una diversa modalità di svolgimento della pena, senza incidere sull'*an* della privazione della libertà.

L'applicazione della pena detentiva come mezzo per il raggiungimento della finalità rieducativa/risocializzante è motivo di riflessione sulla contraddizione che nasce dal voler applicare una pena restrittiva garantendo allo stesso tempo l'attuazione dei diritti inviolabili dell'essere umano, che perciò non devono essere limitati dalla pena detentiva stessa⁽¹³⁾. Nessuna limitazione, infatti, può essere posta nel regime speciale ex art. 41 bis, ord. penit., al fine di impedire la fruibilità di attività di osservazione e trattamento ostacolando, così, il condannato nell'adempimento di quanto gli consenta di accedere a benefici previsti dalla legge⁽¹⁴⁾.

Come in precedenza accennato, tra gli elementi del trattamento a scopo rieducativo, a cui deve essere sottoposto il soggetto *in vinculis*, l'art. 15 ord. penit. comprende anche il rapporto con la famiglia; *nel caso di detenuto in regime di cui all'art. 41 bis è in ogni caso necessario un concreto accertamento della partecipazione di questo all'opera di rieducazione ed in questo contesto è certamente indice di seria valutazione quella della qualità dei rapporti intrattenuti con i compagni di detenzione, con gli operatori penitenziari e con gli stessi familiari*⁽¹⁵⁾.

La nostra attenzione si concentra, quindi, sul colloquio, elemento fattuale/situazionale oggetto della pronuncia in esame emessa dall'Ufficio di Sorveglianza di Spoleto.

I colloqui vengono disciplinati dagli artt. 18 e 41 bis, comma 2 *quater*,

⁽¹³⁾ Così ANASTASIA, *Lo stato dei diritti nelle carceri italiane*, in *Antigone*, 2010.

⁽¹⁴⁾ V. Corte cost., sent. n. 351 del 1996; Id., sent. n. 376 del 1997; Id., sent. n. 192 del 1998. V., altresì, Cass., 22 dicembre 1995, Funari, in *Cass. pen.* 1996, 1969; Id., 5 maggio 1995, Belfiore, in *CED Cass.*, n. 201481; Id., 16 maggio 1995, Adelfio, *ivi*, n. 201751; Id., 9 maggio 1995, Sasso, *ivi*, n. 201482; Id., 27 giugno 1994, Fidanzati, *ivi*, 198032; Id., 13 aprile 1994, Rabito, *ivi*, n. 198074.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass., 24 giugno 1998, Madonia, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1426.

lett. b, ord. penit.⁽¹⁶⁾; sono regolamentati dall'art. 37, comma 10, d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230⁽¹⁷⁾ e dalla già citata circolare DAP n. 3592/6042 del 9 ottobre 2003⁽¹⁸⁾.

Dalla lettura in combinato disposto delle normative ora richiamate si evince che il legislatore, nel corso degli anni, ha sempre garantito la fruibilità del diritto al colloquio.

I colloqui si svolgono in aree attrezzate ad impedire lo scambio di oggetti, vengono garantiti mensilmente e comunque videosorvegliati. Nel caso in cui il colloquio avvenga esclusivamente tra il detenuto in regime speciale di cui all'art. 41 *bis* ed il proprio figlio minore di anni 12, tale incontro potrà avvenire in assenza del vetro divisorio, in idonee sale videoregistrate senza audio⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ La norma prevede che «*I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede: la determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell'articolo 11; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. I colloqui sono comunque video-registrati. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari.*».

⁽¹⁷⁾ Art. 37, comma 10, d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 «*Il colloquio ha la durata massima di un'ora. In considerazione di eccezionali circostanze, è consentito di prolungare la durata del colloquio con i congiunti o i conviventi. Il colloquio con i congiunti o conviventi è comunque prolungato sino a due ore quando i medesimi risiedono in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto, se nella settimana precedente il detenuto o l'internato non ha fruito di alcun colloquio e se le esigenze e l'organizzazione dell'istituto lo consentono. A ciascun colloquio con il detenuto o con l'internato possono partecipare non più di tre persone. È consentito di derogare a tale norma quando si tratti di congiunti o conviventi.*».

⁽¹⁸⁾ Vedi, *supra*, nota n. 12.

⁽¹⁹⁾ Il controllo a vista e non auditivo ha costituito un'importante innovazione rispetto alla normativa di riferimento del 1931, ove il controllo non auditivo era

Nel caso in esame, l'istante propone legittimamente reclamo, poiché l'avviso della Casa di Reclusione di Spoleto, avendo ricevuto i contenuti della circolare DAP n. 0183805 del 23 maggio 2013, modificava in senso restrittivo le modalità di fruizione dei colloqui visivi con le proprie moglie e figlia. In buona sostanza, il detenuto avrebbe dovuto scegliere se trascorre il tempo a disposizione per il colloquio con l'una o l'altra, poiché la disposizione prevedeva l'allontanamento della donna durante il colloquio senza vetro divisorio, tra il detenuto e la propria figlia.

La meno recente circolare DAP del 9 ottobre 2003 alla lett. F) punto 2, chiarisce che il colloquio con più persone, tra cui un minore di anni dodici, è consentito, con la sola limitazione che il colloquio senza vetro sarà ammesso solo in relazione al minore e non dovrà superare un limite di tempo fissato ad 1/6 della durata complessiva del colloquio.

Nessuna delle norme richiamate impone, dunque, l'allontanamento della madre dall'area deputata alla fruizione del colloquio.

3. Oltre alla corretta applicazione delle norme vigenti in materia di colloqui, il Magistrato, preliminarmente, afferma la legittimità dell'azione processuale intrapresa dal detenuto, il quale avvertendo la violazione di un proprio diritto soggettivo propone reclamo *ex art. 14 ter* ord. penit.⁽²⁰⁾.

Spostandosi poi al merito, il Magistrato di sorveglianza effettua una giusta ed equilibrata ponderazione degli *interessi* coinvolti in tale fattispecie concreta, ovvero, le esigenze di sicurezza (imprescindibilmente collegate alla pericolosità del soggetto ristretto nel regime speciale) e l'attuazione concreta dell'elemento rieducativo rappresentato dal contatto con i familiari. Data l'assenza di motivate ragioni che avrebbero potuto fondare il timore di possibili strumentalizzazioni del colloquio con il minore, anche in ragione delle adeguate strutture/aree in cui avviene il colloquio, dell'efficiente sistema di videosorveglianza (che in caso di plausibile sospetto potrebbe essere attivato anche nella modalità audio) e della presenza costante di agenti che partecipano attivamente al passaggio del minore oltre il vetro divisorio, il Magistrato ha ritenuto di dare maggiore rilevanza, sempre nell'alveo di quanto viene consentito dalle normative vigenti, all'esercizio dei diritti fondamentali sanciti dagli artt. 27, 29 e 30 Cost.

L'art. 30 Cost., in particolare, evidenzia la c.d. corresponsabilità genitoriale in capo ai coniugi durante l'*intera* vita familiare.

Mantenere, istruire ed educare i figli, sono tre azioni imprescindibili l'una dalle altre che l'Assemblea costituente ha qualificato, contemporaneamente, come diritto e dovere in capo ai genitori. Il Magistrato di sorveglianza, deputato alla decisione in merito al reclamo posto dal sig. T.L.,

riservato soltanto ai colloqui con i difensori. Evidente è la compenetrazione dei principi costituzionali sanciti dall'art. 15 della Costituzione.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079.

ha correttamente e sensibilmente fatto richiamo alle norme costituzionali sopra citate poiché spesso (se non sempre) la detenzione di un componente del nucleo familiare, incide sulle dinamiche relazionali della famiglia. Il rafforzamento dei legami affettivi avviene con maggior frequenza in caso di ingiusta detenzione o di prima detenzione di figli, ma spessissimo la reclusione determina l'allontanamento o l'interruzione dei rapporti.

La reclusione costituisce, quindi, un evento che coinvolge l'intera famiglia non solo il detenuto. Sono proprio la lontananza e l'impossibilità di essere "liberi" nell'avere continui e regolari contatti le cause di molte disgregazioni familiari, dell'insorgenza di patologie psichiche e a volte di suicidio.

Come sopra ampiamente ribadito, i rapporti con gli affetti familiari sono nell'Ordinamento penitenziario individuati come fondamentali elementi del trattamento rieducativo che devono essere il più possibile agevolati poiché, come effetto a lungo termine, incidono grandemente sul buon esito della rieducazione e del reinserimento del detenuto e come effetto immediato attutiscono il senso di solitudine emotiva dell'intero nucleo familiare.

Nel corpo delle "Regole minime per il trattamento dei detenuti" contenute nelle "Raccomandazione del Comitato dei Ministri della Comunità Europea" del 12 febbraio 1987, si legge che «ogni sforzo deve essere fatto per assicurare che i regimi degli istituti siano regolati e gestiti in maniera da: [...] mantenere e rafforzare i legami dei detenuti con i membri della loro famiglia e con la comunità esterna al fine di proteggere gli interessi dei detenuti e delle loro famiglie»⁽²¹⁾.

Le ripercussioni della detenzione hanno come destinatari, dunque, anche mogli (che vedono annullare ogni forma di affettività con il proprio coniuge) e figli (che perdono il sostegno stabile e continuo di una figura adulta) anch'essi vittime, per alcuni, dimenticate⁽²²⁾.

Il principio secondo cui la rieducazione ed il recupero sociale del detenuto non possa prescindere dalla ricostruzione di condizioni affettive stabili⁽²³⁾, viene sostenuto esplicitamente dall'art. 28, ord. penit. secondo cui: "*particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie*".

Per quanto appena detto il legislatore ha tenuto conto di parametri diversificati, quali la lontananza, consentendo, a volte senza riuscirvi a causa del sovraffollamento, il trasferimento del detenuto in strutture detentive

⁽²¹⁾ Cfr. Parte quarta, art. 2, Regole penitenziarie europee, *Regole minime per il trattamento dei detenuti*, (Raccomandazione Comitato dei Ministri della Comunità Europea 12 febbraio 1987).

⁽²²⁾ Cfr. ALBANO, *La famiglia del detenuto come vittima*, in *Rivista di Servizio Sociale*, 4/1985, p. 32; MATTHEWS, *Forgotten victims. How prison affects the family*, London, NACRO, 1983.

⁽²³⁾ Cfr. DI GENNARO - BREDA - LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 170-171.

più vicine al luogo di residenza della famiglia⁽²⁴⁾ oppure concedendo il prolungamento sino a due ore dell'orario concesso per il colloquio⁽²⁵⁾.

4. Elemento fondamentale che il Magistrato di sorveglianza non ha omesso di sottolineare è sostanzialmente una lettura in combinato disposto tra gli artt. 2, 3, 27, comma 3 e 30 Cost.

L'art. 2 Cost. offre un'ulteriore puntualizzazione affermando la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo «*sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*». Tale specificazione elimina qualsiasi possibilità di negare i diritti costituzionalmente garantiti ai detenuti, poiché il carcere è comunque considerabile come una formazione sociale in cui il soggetto sviluppa la sua personalità.

Riflettendo sulla definizione di "formazione sociale" più facilmente ci si riferisce alla famiglia o alla scuola. La personalità di un individuo si forma in casa con le regole genitoriali ed anche all'interno della classe creando relazioni con coetanei ed insegnanti, scoprendo passioni ed attitudini attraverso lo studio. Anche il carcere, però, appartiene alla compagine delle formazioni sociali, poiché in esso il detenuto sviluppa o completa la sua personalità, anzi impara a svilupparne una in conformità all'ordine costituito della società.

All'interno della struttura detentiva si instaurano relazioni e confronti interpersonali con gli altri detenuti e con il personale penitenziario tutto. L'intera giornata trascorre con regolarità e stabilità, si acquisiscono abitudini alimentari, ci si impadronisce di nozioni e competenze lavorative o scolastiche. All'interno delle strutture penitenziarie si concretizzano elementi situazionali volti alla realizzazione del principio rieducativo e risocializzante della pena.

Da un altro punto di vista il carcere potrebbe essere percepito come una formazione sociale "distorta". Gli elementi che compongono la società libera sono presenti anche all'interno della struttura detentiva che però in tale contesto sviluppano una società coatta ed artefatta. Gli stimoli a cui il detenuto è sottoposto vedendo la propria famiglia per poche ore ed attraverso un vetro all'interno del carcere sono diversi rispetto a quelli che percepirebbe vivendo la quotidianità familiare come soggetto libero.

Questa contestazione non deve però far dimenticare che l'elemento imprescindibile è il contatto familiare in sé e ciò che il contatto mantiene vivo nell'individuo, ovvero il senso di appartenenza, di protezione e di affettività.

Le strutture penitenziarie possono essere quindi considerate delle formazioni sociali, all'interno delle quali la Repubblica deve garantire i diritti fondamentali dei soggetti che le occupano; si potrebbe affermare che sono tuttavia delle formazioni sociali artefatte, ma ciò non toglie che siano "abita-

⁽²⁴⁾ Art. 30, comma 1, d.p.r. 30 giugno 2000 n. 230.

⁽²⁵⁾ Art. 37, comma 10, d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230.

te” da uomini e donne che devono veder garantiti i diritti fondamentali che la Costituzione sancisce con l’art. 2. Sono proprio questi diritti fondamentali ad essere oggetto e al tempo stesso mezzo, di un’applicazione costituzionale coerente con il principio rieducativo della pena ed il senso di umanità.

Il principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 Cost. è, invece, nel caso posto all’attenzione dell’Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, riferibile non solo al detenuto ma a tutto il nucleo familiare di cui è membro.

“È compito della Repubblica eliminare tutti gli ostacoli che limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana”.

Tutti i principi di diritto, che fin qui sono stati esposti, si sono ovviamente concentrati sull’importanza che il contatto con i familiari ha sul percorso rieducativo del soggetto in *vinculis*, ma non si deve dimenticare, come correttamente e concretamente non dimentica il Magistrato del caso *de quo*, che il colloquio viene sostenuto dal detenuto con uno o più interlocutori.

Anche la figlia minore e la moglie del reclamante *subiscono* gli effetti positivi di un colloquio effettuato insieme. Nel caso in cui l’avviso disposto dalla Casa di Reclusione di Spoleto fosse stato eseguito, la piccola, abituata ad una presenza costante della madre, si sarebbe vista separare forzatamente da questa ed affidata al padre.

Godere dell’affetto di un genitore sarebbe stato il risultato dell’abbandono, seppur momentaneo, dell’altro; un compromesso forzato che una bambina in tenera età avrebbe potuto non comprendere ed *interpretare* come una conflittualità genitoriale con conseguente venir meno della tranquillità psicologica della minore.

Anche i figli ed i coniugi, *ex artt.* 2, 3 e 30 Cost. devono veder garantito, al pari dei congiunti di soggetti liberi, il diritto di *poter* sviluppare la propria personalità all’interno della loro famiglia come formazione sociale, seppur all’interno di una formazione sociale “distorta” quale il carcere; i figli, in particolare, di *poter* ricevere il mantenimento, l’istruzione e l’educazione da entrambi i genitori ed il coniuge di *poter* assolvere al diritto/dovere di crescere il proprio figlio coadiuvato dal proprio compagno.

La tutela dell’affettività del minore è primario obiettivo riscontrabile in ogni ordinamento e gerarchia delle fonti; anche la relativamente recente riforma del diritto di famiglia (l. 10.12.12, n. 219) impone la parificazione dei figli naturali con i figli nati in costanza di matrimonio con conseguente ridefinizione del rapporto di parentela come “*il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all’interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo...*”⁽²⁶⁾. Tale riforma consente, quindi, al minore di *poter* riconoscere e godere dell’affettività che deriva da nuovi rapporti di parentela prima inesistenti.

⁽²⁶⁾ Art. 74, l. 10 dicembre 2012, n. 219.

L'ordinanza commentata, nell'accogliere il reclamo, è però dirompente nell'affermare che, anche in regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., volto all'attuazione di stringenti misure di sicurezza, non muta la titolarità dei diritti fondamentali in capo al detenuto ed ai suoi affetti, ma solo la modalità del loro esercizio e che tale modalità non deve essere ulteriormente compressa qualora tali misure di sicurezza siano già adeguatamente garantite.

SARA DILETTI

TRIBUNALE DI PERUGIA (ord) – 22 luglio 2013 – *Pres. Est. Volpe*
– P. M.

Esecuzione penale – Giudice dell'esecuzione – Competenza ex art. 669 c.p.p. – Ambito applicativo – Estensione – Revoca del provvedimento contrastante emesso nei confronti del medesimo soggetto e nell'ambito della medesima vicenda processuale – Sussistenza – Ragioni (c.p.p., art. 669).

La disciplina dettata dall'art. 669 c.p.p. è applicabile analogicamente in bonam partem anche alle ordinanze qualora si versi in ipotesi di pluralità di ordinanze relative al medesimo oggetto, emesse nei confronti della medesima persona, con cui si dispone in modo diametralmente opposto in ordine alla medesima vicenda processuale (fattispecie nella quale, rilevato il contrasto tra l'illegittima statuizione di confisca di una somma di denaro disposta dalla Corte d'Appello nell'ambito di una procedura di liquidazione del compenso del custode giudiziario di altro bene posto in sequestro e quella di restituzione della medesima somma di denaro resa dal Tribunale monocratico in funzione di Giudice dell'esecuzione, quest'ultimo, successivamente adito ex art. 669 c.p.p., disponeva, previa revoca della prima ordinanza, l'esecuzione della seconda, con conseguente restituzione della somma di denaro sequestrata all'avente diritto) (1).

(*Omissis*). Letti gli atti del procedimento penale nei confronti di P. M. (*Omissis*), definito con sentenza emessa dal Tribunale di Perugia il 14.10.2009, in parte riformata dalla Corte di Appello di Perugia con sentenza emessa il 14.5.2010, divenuta irrevocabile il 16.11.2010; letta

l'istanza presentata, ai sensi dell'art. 669 c.p.p., con cui nell'interesse del condannato, si chiede la revoca della ordinanza adottata dalla Corte di appello in data 22.4.2011, così da dare esecuzione alla ordinanza emessa dal giudice del Tribunale di Perugia in funzione di giudice dell'esecuzione in data 30.11.2012. (*Omissis*)

Rilevato che con la sentenza di primo grado, solo in motivazione, veniva disposta la confisca della somma di danaro dell'importo di 1.700,00 euro, sottoposta a sequestro in data 9.10.2009 da personale della Legione Carabinieri "UMBRIA"; rilevato che in data 18.5.2011, il Giudice del Tribunale di Perugia, in funzione di giudice dell'esecuzione, rigettava la restituzione della somma di danaro in sequestro ritenendo, di fatto, sussistenti i presupposti per la confisca della stessa, trattandosi del profitto del reato, seppur qualificando il provvedimento come correzione dell'errore materiale contenuto nel dispositivo della sentenza; rilevato che avverso tale ordinanza veniva presentato ricorso per cassazione e che la Corte di cassazione, qualificando il ricorso come opposizione *ex art. 667*, comma 4, c.p.p., trasmetteva gli atti al Giudice del Tribunale di Perugia in funzione di giudice dell'esecuzione; rilevato che, con ordinanza emessa da giudice del Tribunale di Perugia in funzione del giudice dell'esecuzione, previo annullamento, *ex art. 667*, comma 4, c.p.p., dell'ordinanza adottata in data 18.5.2011, veniva disposta la restituzione in favore di P. M., della somma di danaro citata; rilevato che, come riportato nel ricorso, solo successivamente all'adozione di tale ordinanza ed in occasione della richiesta di restituzione della somma, il difensore prendeva atto che con ordinanza adottata dalla Corte di Appello in data 22.4.2011 era stata, *ex officio* e nell'ambito di una liquidazione di compenso del custode di altro bene posto in sequestro, disposta la confisca della predetta somma; rilevato che si versa in ipotesi di pluralità di ordinanze relative al medesimo oggetto, emesse nei confronti della medesima persona, con cui si dispone in modo diametralmente opposto in ordine ad una somma posta in sequestro; considerato che l'ordinanza del Tribunale di Perugia in funzione di giudice dell'esecuzione è stata emessa in data 30.11.2012 ed è divenuta irrevocabile, stante la valida notifica all'interessato, in data 21-28.12.2012 (ultima notifica 6.12.2012); rilevato che, invece, l'ordinanza sopra indicata della Corte d'Appello, benché adottata in data antecedente alla pronuncia del Tribunale di Perugia (il 22.4.2011), non è stata validamente notificata a P. M., in quanto inviata per errore ad un indirizzo in cui in precedenza (e fino ad un anno prima di detta notifica) l'interessato era stato sottoposto a misura cautelare, diverso dal suo domicilio eletto, dalla sua residenza o da altri luoghi utili; ritenuto che, pertanto, la notifica (tra l'altro conclusasi per compiuta giacenza) non si è, in realtà, perfezionata in data 21.5.2011 come annotato dalla cancelleria in calce all'atto, di ché l'ordinanza non è divenuta irrevocabile.

cabile in data 11.6.2011; rilevato che non risulta che l'imputato abbia avuto conoscenza (legale o effettiva) dell'ordinanza della Corte d'Appello prima del 22.4.2013, data di invio dell'atto da parte della Cancelleria al difensore avv. V.M. e che, quindi, solo da tale data sono decorsi i termini per l'impugnazione del provvedimento, così divenuto irrevocabile in data 7.5.2013; rilevato, quindi, che l'ordinanza del Tribunale di Perugia indubbiamente è divenuta irrevocabile antecedentemente a quella della Corte d'Appello di Perugia e che pertanto deve ritenersi consolidata in precedenza rispetto a quest'ultima; considerato, peraltro, che per giurisprudenza costante della Suprema Corte la disciplina dettata dall'art. 669 c.p.p. è applicabile analogicamente *in bonam partem* anche alle ordinanze e che il provvedimento adottato il 30.11.2012 con cui è stata disposta la restituzione della somma di danaro in sequestro è senz'altro più favorevole all'interessato rispetto all'ordinanza della Corte d'Appello del 22.4.2011. (*Omissis*).

(1) Le nuove potenzialità operative dell'art. 669 c.p.p. in *executi-vis*

SOMMARIO: 1. *L'inedita applicazione dell'art. 669 c.p.p. nel caso di specie* – 2. *L'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 669 c.p.p.: da strumento di soluzione del cd. conflitto pratico di giudicati ...* – 3. (*Segue*) ... *a rimedio generale di composizione dei conflitti in idem in fase esecutiva.*

1. Particolarmente travagliato l'*iter* processuale della vicenda che ha condotto, dopo oltre due anni dall'irrevocabilità della sentenza e innumerevoli rimedi attivati in fase esecutiva, al risolutivo intervento del Tribunale di Perugia in composizione monocratica in funzione di Giudice dell'esecuzione con l'ordinanza che qui si annota.

Per la singolarità della fattispecie processuale in esame pare opportuno ripercorrerne i tratti essenziali.

In fase di indagini, era stato ordinato il sequestro di una data somma di denaro, ma, in merito al vincolo ablativo, né il Tribunale di Perugia in primo grado né la Corte d'Appello nulla avevano disposto nella parte dispositiva della sentenza.

Dopo il passaggio in giudicato della pronuncia, in difetto di una statuizione giurisdizionale acquisitiva da parte dello Stato della somma in questione, il difensore dell'imputato avanzava, pertanto, al Tribunale di Perugia in funzione di Giudice dell'esecuzione istanza di restituzione della somma sequestrata *ex art. 676 c.p.p.*

Quest'ultimo, tuttavia, nel rigettare l'istanza di cui sopra, riteneva sussistenti i presupposti per la confisca della predetta somma di denaro - da considerarsi, a suo dire, profitto del reato - qualificando, nel contempo,

l'omessa statuizione sul punto quale semplice ipotesi di errore materiale nel dispositivo legittimamente emendabile in quella sede.

Avverso tale ordinanza era, quindi, interposto ricorso per cassazione, ma la Prima Sezione della Suprema Corte, qualificando l'impugnazione proposta come opposizione *ex art. 667*, comma 4, c.p.p. (e ciò, nonostante il fatto che l'ordinanza gravata fosse stata resa all'esito dell'udienza camerale celebratasi con le forme di cui all'art. 666 c.p.p. e non *de plano* come prevede, invece, il dettato normativo), disponeva la trasmissione degli atti al Tribunale di Perugia.

Nuovamente investito della questione, il Tribunale monocratico di Perugia, ravvisando nella confisca del denaro un'ipotesi di confisca facoltativa *ex art. 240*, comma 1, c.p. - e come tale non adottabile, per giurisprudenza consolidata, dal giudice dell'esecuzione - annullava l'ordinanza emessa dal precedente Giudice dell'esecuzione, disponendo, per l'effetto, la restituzione della somma di denaro in sequestro.

Avviata la procedura per il recupero della somma dissequestrata, il difensore dell'imputato veniva, tuttavia, reso edotto dell'impossibilità di rientrare in possesso della predetta somma di denaro e ciò a causa di una mai conosciuta ordinanza con la quale la Corte d'Appello di Perugia aveva provveduto a disporre, *ex officio* e nell'ambito di una procedura per la liquidazione di compenso del custode di altro bene posto in sequestro, la confisca della stessa, considerandola provento dell'attività illecita.

Con istanza *ex art. 669* c.p.p. - oltre a censurare i molteplici vizi procedurali e sostanziali dai quali era affetta l'ordinanza resa dalla Corte d'Appello da ultimo citata - si sottolineava l'evidente contrasto tra quest'ultima pronuncia e quella con la quale il Giudice dell'esecuzione aveva disposto la restituzione della medesima somma di denaro, sollecitando, pertanto, quest'ultimo alla risoluzione del relativo contrasto, accordando esecutività all'ordinanza più favorevole per il condannato.

Premessa una generale ricostruzione di sistema, ci si soffermerà sulle potenzialità espansive del disposto di cui all'art. 669 c.p.p., così come delineate dalla giurisprudenza di legittimità ed accolte nell'ordinanza in commento.

2. Nell'ambito del rinnovato ruolo riconosciuto alla fase esecutiva dal nuovo codice di rito del 1988⁽¹⁾, l'art. 669 c.p.p., rispetto al previgente art. 579 c.p.p. 1930⁽²⁾, stabilisce, al suo primo comma ed in via generale, che qualora

⁽¹⁾ Per una ricostruzione di sistema, cfr., per tutti, DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 1 e ss., nonché ID., *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, Milano, 2008, 231-236; ID., *L'esecuzione penale*, in DOMINIONI-CORSO-GAITO-SPANGEHR-DEAN-GARUTI-MAZZA, *Procedura penale*, II ed., Torino, 2012, 847-851.

⁽²⁾ Nel quale il compito di regolare il conflitto tra «più sentenze di condanna divenute irrevocabili [...] contro la stessa persona per il medesimo fatto» era,

«più sentenze di condanna divenute irrevocabili [siano] state pronunciate contro la stessa persona per il medesimo fatto, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre»⁽³⁾, così accantonando, in nome del principio del *favor rei*, «il criterio dell'ordine cronologico delle *res iudicatae*»⁽⁴⁾.

Usualmente ricompreso nel novero dei rimedi revocatori del giudicato penale⁽⁵⁾, l'istituto contemplato dall'art. 669 c.p.p.⁽⁶⁾ mira a risolvere il cd.

viceversa, affidato alla Corte di Cassazione, su ricorso promosso, «anche d'ufficio in qualsiasi tempo», dal procuratore generale o dal procuratore della Repubblica della circoscrizione di appartenenza di uno dei giudici che avevano pronunciato le sentenze medesime; la Corte, così adita, «in camera di consiglio dichiara[va] con ordinanza doversi eseguire la sentenza con cui [fosse stata pronunciata] la condanna meno grave [, annullando le altre]. Cfr., sul punto, RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2010, 879, nota 156, al quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

Vigente il codice del 1930, v., in particolare, BAROSIO, *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 493-494, il quale, sulla scia di LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Napoli, 1961, 476 e di SANTORO, *L'esecuzione penale*, Torino, 1953, 192, annoverava l'istituto di cui all'art. 579 c.p.p. tra le ipotesi in cui il titolo esecutivo si configurava come “complesso” e ciò in quanto, coesistendo «più titoli esecutivi escludentisi l'un l'altro», «la dichiarazione costituente il contenuto necessario del titolo esecutivo non risult[ava] necessariamente da un documento solo, ma da una pluralità di documenti».

⁽³⁾ Nei commi successivi, oltre ad elencarsi i criteri da utilizzare per l'individuazione della decisione da eseguire tra quelle in conflitto, si riconosce al condannato il diritto di scegliere, in modo vincolante per l'organo giurisdizionale, tra le plurime sentenze definitive. Per un esame approfondito dei criteri posti dai commi 2-9 dell'art. 669 c.p.p., si rinvia a CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, II ed., Torino, 2011, 106-110, nonché a RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., 879-881.

⁽⁴⁾ In forza del quale, «in caso di pluralità di giudicati *in idem*, andrebbe eseguita la sentenza divenuta irrevocabile per prima, con sterilizzazione degli effetti delle decisioni erroneamente pronunciate in violazione del divieto del secondo giudizio»: così DEAN, *L'esecuzione penale*, cit., 879.

⁽⁵⁾ Come noto, con tale espressione si suole far riferimento all'istituto del ricorso straordinario per cassazione *ex art. 625 bis c.p.p.*, nonché a taluni rimedi processuali attivabili in fase esecutiva, quali quelli previsti dagli artt. 669 (“Pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona”), 671 (“Applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato”) e 673 (“Revoca della sentenza per abolizione del reato”) c.p.p., oltre che all'ipotesi dell'estensione, in sede esecutiva, al soggetto non impugnante della statuizione più favorevole conseguita dal coimputato all'esito dell'impugnazione, qualora non vi abbia provveduto, *ex artt. 587 e 601 c.p.p.*, il giudice della cognizione. Per maggiori approfondimenti al riguardo, si rinvia a NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, *passim*, nonché a DEAN, *La revisione*, Padova, 1999, 11; Id., *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 45; Id., *Esecuzione penale*, cit., 260.

⁽⁶⁾ In argomento, v., da ultimo, DALIA, *Art. 669 c.p.p.*, in SPANGHER (diretto da), *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni e rimedi*, Milano, 2013, 3583 e ss.; nonché CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, V ed., Milano, 2002, 278-281; CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in CONSO-GREVI-BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura*

conflitto pratico di giudicati⁽⁷⁾, ossia a dire l'inconciliabilità tra i comandi contenuti in plurimi provvedimenti definitivi pronunciati nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto⁽⁸⁾, demandando al giudice dell'esecuzione, individuato a norma dell'art. 665, comma 4, c.p.p.⁽⁹⁾, il compito di «riscontrare», con le forme del contraddittorio camerale ex art. 666 c.p.p., «tale fenomeno e [di] rimediarsi attraverso la revoca di tutte, tranne una, le decisioni *in idem*»⁽¹⁰⁾.

Avolerne tratteggiare la fisionomia, può così sinteticamente descriversi. Destinato ad operare in via sussidiaria rispetto alla regola di cui all'art. 649 c.p.p. tutte le volte in cui non si sia correttamente esplicitata la preclusione ivi prevista⁽¹¹⁾, lo strumento di cui all'art. 669 c.p.p. si configura – come confermano, peraltro, i lavori preparatori del codice di rito⁽¹²⁾ – quale «estrinsecazione di un principio generale normativo [...] costituito dal *favor rei*»⁽¹³⁾, con il quale il giudice dell'esecuzione, a fronte di un *pluries in idem*, interviene al fine di determinare il provvedimento, in senso lato, «più favorevole» da eseguirsi per l'interessato, con revoca di tutti gli altri⁽¹⁴⁾.

3. Tanto premesso, non può non segnalarsi, a necessario completamento della disciplina codicistica posta dall'art. 669 c.p.p., la linea interpretativa – ormai pienamente consolidatasi in seno alla giurisprudenza di legittimità – volta ad ampliarne le potenzialità operative.

Seppur diretto a risolvere il contrasto tra plurime sentenze irrevocabili pronunciate a seguito di giudizio di cognizione per il medesimo fatto contro

penale, VI ed., Padova, 2012, 1068-1070; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 52-55; ID., *Esecuzione penale*, cit., 261-262; ID., *L'esecuzione penale*, cit., 879-880; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Torino, 802 e ss.; LUCIANO, *Art. 669 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 7862 e ss.

⁽⁷⁾ A proposito della nota distinzione tra “conflitto teorico” e “conflitto pratico” di giudicati, v., per tutti, IACOBBI, *La nuova dimensione del giudicato penale ed i poteri del giudice di “modificare” le statuizioni della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2007, 2677 e LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 770.

⁽⁸⁾ Così, in dottrina, DEAN, *L'esecuzione penale*, cit., 879, nonché RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., 879.

⁽⁹⁾ Secondo il quale, qualora l'esecuzione concerna più provvedimenti emessi da giudici diversi, «è competente il giudice che ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo».

⁽¹⁰⁾ Così, testualmente, RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., 879.

⁽¹¹⁾ In questi termini, DEAN, *L'esecuzione penale*, cit., 879. Quanto all'efficacia preclusiva del divieto di cui all'art. 649 c.p.p., RUGGERI, *Giudicato penale*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2010, 436-437, nonché, *amplius*, RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., 857 e ss.

⁽¹²⁾ Cfr. la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Supplemento ordinario n. 2 alla G.U. del 24 ottobre 1988, Serie generale n. 250*, 147.

⁽¹³⁾ Così, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 803.

⁽¹⁴⁾ DEAN, *L'esecuzione penale*, cit., 879.

la stessa persona, il disposto di cui all'art. 669 c.p.p. è ormai elevato al rango di norma di carattere generale e, come tale, idoneo ad operare ogniqualvolta si ravvisi una "duplicazione di giudicati"⁽¹⁵⁾ aventi ad oggetto provvedimenti, tra loro inconciliabili, emessi *de eadem re et persona*⁽¹⁶⁾.

Come è stato autorevolmente evidenziato, è la stessa «*ratio* sottesa al precetto dell'art. 669 c.p.p.» ad imporne «un'interpretazione estensiva attenta ad evitarne un'applicazione troppo legata al dato letterale», così che può fondatamente sostenersi che sia proprio «il criterio del *favor rei* [ad esigere] che della regola di specie si tenga conto non solo quando per *idem factum* si siano pronunciate più sentenze o decreti di condanna, ma anche ove, ad esempio, si siano adottate misure cautelari così come sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti o applicate misure di prevenzione»⁽¹⁷⁾.

Nel riconoscere, espressamente, in tali casi, l'operatività del meccanismo di cui all'art. 669 c.p.p., la Suprema Corte ha più volte ribadito che «il principio di prevalenza del provvedimento più favorevole [sia] estensibile *in bonam partem* anche ad altre e diverse procedure per le quali non sia espressamente previsto»⁽¹⁸⁾.

In tale ottica, si è, dunque, ritenuto che il principio dell'esecutività della decisione più favorevole, come soluzione del conflitto cosiddetto "pratico" di giudicati, sia applicabile, in via analogica, nel caso di concorrenti provvedimenti del Tribunale di Sorveglianza, dal contenuto contrastante sul

⁽¹⁵⁾ Per tale espressione, SAMMARCO, *Le altre competenze funzionali del giudice dell'esecuzione*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VI (*Esecuzione e rapporti giurisdizionali con autorità straniere* a cura di Kalb), Torino, 2009, 221.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cass., sez. I, 30 novembre 2010, A., in *Mass. Uff.*, 248992 (ove si legge: «il principio dell'esecutività della decisione più favorevole, pur essendo estensibile anche alle ordinanze in materia esecutiva, presuppone in ogni caso l'identità della complessiva materia oggetto di decisione»); Id., sez. I, 20 novembre 2008, L.M., *ivi*, 242750 (secondo cui «il principio del "*ne bis in idem*" è applicabile in via analogica con riferimento alle ordinanze del giudice dell'esecuzione nei casi in cui esso costituisca l'unico strumento possibile per eliminare uno dei due provvedimenti emessi per lo stesso fatto contro la stessa persona»); Id., sez. I, 26 giugno 2008, G.F., *ivi*, 240482 (nella quale si afferma, testualmente, che «l'art. 669 c.p.p., che detta regole in caso di pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona, ha carattere generale e opera anche per i provvedimenti emessi dal giudice dell'esecuzione nei confronti del medesimo condannato e inconciliabili tra loro»).

⁽¹⁷⁾ In questi termini, GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, Agg. IV., Milano, 2000, 562, nota 90. Analogamente, CONFALONIERI, "*Naturalità*" e "*competenza*" del giudice dell'esecuzione penale, in *Giur. cost.*, 1993, 2067, secondo la quale la norma va considerata «una specie di *passé-partout* atto a risolvere, con il *favor rei*, tutti i conflitti pratici per i quali non è prevista una specifica disciplina», nonché LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 803 e RANALDI, *Art. 669 c.p.p.*, in GAITO (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Torino, 2012, 3975-3976.

⁽¹⁸⁾ In questi termini, Cass., sez. I, 5 luglio 2005, Celli, in *Mass. Uff.*, 231932.

medesimo oggetto e nei confronti della stessa persona⁽¹⁹⁾, così pure in tutti i casi in cui il ricorso all'istituto di cui all'art. 669 c.p.p. si appalesi come l'unico strumento possibile per eliminare una delle ordinanze emesse dal giudice dell'esecuzione per lo stesso fatto contro la stessa persona⁽²⁰⁾.

Nel solco di tale nuova tendenza interpretativa si iscrive a pieno titolo anche l'ordinanza che qui si annota.

Dopo aver accertato di trovarsi innanzi ad una «ipotesi di pluralità di ordinanze relative al medesimo oggetto, emesse nei confronti della medesima persona, con cui si dispone in modo diametralmente opposto in ordine ad una somma posta in sequestro», il Giudice dell'esecuzione, nell'aderire al sopra ricordato indirizzo giurisprudenziale, ritiene estensibile la disciplina dettata dall'art. 669 c.p.p. anche al caso di specie, disponendo, per l'effetto, l'esecuzione della più favorevole ordinanza adottata il 30.11.2012 con cui era stata disposta la restituzione della somma di danaro in sequestro con revoca dell'opposta ordinanza resa dalla Corte d'Appello il 22.4.2011.

ERICA FARINELLI

⁽¹⁹⁾ Cass., sez. I, 30 novembre 2010, cit.; Id., sez. I, 3 febbraio 2009, F.C., in *Mass. Uff.*, 243737, secondo la quale «la regola dell'esecutività della sentenza più favorevole, come soluzione del conflitto cosiddetto "pratico" di giudicati, è applicabile anche al caso della concorrenza di provvedimenti del Tribunale di Sorveglianza, dal contenuto contrastante sul medesimo oggetto e nei confronti della stessa persona».

⁽²⁰⁾ Cass., sez. I, 20 novembre 2008, cit.

DIRITTO PUBBLICO

I- T.A.R. UMBRIA – 16 gennaio 2013 – n. 11. *Pres. Est.* LAMBERTI – P.C. (Avv.ti Vici e Frenguelli) c. il Ministero per i beni e le attività culturali, Soprintendenza beni architettonici e paesaggistici e del patrimonio storico, artistico ed etnografico dell’Umbria (Avvocatura dello Stato) e il Comune di Perugia.

II-T.A.R. UMBRIA – 16 gennaio 2013 – n. 12. *Pres. Est.* LAMBERTI – N. E. s.r.l. (Avv.ti Morcella e Pellegrini) c. il Ministero per i beni e le attività culturali (Avvocatura dello Stato) e il Comune di Orvieto.

Beni culturali, paesaggistici e ambientali – Autorizzazione Paesaggistica ex art. 146 del d. lgs. 42/2004 – Parere della Soprintendenza – Compatibilità paesaggistica – Natura obbligatoria e vincolante – Autonomia impugnabilità (art. 146 del d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42).

Beni culturali, paesaggistici e ambientali - Autorizzazione Paesaggistica ex art. 146 del d. lgs. 42/2004 – Parere della Soprintendenza – Compatibilità paesaggistica – Accertamento tecnico complesso fondato su regole proprie delle discipline estetico/ambientali – Giudizio di valore – Irrilevanza di precedenti interventi edilizi – Estraneità della valutazione di interessi non rientranti nella competenza della Soprintendenza (art. 146 del d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42).

Beni culturali, paesaggistici e ambientali - Autorizzazione Paesaggistica ex art. 146 del d. lgs. 42/2004 – Parere della Soprintendenza – Compatibilità paesaggistica – Motivazione *per relationem* al provvedimento apposito del vincolo (art. 146 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42).

Il parere della Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici previsto dall’art. 146 del d. lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali) ha natura obbligatoria e vincolante e, quindi, assume una connotazione non solamente consultiva, ma tale da possedere un’autonoma capacità lesiva della sfera giuridica del destinatario: il parere, pertanto, è autonomamente ed immediatamente lesivo e di conseguenza ex se impugnabile in sede giurisdizionale (1).

L'art. 146 del d. lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali) attribuisce alla Soprintendenza un potere attivo di cogestione del vincolo paesaggistico insieme con l'Ente locale, che viene esercitato attraverso un accertamento tecnico complesso della compatibilità dell'intervento edilizio con il particolare valore ambientale e paesaggistico della zona sottoposta a vincolo, il quale si fonda sulle regole non giuridiche proprie delle discipline estetico – ambientali. Per tale motivo, la valutazione della compatibilità paesaggistica che compete alla Soprintendenza integra un vero e proprio giudizio di valore, che, come tale, deve prescindere sia dall'apprezzamento di interessi pubblici eventualmente connessi ma non rientranti nella competenza della Soprintendenza, sia dalla valutazione degli altri interventi in precedenza realizzati nella suddetta zona (2).

È legittima la motivazione del parere negativo della Soprintendenza “per relationem” al provvedimento di apposizione del vincolo, dato che tale rinvio consente all'interessato di comprendere il valore ambientale e paesaggistico dell'area in oggetto che prevale sull'interesse privatistico all'intervento edilizio (3).

I. (Omissis) Il ricorrente, ing. P. C. espone di avere ereditato i terreni in Perugia, località Colonna, Strada Marscianese, catastalmente identificati al fg. 308, particelle 1119 e 1277, già oggetto di una istanza di rilascio di permesso di costruire un edificio di civile abitazione presentata dal padre sig. R. C. il 7 luglio 2007 e acquisita al n. 2942 di prot. del comune di Perugia in data 30 luglio 2007.

Nella qualità di progettista dell'intervento proposto, l'ing. C. ha presentato istanza di variante all'originario progetto con la modificazione del solo locale sottotetto: l'istanza è stata acquisita dal Comune di Perugia al prot. n. 4408 in data 4 dicembre 2008. Contestualmente il ricorrente ha richiesto l'autorizzazione ambientale: la richiesta è stata protocollata al n. 4409 in data 4 dicembre 2009.

Sulla richiesta, la commissione comunale per la qualità architettonica e il paesaggio ha espresso parere favorevole giusta comunicazione dell'ente prot. 2009.0239213 del 29 dicembre 2009, con la quale sono stati richiesti gli oneri dovuti e la relazione paesaggistica semplificata. Gli oneri sono stati regolarmente versati e la documentazione è stata consegnata al comune unitamente alle fotografie dello stato attuale, il rilievo delle alberature esistenti e la relazione tecnica illustrativa.

Con avviso *ex art. 10 bis*, l. n. 241/1990, n. 2010/0200847 del 26 ottobre 2007 il comune ha reso nota l'avvenuta adozione del parere negativo prot. n. 140673 del 26.07.2010 da parte della Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici dell'Umbria, avverso il quale sono prodotte tre distinte censure di violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990, dell'art. 146,

d.lgs. n. 42/2004 e del D.M. n. 72 del 27.06.1969: (I) l'interesse del proprietario all'edificazione può essere sacrificato solo in presenza di motivazioni specifiche e approfondite; (II) il parere non dà conto dell'effettiva valutazione dell'intervento da parte della competente amministrazione; (III) la motivazione è confusa e non consente di capire la ragione per cui l'intervento è stato ritenuto incompatibile con il vincolo di zona.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero per i beni e le attività culturali e la Soprintendenza per Beni Architettonici e Paesaggistici dell'Umbria chiedendo il rigetto del ricorso. Le parti hanno presentato memoria. (*Omissis*)

1 - Preliminarmente il Collegio osserva di essersi ripetutamente pronunciato sull'ammissibilità del ricorso, benché diretto nei confronti del parere che la Soprintendenza rende ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004: nella giurisprudenza del Tribunale il parere è stato assimilato a un'autorizzazione o a un nulla osta con funzione di strumento dato all'autorità preposta alla tutela delle bellezze naturali per salvaguardare gli interessi da essa rappresentati (TAR Umbria Perugia, 6 marzo 1998, n. 182). Deve perciò ritenersi autonomamente impugnabile per l'effetto preclusivo all'ulteriore prosieguo procedimentale che esso produce (arg. TAR Umbria Perugia, 31 marzo 2011 n. 97). Nella giurisprudenza amministrativa, il parere della Soprintendenza previsto dall'art. 146, D. Lgs. n. 42/2004, ha natura obbligatoria e vincolante e, quindi, assume una connotazione non solamente consultiva, ma tale da possedere un'autonoma capacità lesiva della sfera giuridica del destinatario: il parere, pertanto, è autonomamente ed immediatamente lesivo e di conseguenza *ex se* impugnabile in sede giurisdizionale (TAR Campania Salerno, sez. II, 7 dicembre 2011, n. 1955).

Nel parere, il contrario avviso alla compatibilità paesaggistica della variante al manufatto, si basa su una complessa serie di considerazioni relative all'intervento che si configura come modificazione: alla morfologia originaria del contesto paesaggistico; dello skyline naturale e antropico; dell'assetto percettivo scenico e panoramico. L'opera introduce poi una alterazione del paesaggio e si configura come: intrusione nel contesto paesaggistico di elementi estranei ed incongrui ai suoi caratteri peculiari compositivi della zona e rappresenta una deconnotazione degli elementi caratteristici che costituiscono il locale sistema paesaggistico.

L'eccesso di potere e la violazione di legge dedotti al punto sub III del ricorso in esame sono totalmente infondati e devono essere disattesi.

È infatti del tutto coerente con l'esistenza del vincolo di cui al D.M. 27 giugno 1969, n. 27 il giudizio di mancanza del progetto nel suo complesso della necessaria compatibilità paesaggistica e di assenza di finalizzazione al miglioramento della qualità complessiva dei luoghi, in relazione al

suo sovradimensionamento rispetto agli edifici già esistenti, di ridotta volumetria ed altezza realizzati con laterizi o prospetti intonacati, con coperture a capanna o padiglione e manto in laterizio.

Tale quadro motivazionale risulta coerente con l'ambito del parere della Soprintendenza, che è chiamata a verificare la compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso esercitando un potere attivo di cogestione del vincolo paesaggistico con l'ente locale (TAR Umbria Perugia, 1 marzo 2012, n. 67).

In aggiunta al motivo in esame è perciò da ritenere infondato anche il primo aspetto del motivo di illegittima compressione del diritto di proprietà: il sacrificio dell'interesse individuale all'uso del territorio tramite modificazioni edilizie deve infatti essere sempre temperato con quello generale alla conservazione e alla fruizione del paesaggio.

Le valutazioni poste a base del provvedimento impugnato consentono di superare le censure di apoditticità del parere oggetto del terzo aspetto: l'interesse alla conservazione del territorio sorregge l'apprezzamento di circostanze da connotare, in base ad apprezzamenti tecnici complessi, alla stregua di regole non giuridiche e proprie delle discipline estetico-ambientali, suscettibili di diversi esiti applicativi, siccome riferite ai concetti di "alterazione", "pregiudizio", "compatibilità", "coerenza", rapportate ai "valori paesaggistici" ed agli "obiettivi di qualità paesaggistica", in base alla lettera dell'art. 146, d. lgs. n. 42/2004 - finendo con il tramutarsi in un vero e proprio giudizio di valore sugli stessi, comportante una sostanziale revisione delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dagli enti territoriali (Cons. Stato, sez. VI, 5 novembre 2007, n. 5719).

I rilievi dell'avvocatura riportati nella memoria del 31 agosto 2012 circa il carattere dell'area, da identificare come interamente a verde ad andamento scosceso fra due viabilità e in merito alla struttura dell'edificio che ha la forma di un parallelepipedo di cinque piani fuori terra e uno interrato del tutto contrastante con il tessuto storicizzato, valgono infine a superare l'ultimo profilo di inadeguatezza del parere rispetto al D.M. 27 giugno 1969, n. 27 che ha ritenuto la zona di notevole interesse pubblico perché, per l'aspetto assai vario del terreno ricco di verde, e, in special modo di vigneti e di uliveti, costituisce un quadro naturale di non comune bellezza panoramica avente anche valore estetico e tradizionale, godibile da numerosi punti di vista e di belvedere accessibile al pubblico, fra i quali anche la strada statale n. 75 e la strada statale n. 3bis nei pressi di Perugia.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono peraltro giusti motivi per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio. (*Omissis*).

II. (*Omissis*) Il sig. S. S., legale rappresentante della s.r.l. N. E., espone di avere presentato al comune di Orvieto, unitamente al progettista, arch. F. P., domanda di autorizzazione paesaggistica ambientale per l'installazione di pannelli fotovoltaici per la produzione di energia elettrica della potenza di 35 Kwp, sulla porzione della copertura di un fabbricato situato in via Tirso n. 8 in Orvieto. La Commissione per la qualità architettonica ed il paesaggio esprimeva parere favorevole sul progetto il 17 maggio 2011 e il comune di Orvieto inviava copia del parere alla Soprintendenza per i Beni Architettonici e paesaggistici dell'Umbria con nota n. 0018040 del 27 maggio 2011. Quest'ultima chiedeva al comune di Orvieto documentazione integrativa in data 21 giugno 2011: la richiesta è stata ottemperata dall'arch. P. il 27 giugno 2011 e la relativa documentazione è stata inviata dal Comune alla soprintendenza. Con nota n. 14692724372-5 ricevuta in data 30 agosto 2011 è stato preannunciato parere negativo che è stato definitivamente reso con il provvedimento impugnato n. 23384 del 21 settembre 2011, trasmesso dal comune con nota n. 7/0360 del 3 ottobre 2011.

Nel parere, emanato sull'assunto che dalla documentazione prodotta non sarebbero risultati inseriti elementi tali da rendere l'intervento paesaggisticamente compatibile, si evidenzia che l'intervento: è in contrasto con le motivazioni del D.M. 5/6/1992 che ha dichiarato l'area di notevole interesse pubblico; determina una modificazione dell'assetto percettivo, scenico e panoramico; rappresenta un elemento di alterazione del paesaggio, configurando una intrusione di elementi estranei e incongrui ai suoi caratteri peculiari.

Nel ricorso sono prodotti due motivi che rappresentano sviluppo di un'unica censura articolata. In giudizio si è costituita l'avvocatura dello Stato per le amministrazioni intimata con documenti e memoria. Anche parte ricorrente ha prodotto memoria.

Le censure sono prive di fondamento.

Con particolare riferimento alla città di Orvieto, con decreto in data 5 giugno 1992 (allegato al deposito 31.08.2012 dell'avvocatura) il ministro per i beni culturale e ambientali ha posto in evidenza la necessità di salvaguardare il patrimonio ambientale e paesaggistico esistente dai massicci interventi edificatori in atto e previsti: ha riconosciuto che le aree ivi perimetrate conservano ancora un aspetto naturalistico dove l'opera dell'uomo si integra con la natura caratterizzando il paesaggio nelle forme e nei colori ... sono presenti zone dove ... l'inserimento di casolari sparsi, tipicamente rurali, caratterizzati dall'utilizzo di materiali locali quali il tufo la pietra, il cotto delle fornaci è viva testimonianza d'un'architettura umbra di fine ottocento che risente di influssi senesi e romani.

Le valutazioni poste a base del decreto ministeriale, cui il provvedimento impugnato rinvia per larga parte, consentono di superare le censure di apoditticità del parere: la preesistente dichiarazione di notevole interesse del territorio vale a sorreggere l'apprezzamento di circostanza solo apparentemente ancorate a concetti indeterminati e da connotare, invece, in base ad apprezzamenti tecnici complessi, alla stregua di regole non giuridiche e proprie delle discipline estetico - ambientali, suscettibili di diversi esiti applicativi, siccome riferite ai concetti di "alterazione", "pregiudizio", "compatibilità", "coerenza", rapportate ai "valori paesaggistici" ed agli "obiettivi di qualità paesaggistica", in base alla lettera dell'art. 146 del d. lgs. n. 42/2004 - finendo con il tramutarsi in un vero e proprio giudizio di valore sugli stessi, comportante una sostanziale revisione delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dagli enti territoriali (Cons. Stato, sez. VI, 5 novembre 2007, n. 5719).

Va sotto questo profilo disattesa anche l'altra censura, portante dell'intero ricorso, sulla necessità di meglio ponderare, anche in via istruttoria, l'inserimento dei pannelli fotovoltaici sulla copertura di un capannone situato in zona D1B del piano regolatore generale di Orvieto e pertanto in una zona artigianale, industriale, commerciale destinata ad insediamenti produttivi di nuovo impianto: nella zona l'istallazione di un pannello fotovoltaico non può essere considerata elemento di alterazione in quanto relativa ad un capannone industriale inserito in un'area destinata ad insediamenti produttivi.

Ed invero l'elemento ostativo all'infrastruttura è ravvisato nel particolare valore ambientale e paesistico della zona, sottoposta a considerevoli interventi edilizi che hanno determinato una modificazione dell'assetto percettivo scenico o panoramico, con effetto di dequalificazione del contesto paesaggistico. Tale è l'ambito proprio del parere della Soprintendenza, che è chiamata a verificare la compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso esercitando un potere attivo di cogestione del vincolo paesaggistico con l'ente locale (TAR Umbria Perugia, 1 marzo 2012, n. 67). Tanto basta a respingere l'ultima parte della censura in esame e quella successiva nelle quali si deduce l'ingiusto sacrificio dell'interesse generale alla produzione di energia alternativa (sotto l'aspetto della prevalenza dell'interesse paesaggistico su quello alla realizzazione di infrastrutture di comunicazione elettronica) e la disparità di trattamento rispetto agli impianti già autorizzati in zona (*Omissis*).

(1-2) Brevi note in tema di autorizzazione paesaggistica, con particolare riferimento al parere della Soprintendenza.

SOMMARIO: 1. *Il procedimento di autorizzazione paesaggistica.* – 2. *Il parere della Soprintendenza* – 3. *Conclusioni.*

1. Le sentenze in commento - entrambe aventi ad oggetto il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica delineato dall'art. 146 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio (il "d. lgs. 42/2004" o "Codice Urbani") – sono degne di particolare nota in quanto delineano, con grande chiarezza argomentativa, i confini con cui, in relazione alla tutela del paesaggio, la competenza statale (rappresentata dal parere della Soprintendenza) si "inserisce" all'interno di un procedimento, quale quello delineato dall'art. 146, di competenza regionale, in un "vero e proprio giudizio di valore" volto alla concreta tutela del "singolo bene paesaggio" del caso di specie.

Ed infatti, come è noto, l'autorizzazione paesaggistica è un titolo autorizzativo che attesta la compatibilità paesaggistica di un intervento edilizio da effettuarsi in un'area dichiarata di interesse paesaggistico e che, pertanto, rappresenta "atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico - edilizio" ⁽¹⁾, cioè un atto prodromico al rilascio del titolo edilizio legittimante tale intervento edilizio in area protetta ⁽²⁾.

Tale titolo autorizzativo, quando fu introdotto dall'art. 151 ⁽³⁾ del d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, veniva rilasciato direttamente dalla Regione (o dagli

⁽¹⁾ Cfr. art. 146, comma 4, del Codice Urbani.

⁽²⁾ Si veda in dottrina: PAGLIARI, *Permesso di costruire ed autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 223 ss.

⁽³⁾ L'art. 151 del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 disponeva quanto segue: "1. I proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di beni ambientali inclusi negli elenchi pubblicati a norma dell'articolo 140 o dell'articolo 144 o nelle categorie elencate all'articolo 146 non possono distruggerli né introdurvi modificazioni, che rechino pregiudizio a quel loro esteriore aspetto che è oggetto di protezione. 2. I proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo dei beni indicati al comma 1, hanno l'obbligo di sottoporre alla Regione i progetti delle opere di qualunque genere che intendano eseguire, al fine di ottenerne la preventiva autorizzazione. 3. L'autorizzazione è rilasciata o negata entro il termine perentorio di sessanta giorni. 4. Le regioni danno immediata comunicazione delle autorizzazioni rilasciate alla competente soprintendenza, trasmettendo contestualmente la relativa documentazione. Il Ministero può in ogni caso annullare, con provvedimento motivato, l'autorizzazione regionale entro i sessanta giorni successivi alla ricezione della relativa comunicazione. 5. Decorso inutilmente il termine indicato al comma 3, nei successivi trenta giorni è data facoltà agli interessati di richiedere l'autorizzazione al Ministero che si pronuncia entro il termine di sessanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta. L'istanza, corredata da triplice copia del progetto di realizzazione dei lavori e da tutta la relativa documentazione, è presentata alla competente soprintendenza e ne è data comunicazione alla Regione".

altri enti locali delegati a tal fine dalla Regione), con un mero controllo *ex post* da parte della Soprintendenza.

Ciò in conformità ad una concezione “morfologica” del paesaggio come territorio naturalistico⁽⁴⁾ soggetto alla potestà degli organi di governo del territorio (cioè alla potestà della Regione e degli altri enti locali).

Tale concezione di “paesaggio” è poi pian piano sostituita da una visione di paesaggio come “*territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni*”⁽⁵⁾, ossia come “valore culturale”, intrecciato inestricabilmente con altri interessi⁽⁶⁾, e, quindi, come tale, rientrando anche nella competenza della Stato.

Ciò in conseguenza ad una revisione costituzionale - quale quella del Titolo V della Costituzione⁽⁷⁾ - tramite la quale il legislatore ha riscritto⁽⁸⁾ l'art. 117⁽⁹⁾ della Cost., inserendo la “*tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni*

⁽⁴⁾ In tema di tutela del paesaggio, si veda: AINIS, FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2008; SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011; BARTOLINI, sub art. 140, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di CAMMELLI, Bologna, 2004; BETZU; CAVALLO, *Profili amministrativi della tutela dell'ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio* in *Riv. dir. pubbl.*, 1990; MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002; MARZARO, *La «cura» ovvero l'«amministrazione del paesaggio»: livelli, poteri e rapporti tra enti nella riforma del 2008 del codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri?)*, in *riv. giur. urb.*, 2008; MAZZARELLI, *La disciplina del paesaggio dopo il d.lgs. n. 63/2008, in Le nuove modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio (commento al d.lgs. 26.3.2008 n. 62 e al d.lgs. 26.3.2008 n. 63)*, in *gior. dir. amm.*, 2008; ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008; URBANI, *Per una critica costruttiva dell'attuale disciplina del paesaggio*, in *dir. ed econ.*, 2010.

⁽⁵⁾ Cfr. Art. 131 del Codice Urbani, rubricato “*Paesaggio*”, nel quale si afferma quanto segue: “*Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni. 2. Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali. 3. Salva la potestà esclusiva dello Stato di tutela del paesaggio quale limite all'esercizio delle attribuzioni delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano sul territorio, le norme del presente Codice definiscono i principi e la disciplina di tutela dei beni paesaggistici. 4. La tutela del paesaggio, ai fini del presente Codice, è volta a riconoscere, salvaguardare e, ove necessario, recuperare i valori culturali che esso esprime*” (Omissis).

⁽⁶⁾ Sul punto si veda, Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 151; Corte Cost., 18 ottobre 1996, n. 341; Corte Cost. 8 maggio 1998, n. 157 e Corte Cost. 25 ottobre 2000, n. 437.

⁽⁷⁾ Il Titolo V della Costituzione (titolo ove è inserito l'art. 117), è stato modificato con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, rubricata “*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 ottobre 2001.

⁽⁸⁾ Cfr. Corte Cost., 26 luglio 2002, n. 407 e Corte Cost. 22 luglio 2004, n. 259.

⁽⁹⁾ L'art. 117 della Costituzione attualmente in vigore, con riferimento al paesaggio, statuisce quanto segue: “*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle*

culturali” tra le materia di esclusiva competenza statale (art. 117, comma, 2, lett. s) e la “*valorizzazione dei beni culturali e ambientali*” tra le materie di competenza concorrente tra Stato e Regioni (art.117, comma 3).

Tale modifica costituzionale ha infatti posto in luce che, come correttamente evidenziato dal Tribunale Umbro in una precedente pronuncia, “*la tutela del paesaggio è inevitabilmente collegata con i profili attinenti al “governo del territorio” ed alla necessità di una sua “valorizzazione”, materie, queste, entrambe rientranti nella legislazione concorrente, secondo quanto sancito dall’art. 117, comma 3, della Costituzione; il che implica la necessità del coinvolgimento di più livelli di governo*”⁽¹⁰⁾.

E, proprio al fine di coinvolgere più livelli di governo⁽¹¹⁾, il Codice Urbani ha “*completamente ridisegnato*”⁽¹²⁾ il procedimento per il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica previsto dall’art 151 del d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, tramite l’introduzione di una vera e propria “*gestione*”⁽¹³⁾ del vincolo

Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:(Omissis) s) tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali. 2. Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: (Omissis) valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; 3. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato. Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”.

⁽¹⁰⁾ Cfr. TAR Umbria, 31 marzo 2011 n. 97.

⁽¹¹⁾ Si veda in dottrina: MILANI, *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio. Il paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 486 s.

⁽¹²⁾ Cfr. sul punto, TAR Umbria, 1 marzo 2012, n. 67, nella quale i Giudici Umbri hanno affermato quanto segue: “*L’art. 146 del d. lgs. n. 42/04, nel ridisegnare il procedimento per il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, prevede l’intervento dell’amministrazione statale in sede procedimentale, che assume la forma di un parere obbligatorio (ed, al momento, anche vincolante) sulle valutazioni comunali, espressione di un potere decisorio complesso, facente capo a due apparati diversi, che sono inevitabilmente esponenziali di prospettive, se non anche di interessi non sovrapponibili; nel delineato sistema, diversamente dal regime transitorio di cui all’art. 159 del codice dei beni culturali, la Soprintendenza non è limitata all’esercizio di un controllo di legittimità su di un precedente atto, ma interviene nell’esercizio di un potere attivo di gestione del vincolo paesaggistico; ciò esclude anche che l’organo dell’amministrazione statale sia tenuto, nel momento in cui esprime il proprio parere negativo ad un progetto, a delineare, astrattamente, i limiti di compatibilità paesaggistica dell’intervento”.*

⁽¹³⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 febbraio 2013 n. 1129, nella quale il Supremo Consesso ha espressamente riconosciuto che “*l’art. 146 del d. lgs. 42/2004 attribuisce al Ministero dei Beni e delle Attività Culturali, per il tramite delle locali Soprintendenze, un ruolo di gestione attiva del vincolo paesaggistico, con la titolarità di penetranti poteri valutativi di merito*”.

Nello stesso senso si veda anche: TAR Puglia Lecce, sez. I, 25 gennaio 2013, n. 172 e n. 170; TAR Puglia Lecce, sez. I, 23 maggio 2012 n. 918; TAR Campania Napoli, sez. VI, sez. VII, 1 settembre 2011 n. 4275; Cons. Stato, sez. IV, 25 febbraio

paesaggistico tra Regione e Soprintendenza, cioè di una compartecipazione di poteri nella valutazione della compatibilità paesaggistica dell'intervento edilizio oggetto di autorizzazione⁽¹⁴⁾.

Tale introduzione si è però attuata in maniera graduale.

Ed infatti, in un primo momento, il Codice Urbani ha posto un regime "transitorio"⁽¹⁵⁾ del procedimento di autorizzazione paesaggistica, delineato nell'art. 159⁽¹⁶⁾ ed applicato a tutti i procedimenti fino al 31 gennaio

2008 n. 653; TAR Campania Napoli, Sez. IV, 6 agosto 2008 n. 9836; TAR Campania Napoli, sez. II, 30 maggio 2006 n. 6410 e TAR Campania Napoli, sez. VI, 13 aprile 2005, n. 4720.

⁽¹⁴⁾ Per mera completezza, occorre anche rilevare che l'art 146 del d. lgs. n. 42/2004, si discosta dalla disciplina precedente anche sotto il profilo dell'oggetto di protezione della norma. Ed infatti, la nuova normativa supera il riferimento ai "beni ambientali inclusi negli elenchi di cui all'art 151 del T.U. n. 490/1999" a favore della indicazione delle tre diverse tipologie di atti impositivi del vincolo paesaggistico: a) il provvedimento amministrativo, nella forma del decreto ministeriale ed in seguito alla delega delle funzioni amministrative in materia di tutela del paesaggio alle regioni; b) la legge, per le aree ed immobili tipizzati dall'art 142 d. lgs n. 42/2004; c) il Piano paesaggistico Regionale (P.P.R), per le ulteriori aree ed immobili individuati dal piano paesaggistico ai sensi dell'art 143, 1 comma, lett. d, del Codice Urbani.

⁽¹⁵⁾ Cfr. in dottrina: CASU, *L'autorizzazione paesaggistica tra disciplina a regime e disciplina transitoria (verso un equilibrio nel riparto di competenze)*., in *giust. amm.*, 2009, 164 s.

⁽¹⁶⁾ L'art. 159 del Codice Urbani, rubricato "Regime transitorio in materia di autorizzazione paesaggistica" precisa quanto segue: "1. Fino al 31 dicembre 2009 il procedimento rivolto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è disciplinato secondo il regime transitorio di cui al presente articolo. La disciplina dettata al capo IV si applica anche ai procedimenti di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica che alla data del 31 dicembre 2009 non si siano ancora conclusi con l'emanazione della relativa autorizzazione o approvazione. Entro tale data le regioni provvedono a verificare la sussistenza, nei soggetti delegati all'esercizio della funzione autorizzatoria in materia di paesaggio, dei requisiti di organizzazione e di competenza tecnico-scientifica stabiliti dall' articolo 146, comma 6, apportando le eventuali necessarie modificazioni all'assetto della funzione delegata. Il mancato adempimento, da parte delle regioni, di quanto prescritto al precedente periodo determina la decadenza delle deleghe in essere alla data del 31 dicembre 2009. 2. L'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione dà immediata comunicazione alla soprintendenza delle autorizzazioni rilasciate, trasmettendo la documentazione prodotta dall'interessato nonché le risultanze degli accertamenti eventualmente esperiti. La comunicazione è inviata contestualmente agli interessati, per i quali costituisce avviso di inizio di procedimento, ai sensi e per gli effetti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Nella comunicazione alla soprintendenza l'Autorità competente al rilascio dell'autorizzazione attesta di avere eseguito il contestuale invio agli interessati. L'autorizzazione è rilasciata o negata entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla relativa richiesta e costituisce comunque atto autonomo e presupposto della concessione edilizia o degli altri titoli legittimanti l'intervento edilizio. I lavori non possono essere iniziati in difetto di essa. In caso di richiesta di integrazione documentale o di accertamenti il termine è sospeso per una sola volta fino alla data di ricezione della

2009, nel quale ha introdotto la compartecipazione dei poteri tra Stato e Regione in maniera mediata, cioè tramite un procedimento bifasico, nel quale l'autorizzazione⁽¹⁷⁾ era rilasciata direttamente dalla Regione e l'intervento della Soprintendenza era relegato ad controllo solo di legittimità dell'atto, con eventuale annullamento dello stesso⁽¹⁸⁾.

Successivamente, tale "compartecipazione" è stata rafforzata tramite la previsione all'art. 146⁽¹⁹⁾ di un regime "ordinario" del procedimento di

documentazione richiesta ovvero fino alla data di effettuazione degli accertamenti. 3. La soprintendenza, se ritiene l'autorizzazione non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio, dettate ai sensi del presente titolo, può annullarla, con provvedimento motivato, entro i sessanta giorni successivi alla ricezione della relativa, completa documentazione. Si applicano le disposizioni di cui all' articolo 6, comma 6 bis, del regolamento di cui al decreto del Ministro per i beni culturali e ambientali 13 giugno 1994, n. 495. 4. Decorso il termine di sessanta giorni dalla richiesta di autorizzazione è data facoltà agli interessati di richiedere l'autorizzazione stessa alla soprintendenza, che si pronuncia entro il termine di sessanta giorni dalla data di ricevimento. La richiesta, corredata dalla documentazione prescritta, è presentata alla soprintendenza e ne è data comunicazione alla amministrazione competente. In caso di richiesta di integrazione documentale o di accertamenti, il termine è sospeso per una sola volta fino alla data di ricezione della documentazione richiesta ovvero fino alla data di effettuazione degli accertamenti." (Omissis).

⁽¹⁷⁾ Nella procedura transitoria di autorizzazione paesaggistica, la formazione dell'autorizzazione paesaggistica avveniva a seguito dell'esclusiva valutazione e verifica della domanda e della relativa documentazione da parte della Regione. La valutazione della Soprintendenza era successiva e si basava su una verifica di mera legittimità a posteriori sia dell'autorizzazione, sia della relazione tecnico-illustrativa, sulla base della quale la stessa era stata rilasciata dall'amministrazione competente. La Soprintendenza emetteva (ma non necessariamente comunicava) un parere negativo nei casi in cui rilevava profili di illegittimità di tale procedimento. In conseguenza a tale parere negativo, la Soprintendenza procedeva poi all'annullamento di tale autorizzazione paesaggistica, comunicando con apposito avviso di avvio del procedimento, l'inizio di tale percorso di annullamento, il quale doveva concludersi entro il termine perentorio di 60 giorni dal momento della ricezione della documentazione da parte dell'ente ministeriale stesso.

⁽¹⁸⁾ Spesso la Soprintendenza annullava le autorizzazioni paesaggistiche dalla Regione per un presunto difetto di motivazione, sostituendo così di fatto la propria valutazione a quella compiuta dall'amministrazione comunale, senza tuttavia indicare sulla scorta di quali concreti elementi il giudizio valutativo dell'autorità comunale sarebbe stato carente sul piano della motivazione. A tal riguardo, si veda: Cons. Stato, sez. VI, 21 ottobre 2009, n. 6420; Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5772 e TAR Campania, Napoli, sez. VII, 13 ottobre 2009, n. 5407 e TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 8 maggio 2007, n. 1302.

⁽¹⁹⁾ L'art. 146 del Codice Urbani, rubricato "Autorizzazione" (nella formulazione in vigore dal 21 agosto 2013), precisa quanto segue: "1. I proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell'articolo 142, o in base alla legge, a termini degli articoli 136, 143, comma 1, lettera d), e 157, non possono distruggerli, né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione.

2. I soggetti di cui al comma 1 hanno l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, ed astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione.

3. La documentazione a corredo del progetto è preordinata alla verifica della compatibilità fra interesse paesaggistico tutelato ed intervento progettato. Essa è individuata, su proposta del Ministro, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con la Conferenza Stato - regioni, e può essere aggiornata o integrata con il medesimo procedimento.

4. L'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico - edilizio. Fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi. L'autorizzazione è efficace per un periodo di cinque anni, scaduto il quale l'esecuzione dei progettati lavori deve essere sottoposta a nuova autorizzazione. Qualora i lavori siano iniziati nel quinquennio, l'autorizzazione si considera efficace per tutta la durata degli stessi.

5. Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge, ai sensi del comma 1, salvo quanto disposto all'articolo 143, commi 4 e 5. Il parere del soprintendente, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141 bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero, su richiesta della regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante ed è reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione.

6. La regione esercita la funzione autorizzatoria in materia di paesaggio avvalendosi di propri uffici dotati di adeguate competenze tecnico-scientifiche e idonee risorse strumentali. Può tuttavia delegarne l'esercizio, per i rispettivi territori, a province, a forme associative e di cooperazione fra enti locali come definite dalle vigenti disposizioni sull'ordinamento degli enti locali, agli enti parco, ovvero a comuni, purché gli enti destinatari della delega dispongano di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico scientifiche nonché di garantire la differenziazione tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico edilizia.

7. L'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, ricevuta l'istanza dell'interessato, verifica se ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'articolo 149, comma 1, alla stregua dei criteri fissati ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141 bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d). Qualora detti presupposti non ricorrano, l'amministrazione verifica se l'istanza stessa sia corredata della documentazione di cui al comma 3, provvedendo, ove necessario, a richiedere le opportune integrazioni e a svolgere gli accertamenti del caso. Entro quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza, l'amministrazione effettua gli accertamenti circa la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici e trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché con una proposta di provvedimento, e dà comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento e dell'avvenuta tra-

autorizzazione paesaggistica, da applicarsi a tutti i procedimenti a partire dal 1° gennaio 2010⁽²⁰⁾ (e, quindi, anche le fattispecie risolte nelle sentenze in commento).

Ed infatti, secondo tale regime ordinario, la Regione provvede all'istruttoria della pratica di autorizzazione paesaggistica e formula una proposta di rilascio o diniego dell'autorizzazione. Tale proposta, insieme agli atti

smissione degli atti al soprintendente, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di procedimento amministrativo.

8. Il soprintendente rende il parere di cui al comma 5, limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti. Il soprintendente, in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'articolo 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità.

9. Decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente può indire una conferenza di servizi, alla quale il soprintendente partecipa o fa pervenire il parere scritto. La conferenza si pronuncia entro il termine perentorio di quindici giorni. In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione. Con regolamento da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro il 31 dicembre 2008, su proposta del Ministro d'intesa con la Conferenza unificata, salvo quanto previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabilite procedure semplificate per il rilascio dell'autorizzazione in relazione ad interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1 e 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.

10. Decorso inutilmente il termine indicato all'ultimo periodo del comma 8 senza che l'amministrazione si sia pronunciata, l'interessato può richiedere l'autorizzazione in via sostitutiva alla regione, che vi provvede, anche mediante un commissario ad acta, entro sessanta giorni dal ricevimento della richiesta. Qualora la regione non abbia delegato gli enti indicati al comma 6 al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, e sia essa stessa inadempiente, la richiesta del rilascio in via sostitutiva è presentata al soprintendente.

11. L'autorizzazione paesaggistica è trasmessa, senza indugio, alla soprintendenza che ha reso il parere nel corso del procedimento, nonché, unitamente allo stesso parere, alla regione ovvero agli altri enti pubblici territoriali interessati e, ove esistente, all'ente parco nel cui territorio si trova l'immobile o l'area sottoposti al vincolo.

12. L'autorizzazione paesaggistica è impugnabile, con ricorso al tribunale amministrativo regionale o con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, dalle associazioni portatrici di interessi diffusi individuate ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di ambiente e danno ambientale, e da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse. Le sentenze e le ordinanze del Tribunale amministrativo regionale possono essere appellate dai medesimi soggetti, anche se non abbiano proposto ricorso di primo grado" (Omissis).

⁽²⁰⁾ Cfr. sul punto BOLDON ZANETTI, *Autorizzazione paesaggistica e decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 63: fine del regime transitorio*, in *riv. giur. amb.*, 2008, 745 s.

istruttori, viene poi obbligatoriamente trasmessa alla Soprintendenza affinché quest'ultima, in via del tutto endoprocedimentale, renda un parere obbligatorio sul merito alla compatibilità paesaggistica dell'intervento proposto (e non più un mero controllo di legittimità postumo), il quale ha natura "vincolante" in quanto, ai sensi del comma 8 dell'art. 146, nel caso in cui tale parere sia negativo "*l'amministrazione provvede in conformità*", cioè non rilascia l'autorizzazione paesaggistica.

Tale "configurazione" della compartecipazione dei poteri tra Regione e Soprintendenza introdotta dal regime ordinario di autorizzazione paesaggistica è stata poi oggetto di ulteriori modifiche ed integrazioni⁽²¹⁾, a testimonianza della difficoltà di combinare l'intervento statale e quello regionale nell'ambito di un unico procedimento⁽²²⁾.

Ed infatti, con il d. lgs. 157/2006⁽²³⁾, il legislatore ha previsto che il parere della Soprintendenza, oltre ad essere obbligatorio, fosse anche vincolante per l'emissione dell'autorizzazione paesaggistica, attraverso l'autorizzazione della Regione a provvedere autonomamente sull'istanza di autorizzazione paesaggistica, "*solo in caso di mancato rilascio del parere da parte della competente Soprintendenza entro il termine di 60 giorni dalla trasmissione degli atti*"⁽²⁴⁾.

Poi, con l'art. 2 del d. lgs. 63/2008, il medesimo legislatore ha voluto rafforzare ancora di più la collaborazione tra Stato e Regione, prevedendo che, in caso di mancata pronuncia della Soprintendenza entro i termini di legge, la Regione potesse "*indire una conferenza di servizi, alla quale il soprintendente partecipa o fa pervenire il parere scritto. La conferenza si pronuncia entro il termine perentorio di quindici giorni. In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione*"⁽²⁵⁾.

⁽²¹⁾ Il disposto normativo originario degli artt. 146 e 159 del Codice Urbani è stato infatti più volte sostituito e modificato, prima con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 recante "*Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione al paesaggio*" (il "d. lgs. 157/2006"), poi con il d. lgs. n. 63 del 26 marzo 2008 recante "*Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione al paesaggio*" (il "d. lgs. 63/2008") e, da ultimo, in questo caso soltanto con riguardo all'art 159 d. lgs. n. 42/2004, dalla Legge 2 agosto 2008, n. 129 ("*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 giugno 2008, n. 97, recante disposizioni urgenti in materia di monitoraggio e trasparenza dei meccanismi di allocazione della spesa pubblica, nonché in materia fiscale e di proroga di termini*") (la "l. n. 129/2008").

⁽²²⁾ Cfr. per la dottrina: FOÀ, *Le integrazioni e le correzioni al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, in *Quad. amm.*, 2006, 22 s. e SPENA, *L'autorizzazione paesaggistica tra creazione e percezione di valore*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 533 s.

⁽²³⁾ Sul punto, si veda in dottrina: MAZZARELLI, *La disciplina del paesaggio dopo il d. lgs. 157*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 1080 s.

⁽²⁴⁾ Si ricorda che tale termine è stato ridotto a 45 giorni a seguito del d. lgs. 129/2008 che ha modificato in tal senso l'art. 146 del Codice Urbani.

⁽²⁵⁾ Cfr. Art. 146, comma 9, del Codice Urbani.

Recentemente, poi il legislatore, mosso da ragioni di semplificazione, tramite il c.d. “Decreto del Fare”⁽²⁶⁾, ha eliminato la conferenza dei servizi ed ha previsto che, decorso il termine perentorio di 45 giorni dalla trasmissione degli atti senza che la Soprintendenza abbia rilasciato il parere di competenza, l’amministrazione locale “*provvede sulla domanda di autorizzazione paesaggistica*”.

È evidente che tutte le modifiche sopra menzionate sono collegate da un unico *fil rouge*, consistente nella valorizzazione della “compartecipazione” della Regione e della Soprintendenza nella valutazione di compatibilità paesaggistica dell’intervento sottoposto al procedimento di cui all’art. 146 del Codice Urbani⁽²⁷⁾, come “combinazione” di due poteri autonomi e distinti, ricollegabili a due distinte competenze sancite nell’art. 117 della Costituzione (la competenza alla tutela ed alla valorizzazione del paesaggio) nell’ambito di una “*cogestione del vincolo paesaggistico*”⁽²⁸⁾.

Le sentenze in nota si concentrano sull’analisi del contenuto e dei limiti del parere endoprocedimentale rilasciato dalla Soprintendenza nel procedimento di autorizzazione paesaggistica di cui all’art. 146 del Codice Urbani e, quindi, è su tale aspetto che si focalizzerà il prosieguo del presente commento.

2. Le sentenze in oggetto costituiscono un interessante “*landmark case*” in quanto, con la loro connessione e consequenzialità, forniscono un quadro chiaro e completo di come in concreto si esplica quella “compartecipazione” dei poteri tra Stato e Regione che, come già accennato, caratterizza il procedimento di autorizzazione paesaggistica ridisegnato dall’art. 146 del Codice Urbani.

In particolare, la prima pronuncia focalizza meglio il tema dell’autonomia del parere della Soprintendenza, la seconda invece tratteggia più nel dettaglio il contenuto e i limiti di tale intervento ministeriale.

⁽²⁶⁾ L’art. 39, comma 1, lett. b) n. 3) del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, contenente “*Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia*” (il c.d. “Decreto del Fare”), convertito con modificazione in legge con la legge 9 agosto 2013 n.98, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n 194 del 20 agosto 2013 – Suppl. Ordinario n. 63, ha modificato, con efficacia a partire dal 22 giugno 2013 l’art. 146, del Codice Urbani al comma 4 (introducendo l’estensione l’efficacia dell’autorizzazione paesaggistica quinquennale per un ulteriore periodo massimo di dodici mesi, purché i lavori siano iniziati entro il quinquennio dal rilascio dell’autorizzazione medesima), al comma 5 (riducendo da 90 a 45 giorni il termine entro cui deve essere reso il parere della Soprintendenza e prevedendo che, in caso di decorso di tale termine senza l’espressione del parere, l’amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione) e al comma 9 (eliminando il ricorso alla conferenza dei servizi nel caso in cui la Soprintendenza non abbia rilasciato il proprio parere nel termine perentorio di 45 giorni dalla trasmissione degli atti).

⁽²⁷⁾ Per approfondimenti, *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di TROTTA e CAIA, in *Nuove leggi civ. com.*, 2006, 6 s.

⁽²⁸⁾ Cfr. TAR Umbria Perugia, 31 marzo 2011 n. 97.

Posto quanto sopra, si procederà comunque ad una analisi cumulativa delle suddette sentenze (dato che entrambe hanno ad oggetto la legittimità di un parere negativo⁽²⁹⁾, rilasciato dalla Soprintendenza nel procedimento di cui all'art. 146) con l'intento di poter delineare meglio il contributo nomofilattico che tali pronunce apportano allo stato dell'arte in tema di intervento ministeriale nel procedimento di autorizzazione paesaggistica.

Ed infatti, entrambe le sentenze in commento sanciscono espressamente che il parere della Soprintendenza, pur avendo una natura endoprocedimentale, “*deve ritenersi autonomamente impugnabile*”⁽³⁰⁾, in quanto si tratta di un atto che conseguente all'esercizio di un autonomo potere di gestione del vincolo paesaggistico della Soprintendenza e, come tale, è assimilabile ad “*un'autorizzazione o a un nulla osta con funzione di strumento dato all'autorità preposta alla tutela delle bellezze naturali per salvaguardare gli interessi da essa rappresentati*”⁽³¹⁾.

Non solo. Il parere della Soprintendenza è anche un atto che è anche “*ex se*” potenzialmente lesivo degli interessi del ricorrente “*per l'effetto preclusivo all'ulteriore prosieguo procedimentale*”⁽³²⁾, in quanto, in caso di esito negativo, comporta un diniego di autorizzazione paesaggistica da parte dell'amministrazione regionale⁽³³⁾.

Ciò in quanto - come sottolineato anche da altri Tribunali Amministrativi⁽³⁴⁾- le valutazioni di compatibilità paesaggistica effettuate dalla Soprintendenza nel proprio parere non sono in alcun modo sovrapponibili con le valutazioni svolte dalla Regione nel corso dell'istruttoria, dato che, come precisato in una precedente pronuncia dei Giudici Umbri⁽³⁵⁾, Soprintendenza e Regione sono “*due apparati diversi, che sono inevitabilmente esponenziali di prospettive, se non anche di interessi non sovrapponibili*”, ma

⁽²⁹⁾ Gli interventi edilizi oggetto dei pareri negativi impugnati nelle sentenze in oggetto sono: (i) la realizzazione di un impianto fotovoltaico sulla copertura di un edificio già costruito per quanto riguarda la prima decisione; e (ii) la realizzazione di un intervento in variante consistente nella modifica di un sottotetto, per quanto concerne la seconda pronuncia.

⁽³⁰⁾ Cfr. TAR Umbria, Perugia, 16 gennaio 2013, n. 11, che richiama espressamente una precedente pronuncia sempre della medesima sezione: TAR Umbria, Perugia, 31 marzo 2011 n. 97.

⁽³¹⁾ Sul punto, si veda TAR Umbria Perugia, 6 marzo 1998, n. 182.

⁽³²⁾ Cfr. TAR Umbria Perugia, 31 marzo 2011 n. 97 cit.

⁽³³⁾ Cfr. Art. 146, comma 8, del Codice Urbani.

⁽³⁴⁾ A favore del riconoscimento di un'autonomia impugnabilità del parere endoprocedimentale della Soprintendenza previsto nella procedura di autorizzazione paesaggistica dall'art. 146 del Codice Urbani si sono espresse anche le seguenti pronunce: TAR Puglia Lecce, sez. I, 24 gennaio 2013 n. 141; TAR Campania Napoli, sez. VII, 25 marzo 2011 n. 1712; TAR Campania Napoli, sez. VI 8 marzo 2011 n. 1331; TAR Campania Salerno, sez. II, 7 dicembre 2011 n. 1955 e TAR Puglia Lecce, sez. I, 2 dicembre 2010 n. 2784.

⁽³⁵⁾ Cfr. TAR Umbria, 1 marzo 2012, n. 67 cit.

che sono chiamati a “*verificare la compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso esercitando un potere attivo di cogestione del vincolo paesaggistico con l’ente locale*”⁽³⁶⁾.

Ed infatti, mentre la Soprintendenza è competente per i profili relativi alla “tutela del bene paesaggio” (tutela ricadente nell’ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi del comma 2, lett. s) dell’art. 117 Cost.), invece la Regione decide sugli aspetti concernenti la “valorizzazione” del suddetto bene (aspetti ricadenti nell’ambito della competenza legislativa concorrente ai sensi del comma 3 dell’art. 117 Cost.).

E la scelta legislativa di coinvolgere entrambi tali organi (sia la Regione che la Soprintendenza) all’interno dell’unico procedimento di autorizzazione paesaggistica rappresenta l’espreso riconoscimento che tale provvedimento autorizzativo è frutto dell’esercizio contestuale di due autonomi poteri valutativi (quello dell’ente regionale e quello dell’ente ministeriale) che solo se “concordi” assicurano la tutela di un bene, come quello del paesaggio, che rappresenta un valore non solo estetico/morfologico⁽³⁷⁾, ma anche culturale⁽³⁸⁾ in conformità all’art. 131 del Codice Urbani⁽³⁹⁾.

E, proprio in considerazione del “bene paesaggio”, le sentenze in commento evidenziano – anche sulla base di precedenti pronunce anche del Supremo Consesso⁽⁴⁰⁾ - che il giudizio di compatibilità paesaggistica di un intervento edilizio formulato dalla Soprintendenza nel procedimento di cui all’art. 146 del Codice Urbani è un “*accertamento tecnico complesso*”⁽⁴¹⁾, cioè un accertamento che consiste nella individuazione di quegli elementi che costituiscono i “*caratteri peculiari compositivi del locale sistema paesaggistico*”⁽⁴²⁾, cioè di quei particolari, non solo estetici, ma anche culturali, che differenziano una determinata zona del territorio italiano dalle altre e che la rendono “degnata” di tutela tramite l’apposizione dello specifico vincolo paesaggistico.

Ed è lo stesso Tribunale umbro ad elencare a mero titolo esemplificativo, con finalità quasi didattiche, alcuni degli elementi (tra cui la “*morfologia*

⁽³⁶⁾ Cfr. TAR Umbria, 1 marzo 2012, n. 67 cit.

⁽³⁷⁾ Cfr. TAR Umbria, 31 marzo 2011, n. 97 cit. Per la dottrina, cfr. SPASIANO commento all’art.146 del d.lgs. n. 42/2004, in SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2006, 963.

⁽³⁸⁾ Sul punto, si veda in dottrina: CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2004, 379 s.; in giurisprudenza: Corte Cost. 22 luglio 2009, n. 226, in *Foro it.*, 2010, 394; Corte Cost., 30 maggio 2008, n. 180, in *Foro it.*, 2008, 2075; Corte Cost. 7, novembre 2007, n. 367, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 64; Corte Cost., 5 maggio 2006, n. 182 e 183, in *Foro it.*, 2007, 1680; Corte Cost. 27 luglio 2000, n. 378, in *Foro it.*, 2000, 1316.

⁽³⁹⁾ Cfr. nota ⁽⁴⁾ *supra*.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 novembre 2007, n. 5719.

⁽⁴¹⁾ Cfr. TAR Umbria, 16 gennaio 2013 n. 11 cit.

⁽⁴²⁾ Cfr. TAR Umbria, 16 gennaio 2013 n. 11 cit.

originaria del contesto paesaggistico, lo skyline naturale e antropico e l'assetto percettivo scenico e panoramico⁽⁴³⁾) da prendere in considerazione al fine di identificare la concreta nozione di "paesaggio" da tutelare nel caso di specie.

Sulla base di tale ragionamento, i Giudici Umbri nel prosieguo dell'*iter* argomentativo passano poi ad analizzare il vero e proprio contenuto del giudizio di compatibilità paesaggistica formulato dalla Soprintendenza nel parere previsto dall'art. 146 del Codice Urbani.

In modo chiaro il Collegio definisce tale valutazione della Soprintendenza come "*un vero e proprio giudizio di valore sui concetti di "alterazione", "pregiudizio", "compatibilità", "coerenza"*⁽⁴⁴⁾", cioè come un processo di attribuzione di significato a concetti di per sé indeterminati, tramite l'individuazione del "concreto bene paesaggistico" da tutelare nel caso di specie.

Ed infatti, il Tribunale Umbro statuisce che la Soprintendenza, nell'ambito del proprio parere, deve valutare se un determinato intervento edilizio rappresenta una "*alterazione*" del "concreto bene paesaggistico" che caratterizza la fattispecie, cioè una "*una intrusione nel contesto paesaggistico di elementi estranei ed incongrui ai suoi caratteri peculiari compositivi della zona*", ossia una "*deconnotazione degli elementi caratteristici che costituiscono il locale sistema paesaggistico*"⁽⁴⁵⁾.

E tale valutazione deve essere fatta tramite della "*regole non giuridiche proprie delle discipline estetico – ambientali*"⁽⁴⁶⁾, mediante le quali la Soprintendenza "apprezza" il caso concreto, individuando quale è nella fattispecie in esame il parametro di "compatibilità" e di "coerenza paesaggistica", in base al quale assentire o meno, l'intervento edilizio.

Tale "apprezzamento" tramite "*regole non giuridiche proprie delle discipline estetico – ambientali*" del "concreto valore paesaggio" del caso in esame deve poi essere riflesso, ad avviso dei Giudici Umbri, nel "*quadro motivazionale*" di ogni singolo parere (positivo o negativo che sia) della Soprintendenza, il quale, pertanto, deve "*dar conto dell'effettiva valutazione dell'intervento edilizio da parte della competente amministrazione*"⁽⁴⁷⁾ a pena di illegittimità.

Infatti, come già accennato, il "concreto valore paesaggio" del caso in esame si trova racchiuso proprio nel provvedimento di apposizione del vincolo paesaggistico all'area in questione.

Di conseguenza, ad avviso dei Giudici Umbri, deve essere considerato legittimo e non apodittico sotto il profilo motivazione il parere negativo della Soprintendenza che motiva la sottesa valutazione di non compatibilità

(43) Cfr. TAR Umbria, 16 gennaio 2013 n. 11 cit.

(44) Cfr. TAR Umbria, 16 gennaio 2013 n. 11 cit.

(45) Cfr. TAR Umbria, 16 gennaio 2013 n. 11 cit.

(46) Cfr. TAR Umbria, 16 gennaio 2013 n. 12 cit.

(47) Cfr. TAR Umbria, 16 gennaio 2013 n. 11 cit.

paesaggistica “*per relationem*” al decreto ministeriale apposito del vincolo paesaggistico per l’area in esame.

Ciò in quanto, come bene emerge dalle pronunce in esame, “*la preesistente dichiarazione di notevole interesse del territorio vale a sorreggere l’apprrezzamento di circostanza solo apparentemente ancorata a concetti indeterminati e da connotare, invece, in base ad apprezzamenti tecnici complessi, alla stregua di regole non giuridiche e proprie delle discipline estetico - ambientali, suscettibili di diversi esiti applicativi, siccome riferite ai concetti di “alterazione”, “pregiudizio”, “compatibilità”, “coerenza”, rapportate ai “valori paesaggistici” ed agli “obiettivi di qualità paesaggistica”, in base alla lettera dell’art. 146, d. Lgs. n. 42/2004 – il quale finisce con il tramutarsi in un vero e proprio giudizio di valore sugli stessi, comportante una sostanziale revisione delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dagli enti territoriali (Cons. St., sez. VI, 5 novembre 2007, n. 5719)⁽⁴⁸⁾.*”

Come logica conseguenza del ragionamento sopra esposto, il Tribunale Umbro precisa che non può trovare “spazio” nel giudizio di valutazione della compatibilità paesaggistica svolto dalla Soprintendenza nel procedimento di cui all’art. 146 del Codice Urbani, l’apprrezzamento di altri interessi pubblici eventualmente connessi con l’intervento edilizio⁽⁴⁹⁾ oggetto del procedimento autorizzativo.

Ciò in quanto la valutazione di tali interessi (ulteriori e distinti rispetto all’interesse alla tutela del paesaggio) si pone al di fuori di quel “*potere di gestione del vincolo paesaggistico*” che l’art. 146 del Codice Urbani assegna alla Soprintendenza.

Né, per lo stesso motivo, possono essere presi in considerazione dalla Soprintendenza, ai fini del medesimo giudizio di compatibilità, eventuali altri interventi edilizi in precedenza realizzati nell’area di inserimento del progetto oggetto del giudizio di compatibilità, in quanto tale giudizio deve analizzare solo ed esclusivamente la compatibilità dell’intervento da assentire con il “*particolare valore ambientale e paesaggistico della zona*”.

3. Le pronunce in esame sono dunque un rilevante contributo nella definizione di quella “compartecipazione” di competenze tra Stato e Regioni,

⁽⁴⁸⁾ Cfr. TAR Umbria, 16 gennaio 2013 n. 12 cit.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. TAR Umbria, 16 gennaio 2013 n. 12 cit., avente ad oggetto il parere negativo rilasciato dalla Soprintendenza per un intervento di installazione di pannelli fotovoltaici su tetto. In tale pronuncia, i Giudici Umbri precisano la valutazione dell’interesse generale alla produzione di energia elettrica tramite l’installazione di pannelli fotovoltaici è da considerarsi estraneo alle valutazioni di compatibilità paesaggistica che competono alla Soprintendenza ai sensi dell’art. 146 del Codice Urbani (“*Tanto basta a respingere l’ultima parte della censura in esame e quella successiva nelle quali si deduce l’ingiusto sacrificio dell’interesse generale alla produzione di energia alternativa sotto l’aspetto della prevalenza dell’interesse paesaggistico su quello alla realizzazione di infrastrutture di comunicazione elettronica*”).

tramite la quale, secondo il canone costituzionale dell'art. 117, si concretizza la tutela e la valorizzazione del "valore paesaggio" nel procedimento di autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 del Codice Urbani⁵⁰.

Ed infatti, tramite le sentenze in commento, i Giudici Umbri sono riusciti a mettere in luce come la "compartecipazione" di competenze tra Stato e Regioni nel procedimento di autorizzazione paesaggistica è il diretto riflesso della trasformazione della concezione del paesaggio da valore meramente estetico/morfologico⁽⁵¹⁾, e, come tale, assorbito nell'ambito del governo del territorio posto in essere da Regione ed enti locali, a "valore culturale" nel quale sono inevitabilmente coinvolti altri interessi, e, come tale, soggetto alla tutela statale, la quale si esprime appunto tramite il parere della Soprintendenza oggetto delle sentenze in nota, nella prospettiva della "cogestione del vincolo paesaggistico".

Ciò in quanto, come correttamente evidenziato dai Giudici Umbri in una precedente pronuncia⁽⁵²⁾, correttamente richiamata da quelle in commento "il paesaggio costituisce, più che una materia, un valore costituzionale "trasversale", con implicazione in più materie, ed intrecciato inestricabilmente con altri interessi e competenze regionali concorrenti (in termini Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407; 22 luglio 2004, n. 259). La difficoltà di enucleare la "tutela del paesaggio" come una sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata ha, da sempre, posto in luce la necessità dell'osservanza del principio di leale cooperazione tra Stato e Regione in tale ambito (Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 151; 18 ottobre 1996, n. 341; 8 maggio 1998, n. 157; 25 ottobre 2000, n. 437)".

ALESSANDRA FANI

⁽⁵⁰⁾ Cfr. in dottrina: LOGOZZO, *La "nuova" disciplina in materia di autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2010, 907 s.

⁽⁵¹⁾ Sul punto, si veda: Corte Cost. 20 maggio 1999, n. 179, in: (i) *Foro it.* 1999, 1705, con nota di BENINI; (ii) in *Corr. giur.*, 1999, 830, con nota di CARBONE; (iii) in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 851, con nota di MAZZARELLI; (iv) in *Urb. app.* 1999, 712, con nota di LIGUORI; (v) in *Giust. civ.*, 1999, I, 2597, con nota di STELLA RICHTER; (vi) in *App. urb. edil.*, 1999, 395, con nota di GISONDI.

⁽⁵²⁾ Cfr. TAR Umbria, sez. I, 31 marzo 2011 n. 97 cit., richiamata nella sentenza TAR Umbria, sez. I, 16 gennaio 2013 n. 11 cit.

T.A.R. UMBRIA - 18 gennaio 2013, n. 18 – Pres. LAMBERTI – Est. AMOVILLI – FP C.G.I.L. Segreteria Regione Umbria (Avv. R. Pitoni) c. Regione Umbria (Avv.ti A. R. Gobbo, P. Manuali e M. Rampini), Ministero dell’Economia e delle Finanze e Ministero della Salute (Avvocatura dello Stato).

T.A.R. UMBRIA – 18 gennaio 2013, n. 19 – Pres. LAMBERTI – Est. AMOVILLI – CIMO A. S. M. D. e altri (Avv. R. Pitoni) c. Regione Umbria (Avv.ti A. R. Gobbo, P. Manuali e M. Rampini), Ministero dell’Economia e delle Finanze e Ministero della Salute (Avvocatura dello Stato).

T.A.R. UMBRIA – 18 gennaio 2013, n. 20 – Pres. LAMBERTI – Est. AMOVILLI – R. Antenucci e altri (Avv.ti A. De Angelis e D. Porena) c. Regione Umbria (Avv.ti A. R. Gobbo, P. Manuali e M. Rampini), Ministero dell’Economia e delle Finanze, Ministero della Salute (Avvocatura dello Stato) e Azienda Ospedaliera di Perugia (Avv. L. Calzoni).

Igiene e sanità – Norma regionale – Introduzione misura di compartecipazione alla spesa sanitaria su prestazioni mediche libero-professionali in regime di *intra moenia* – Illegittimità (art. 1, comma 796, lett. p e p bis l. 27 dicembre 2006 n. 296).

Igiene e sanità – Norma regionale – Introduzione prelievo del 29% del valore tariffario di ogni prestazione in regime di *intra moenia* – Natura tributaria – Sussistenza – Competenza della legge statale (artt. 23, 117, comma 3; 119, comma 2 Cost.).

*Il prelievo del 29% introdotto ai fini del mantenimento dell’equilibrio economico-finanziario sulle prestazioni mediche effettuate in regime di *intra moenia* ed *intra moenia c.d. allargata* non può essere considerato una forma di compartecipazione ai costi delle prestazioni sanitarie alternativa al ticket: l’esercizio dell’attività libero-professionale non comporta infatti alcun aggravio alla finanza regionale, essendo i costi diretti e indiretti a carico del Ssn già interamente coperti dalla quota della tariffa versata dal professionista all’azienda sanitaria a titolo di integrale rimborso (1).*

Non potendosi rintracciare nel suddetto prelievo la natura di un corrispettivo pagato a fronte della prestazione erogata, viene così a mancare in esso il carattere di sinallagmaticità, che costituisce requisito indispensabile per escludere la natura tributaria della misura introdotta e la conseguente competenza della legge statale a definire, quanto meno, gli elementi essenziali del tributo (2).

1. I tre distinti ricorsi vengono presentati dalle associazioni sindacali rappresentative del personale medico e da alcuni dirigenti del ruolo sanitario esercenti l'attività libero-professionale in regime di *intra moenia* presso l'Azienda Ospedaliera Santa Maria di Perugia.

Gli oggetti di impugnazione sono i medesimi per tutte e due le categorie ricorrenti, ovvero: la deliberazione della Giunta della Regione Umbria n. 3 del 9.1.2012; l'accordo tra Regione Umbria, Ministero della Salute e Ministero dell'Economia e delle Finanze, stipulato ai sensi dell'art. 1, comma 796 lettera p *bis*, punto 2 della legge 27 dicembre 2006 n. 296, che la medesima delibera va a recepire; ogni altro atto connesso ai due succitati.

L'accordo impugnato va ad introdurre un'aliquota impositiva in misura del 29% del valore tariffario di ciascuna prestazione resa in regime di *intra moenia*, quale misura alternativa all'applicazione della quota fissa sulla ricetta pari a 10 euro a carico degli assistiti non esentati dalla quota di partecipazione al costo.

Va chiarito che la Regione Umbria ha già provveduto con delibera n. 911 del 5.8.2011 a definire le misure di partecipazione al costo delle prestazioni sanitarie necessarie a conseguire un effetto finanziario non inferiore ai 10.900.000 euro su base annua. Tuttavia, non essendo tali misure state ritenute dalle strutture dei Ministeri competenti idonee a conseguire il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario del bilancio regionale, si è reso necessario introdurre l'ulteriore misura contenuta nell'accordo in questione, stipulato in data 30.12.2011.

Preliminarmente ad ogni considerazione sul merito della decisione, il Collegio si esprime limitatamente alla controdeduzione eccepita dai soggetti resistenti in giudizio, ovvero il presunto difetto di giurisdizione del g. a. a favore delle Commissioni tributarie.

Il giudice di primo grado, pur richiamando e confermando la legislazione vigente e la giurisprudenza che attribuiscono al giudice tributario tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere ribadisce tuttavia che, qualora nella controversia non sia direttamente coinvolto un rapporto tributario, ma venga impugnato un regolamento o un altro atto a carattere generale, quest'ultimo – in quanto concernente interessi legittimi e purché direttamente lesivo di essi – sia sindacabile non dal giudice tributario, bensì dall' a.g.a.

Nel merito il Collegio ritiene i ricorsi fondati, accogliendo la quasi totalità delle numerose censure dedotte in giudizio e annullando pertanto sia la delibera regionale che l'accordo da questa recepito.

Il *fil rouge* che lega i tre ricorsi e che costituisce il fulcro dell'argomentazione svolta dal Giudice può essere brevemente riassunto come segue.

In primo luogo, l'attività intramuraria quale attività libero-professionale va del tutto distinta dall'offerta sanitaria istituzionale dei livelli

essenziali di assistenza (LEA). La misura avversata sarebbe dunque destinata a finanziare la spesa generale sanitaria e non quella in regime di *intra moenia*, i cui costi sono già interamente a carico dell'utenza.

Essa si differenzia quindi dagli stessi ticket sanitari (intesi quali compartecipazione in stretta correlazione con l'erogazione di una prestazione sanitaria in regime ordinario), atteggiandosi invece come vera e propria forma di imposizione indiretta dell'attività *intra moenia*, in cui viene a mancare il rapporto sinallagmatico tra prestazione imposta e beneficio che gli assistiti ricevono.

Da ciò discende l'incompetenza della Regione ad adottare una misura siffatta, essendo pacifica la carenza in capo ad essa – anche in seguito alla modifica del Titolo V della Costituzione – di un autonomo potere impositivo, tenuto conto anche del fatto che nella fattispecie in esame risulta del tutto assente la definizione degli elementi essenziali del prelievo ad opera del legislatore nazionale.

Peraltro, trattandosi nel caso concreto di recepimento di accordi con il Governo, ad essere violate sarebbero anche le disposizioni statutarie regionali concernenti le attribuzioni dell'organo consiliare.

L'introduzione di un prelievo coattivo sarebbe del resto destinato a produrre effetti pregiudizievoli non solo per quanti abbiano deciso di operare in regime di *intra moenia* – venendo essi a trovarsi in una condizione di evidente svantaggio rispetto ai colleghi medici esercenti in privato o in regime di *extra moenia* – ma per l'intero sistema sanitario. E a tal proposito il giudice ritiene doveroso ricordare le svariate misure adottate dal legislatore al fine di incentivare l'attività professionale intramuraria e di elevarla ad elemento qualificante della riforma sanitaria: in tal senso essa viene concepita anche (e soprattutto) come attività in grado di assicurare al servizio pubblico sanitario maggiori entrate e di concorrere all'abbattimento dei tempi di attesa delle prestazioni. Dunque, attività in cui l'interesse esclusivo del medico finisce per convertirsi in interesse concorrente dell'azienda ospedaliera a conseguire maggiori standard di efficienza e di economicità. (*Omissis*).

(1-2) Brevi considerazioni sull'attività medica intramuraria tra diritto alla salute, vincoli di sostenibilità finanziaria e poteri del legislatore regionale.

SOMMARIO: 1. *Il diritto alla salute come diritto 'finanziariamente condizionato'.* – 2. *L'evoluzione dell'attività medica libero-professionale nel quadro normativo italiano.* – 3. *Modalità di finanziamento dell'intra moenia e differenze tra tariffa e tributo.* – 4. *La potestà impositiva delle Regioni dopo la modifica del Titolo V della Costituzione.*

1. L'intenzione con cui ci si appresta ad annotare il trittico di sentenze ⁽¹⁾ in epigrafe è quella di ripercorrere l'*iter* argomentativo del Giudice di primo grado sforzandosi di captare, tra i tanti e svariati profili emersi dalle numerose deduzioni e controdeduzioni delle parti in causa, quelli cui lo stesso Collegio ha inteso attribuire un ruolo di primo piano rispetto a tutti gli altri ai fini della decisione finale.

Nella parte iniziale della motivazione il Giudice si trova innanzitutto a dover sciogliere – adempiendo al dovere peraltro con una evidente meticolosità – una serie di nodi riguardanti sostanzialmente profili tecnico-processuali, in relazione alle eccezioni dedotte in giudizio dai resistenti ⁽²⁾.

Premettendo che non è intorno a tali profili che si intende sviluppare questa riflessione, non si può tuttavia non notare come anche questa prima parte del considerato in diritto non sia affatto priva di tratti 'interessanti' e, dunque, degni di nota ⁽³⁾.

Il cuore dell'argomentazione si sviluppa però attorno ad altri profili che attengono, da un lato, alle caratteristiche proprie dell'attività intramuraria e al valore ad essa attribuito nel quadro legislativo sanitario nazionale e, dall'altro, alle discettazioni sulla natura della misura introdotta.

Qualora ci si accinga ad entrare nei meandri della legislazione in materia sanitaria, ci si imbatte in un settore in continuo fermento, che ha conosciuto e conosce costantemente processi di rinnovamento. Il sistema sanitario è infatti – più di altri – direttamente esposto alle sollecitazioni e ai cambiamenti che maturano nella società. Ciò è evidentemente imputabile al fatto che in una comunità la domanda salute è inesauribile, ragion per cui, da un lato, il livello di prestazioni richiesto è destinato a subire una costante spinta verso l'alto, dall'altro, è evidente che prima o poi ci si trovi a dover fare i conti con la limitatezza delle risorse finanziarie ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ *In limine litis* il Collegio non ritiene di disporre la riunione dei ricorsi, stante la sostanziale autonomia dei relativi giudizi, pur connessi, non sussistendo ex art. 70 c.p.a. alcun obbligo al riguardo, ed essendo la scelta di riunire le cause una tipica espressione del potere discrezionale dell'organo giurisdizionale.

⁽²⁾ Tra queste, la questione relativa alla giurisdizione del giudice amministrativo; il riconoscimento in capo ai soggetti ricorrenti della legittimazione ad agire e di una posizione differenziata rispetto al *quisque de populo*, essendo essi evidentemente portatori di un interesse concreto, diretto e attuale all'annullamento dell'atto impugnato.

⁽³⁾ Il *nostro* Giudice amministrativo si inserisce infatti nel solco di una recente giurisprudenza (si vedano Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488; Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755) che – soprattutto sulla scia del diritto comunitario – va a rimediare la tradizionale regola secondo cui la sentenza di accoglimento della domanda di annullamento debba comportare sempre e comunque l'integrale eliminazione degli effetti dell'atto impugnato. In questo caso il Giudice ritiene che ai ricorrenti non derivi alcuna utilità dall'eliminazione *ex tunc* degli effetti dell'atto lesivo, e che dunque una caducazione degli effetti soltanto *ex nunc* sarebbe già di per sé idonea a ripristinare il corretto confronto concorrenziale e il libero svolgimento della professione intramuraria.

⁽⁴⁾ Si vedano sul punto BRAGA, *L'aziendalizzazione del sistema sanitario*, in *Sanità pubblica*, 1996, 533 ss.; FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, 188 ss.

In Italia, come in tutti gli altri governi delle società avanzate, tutte le operazioni di riforma e riordino della sanità⁽⁵⁾ vanno letti probabilmente in questa luce: il tentativo di porre rimedio al problema della lievitazione della spesa sanitaria, a fronte della crescente limitatezza delle risorse finanziarie disponibili. E proprio tale *vexata quaestio* sembra essere alla base di tutta la vicenda che qui ci si appresta a commentare.

La perenne ansia e necessità di mantenere i 'cordoni del bilancio' si ripercuote peraltro sul modo di intendere lo stesso valore del diritto alla salute e il significato da attribuire all'art. 32 della Costituzione⁽⁶⁾, di cui spesso pare perdersi di vista il nucleo essenziale.

In una prima fondamentale accezione, la norma contenuta nell'art. 32 è volta a tutelare un diritto inviolabile e *assoluto*, come tale immediatamente tutelabile e azionabile sia nell'ambito dei rapporti con i poteri pubblici che nei confronti dei privati: il diritto all'integrità psicofisica di ogni individuo. In questo senso il diritto individuale alla salute si presenta come non degradabile e tutelato dalla Costituzione in modo pieno ed incondizionato. In secondo luogo il diritto alla salute si concreta in un diritto alle prestazioni sanitarie, il che comporta il dovere per tutti i livelli istituzionali della Repubblica di porre in essere le condizioni attraverso le quali assicurarne un'effettiva tutela. Esso si atteggia in questo senso come diritto sociale, come pretesa *positiva* ad ottenere un servizio pubblico obbligatorio da parte del pubblico potere, prendendo le mosse dal principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2 della Carta.

Il riconoscimento del diritto alla salute pieno, illimitato ed assoluto si imbatte però nell'esigenza di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, tra i quali appunto quello del contenimento della spesa pubblica, implicitamente sotteso nel principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

L'attenzione alle esigenze di finanza pubblica è espressamente presente nella legge delega n. 421 del 1992, dove l'equilibrio economico-finanziario è considerato ora come obiettivo da raggiungere⁽⁷⁾, ora come vincolo da rispettare⁽⁸⁾ e si riconferma anche nelle successive riforme volte ad introdurre un modello di sanità che – ispirato alla logica della regionalizzazione e dell'aziendalizzazione/privatizzazione – miri a recuperare l'efficienza del sistema e a contenere una spesa in continua lievitazione⁽⁹⁾.

⁽⁵⁾ Tra queste vanno ricordati sicuramente i 'capisaldi' della riforma dei primi anni '90. Il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, emanato in attuazione della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, presenta due obiettivi ben precisi: ridare efficienza al sistema e contenere la spesa sanitaria.

⁽⁶⁾ *Ex multis*, FERRARA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997; COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; GALLO-PEZZINI, *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998.

⁽⁷⁾ Art. 1, comma 1, primo periodo.

⁽⁸⁾ Art. 1, comma 1, lett. g.

⁽⁹⁾ A tal proposito i principali riferimenti normativi sono: la l. 30 dicembre 1991, n. 412, il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29; la l. 30 novembre 1998, n. 419 e il d. lgs. 19 giugno 1999, n. 229.

In quegli anni viene dunque affermandosi la concezione del diritto alla salute come diritto 'finanziariamente condizionato'⁽¹⁰⁾. Tale concezione viene supportata anche sulla base di alcune sentenze della Corte costituzionale, in cui il Giudice delle leggi, pur non avendo mai mostrato di aderire *in toto* a una siffatta nozione – a tratti perigliosa – si esprime nel senso dell'esigenza di bilanciamento del diritto alla salute con i limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone⁽¹¹⁾. D'altro canto il decreto di riordino in materia sanitaria n. 502 adottato in attuazione della legge delega sembra negare l'assunto secondo cui il contenimento della spesa pubblica assurga ad unico obiettivo per la determinazione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria⁽¹²⁾, come poi prontamente confermato anche dalla Corte costituzionale in successive pronunce⁽¹³⁾.

Seppur apparentemente risolta dal legislatore delegato e dalla coeva giurisprudenza costituzionale, l'oscillazione di significato tra obiettivi di salute e vincoli di bilancio sembra tuttavia aver continuato ad aleggiare sullo sfondo delle successive attuazioni della riforma 1992/1993, trascinan-

Proprio alla luce dei processi di regionalizzazione sarebbe in realtà più corretto parlare di Servizio Sanitario Regionale (Ssr), anche se rimane abitudine diffusa fare ancora riferimento al servizio sanitario in termini di Ssn.

Per un'ampia analisi, anche in prospettiva comparata, dell'aziendalizzazione del Ssn si rimanda a PIOGGIA - CIVITARESE MATTEUCCI - RACCA - DUGATO, *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Roma, 2008; PIOGGIA - CIVITARESE MATTEUCCI - RACCA - DUGATO, *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011.

⁽¹⁰⁾ Si vedano MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, 1990, *passim*; FER-RARA, *Salute (diritto alla)*, cit., 530 ss.; BALDUZZI, *Il servizio sanitario nazionale tra razionalizzazione delle strutture e assetamento normativo (Riflessioni sulla legge 30 novembre 1998, n. 419)*, in *Quad. reg.*, 1998, 948 ss.; BALDUZZI, *Considerazioni di sintesi*, in BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004, 391 ss.; MOR, *Ruolo e funzioni della regione nel servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubblica*, 1999, 1090; DIRINDIN - VINEIS, *Elementi di economia sanitaria*, Bologna, 1999, 10 ss.

⁽¹¹⁾ Tra le pronunce nelle quali la Corte sembra davvero assegnare alla 'quadratura dei conti' il carattere di *prius* rispetto alla tutela dei trattamenti sanitari necessari, si vedano Corte Cost., 16 ottobre 1990, n. 455; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 247; Corte cost., 16 luglio 1992, n. 356; Corte cost., 17 luglio 1998, n. 267. Cfr. le critiche ad alcune delle succitate pronunce: PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in GALLO - PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 17-18; LUCIANI, *Diritto alla salute - Dir. cost.*, in *Enc. Giur.*, 1991, 9.

⁽¹²⁾ All'art. 1 il diritto alla salute viene riaffermato come "diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività" la cui tutela va garantita nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana.

⁽¹³⁾ Cfr. Corte cost., 28 luglio 1993, n. 355, in cui viene messa a fuoco la distinzione tra obiettivi di salute e vincoli di bilancio.

dosi – e con tutta evidenza enfatizzandosi - sino ai giorni nostri. Tutto ciò va ad innestarsi in un sistema già di per sé carico di tensioni e contraddizioni interne: tra utenti e strutture deputate a fornire prestazioni, nonché – all'interno di queste – tra centro e periferia, tra diverse amministrazioni, tra operatori pubblici e privati, in un rapporto di problematica coesistenza. E la vicenda che il Tar umbro si trova a dover giudicare è una lampante dimostrazione dei nodi problematici appena esposti.

2. Come già accennato nella ricostruzione dei fatti, il *nostro* Giudice pone sotto una particolare luce il modo in cui va intesa l'attività intramuraria all'interno del sistema sanitario pubblico: in essa l'interesse esclusivo del medico ad integrare la propria remunerazione diviene infatti un *unicum* con l'interesse dell'azienda sanitaria ad incrementare le proprie entrate e – dato il peculiare regime cui la stessa attività viene assoggettata – a conseguire economie di gestione. Intesa in questo senso, l'attività intramuraria rappresenta dunque un elemento qualificante nel quadro della riforma sanitaria dei primi anni '90.

Il primo riferimento normativo è quello contenuto nella legge finanziaria per l'anno 1992, dove da un lato si afferma a chiare lettere l'esclusività del rapporto di lavoro alle dipendenze del Servizio sanitario nazionale, dall'altro si liberalizza del tutto l'esercizio della professione intramuraria ed extramuraria⁽¹⁴⁾. Questa nuova disciplina delle incompatibilità con la professione medica e dell'attività libero-professionale (che si conferma ancor più chiaramente nei successivi decreti n. 502 del 1992 e n. 29 del 1993) si conforma in qualche misura alla logica dell'aziendalizzazione del Servizio sanitario e va a porre le basi di un assetto in cui “soggetti – pubblici e privati – che erogano prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale, possono essere scelti liberamente dal cittadino e vengono retribuiti in base alle prestazioni rese”⁽¹⁵⁾.

Seguono poi svariati interventi legislativi che - apportando modifiche al d.lgs. n. 502⁽¹⁶⁾ – sembrano anch'essi confermare un atteggiamento di sempre maggiore *favor* in relazione allo svolgimento dell'attività intramuraria, nell'auspicio di un decollo sistematico di tale tipologia di prestazioni: i d. lgs. 28 luglio 2000, n. 254 e 4 luglio 2006, n. 223 legittimano la possibilità di svolgere attività *intra moenia* anche negli studi professionali privati

⁽¹⁴⁾ Art. 4, comma 7, l. 30 dicembre 1991, n. 412.

⁽¹⁵⁾ Così, T.A.R. Lazio Roma, sez. I-*bis*, 14 luglio 2007, n. 6334; si rimanda anche a Corte cost., 28 luglio 1993, n. 355; Corte Cost., 14 luglio 1999, n. 330.

⁽¹⁶⁾ Nonostante le numerose integrazioni e modifiche apportate al d.lgs. n. 502, restano saldi due concetti cardine che devono informare l'esercizio della libera professione: offrire al cittadino la possibilità di scegliere il professionista di sua fiducia e di avere standard di qualità alberghiera più elevati rispetto a quelli possibili in regime istituzionale; assicurare che l'esercizio dell'*intra moenia* non vada a discapito dell'attività istituzionale, che deve restare il primo obiettivo e impegno del professionista (Cfr. art. 15 *quinquies* del d. lgs. n. 502).

dei medici, qualora le strutture sanitarie di riferimento non apprestino locali idonei. Nella stessa linea va a collocarsi anche la l. 3 agosto 2007, n. 120, che indica nuove misure per la realizzazione di strutture preordinate allo svolgimento (anche presso i policlinici universitari⁽¹⁷⁾) delle attività in questione.

In maniera speculare vengono definendosi i limiti entro cui quest'attività dai caratteri ibridi può essere legittimamente esercitata. La disciplina contrattuale nazionale va a stabilire il giusto equilibrio che deve sussistere tra attività istituzionale e libero-professionale: la prima deve infatti restare prevalente rispetto alla seconda, la quale a sua volta è soggetta a verifica da parte di appositi organismi e a penalizzazioni nel caso di inosservanza della normativa di riferimento e di quella contrattuale.

Particolare rilievo nel completare e rifinire il quadro normativo rivestono poi i due d. m. 28 febbraio 1997 e 31 luglio 1997 e il d.p.c.m. 27 marzo 2000, i quali vanno intesi sostanzialmente come atti di indirizzo volti a coordinare l'attività dei dirigenti medici nel reperire strutture e personale di supporto all'esercizio dell'attività intramuraria.

Le disposizioni più significative stabilite dal legislatore nazionale vengono recepite pressoché integralmente dalla normativa contrattuale della dirigenza medica, che dedica all'argomento gli artt. 54 e 57 del CCNL 1998-2001 sottoscritto nell'anno 2000.

La disciplina qui brevemente ricostruita non subisce modifiche sostanziali negli anni più recenti, fatto salvo il differimento anno dopo anno dei termini per l'esercizio dell'*intra moenia* c.d. allargata (svolta cioè all'interno di studi esterni autorizzati), nelle more della realizzazione di spazi e strutture deputati specificamente all'esercizio della libera professione⁽¹⁸⁾.

3. Avendo così delineato il contesto in cui la vicenda sottoposta al giudizio del Tribunale di primo grado si va a collocare, resta ora da comprendere perché questo Collegio abbia ritenuto illegittima l'introduzione di un prelievo proporzionato al valore tariffario attuale di ogni singola prestazione medica erogata in regime intramurario. La risposta va in buona sostanza ricercata volgendo lo sguardo alle modalità di finanziamento che il legislatore ha previsto per tale tipologia di prestazioni.

⁽¹⁷⁾ Cfr. sul punto anche Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2007 n. 6199.

⁽¹⁸⁾ Quello della difficoltà a reperire strutture atte all'esercizio dell'*intra moenia* è un problema che si ripropone sin dai primi interventi in materia ed è un sintomo di come la libera professione costituisca ancora in molte aziende sanitarie un'entità non adeguatamente definita nelle regole e nei mezzi disponibili. Da ultimo, l'art. 2 del d. l. 13 settembre 2012, n. 158 (noto come 'decreto Balduzzi') proroga fino al 31 dicembre 2014 i termini concessi alle aziende sanitarie e alle Regioni per la realizzazione di strutture idonee, rinviando – ancora una volta – ad un futuro più o meno prossimo la cessazione dell'ormai diffusissima prassi dell'*intra moenia* c.d. allargata.

Tornando alla definizione iniziale, con attività libero-professionale si intende "l'attività che detto personale, individualmente o in équipe, esercita fuori dell'orario di lavoro, in regime ambulatoriale sia nelle strutture ospedaliere che territoriali, di day hospital o di ricovero, in favore e su libera scelta dell'assistito e con oneri a carico dello stesso (*corsivo nostro*) o di assicurazioni o fondi sanitari integrativi"⁽¹⁹⁾.

Ciò detto, risulta già chiaro come le prestazioni intramurarie siano state concepite come cosa ben distinta da quelle rese dal Ssn essendo esse totalmente a carico di coloro che optano per tale regime. Ad ulteriore dimostrazione di tale distinzione vi è la redazione di una contabilità separata da quella prevista per le attività istituzionali di ciascuna azienda sanitaria. Ai sensi dell'art. 3 della l. 23 dicembre 1994, n. 724, infatti: "per la gestione delle camere a pagamento [...] le unità sanitarie locali, le aziende ospedaliere e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico provvedono, oltre alla contabilità prevista dall'articolo 5, comma 5, del citato decreto legislativo n. 502 del 1992, e successive modificazioni ed integrazioni, alla tenuta di una contabilità separata che deve tenere conto di tutti i costi diretti e indiretti, nonché delle spese alberghiere". L'intenzione del legislatore è qui evidentemente quella di evitare impropri trasferimenti di oneri tra l'attività principale dell'azienda e la libera professione, oltre che di disporre di indicatori economici per effettuare valutazioni sull'efficienza ed economicità dell'*intra moenia*.

Quanto al regime tariffario da applicare, la norma di riferimento a livello nazionale è rappresentata dall'art. 57 del C.C.N.L.: il valore forfettario delle tariffe applicate alle prestazioni erogate in regime di *intra moenia* deve essere determinato con procedure concertative in modo da coprire sia le voci relative ai compensi del libero professionista, dell' équipe e del personale di supporto, sia i costi per l'ammortamento e la manutenzione delle apparecchiature utilizzate.

In ottemperanza al dettato nazionale, dapprima la Regione Umbria, successivamente l'Azienda Ospedaliera di Perugia⁽²⁰⁾ vanno a recepire in maniera pressoché fedele gli indirizzi contenuti nella contrattazione nazionale, riconfermando dunque il meccanismo mediante il quale la tariffa va a coprire integralmente i costi diretti e indiretti a carico del Ssn, per il tramite del professionista che versa all'Azienda una quota a titolo di integrale rimborso.

In questa prospettiva l'attività intramuraria è un'attività che, per così dire, si autofinanzia⁽²¹⁾ e conseguentemente non sussistono le ragioni per

⁽¹⁹⁾ Art. 1, d. m. 28 febbraio 1997; art. 54, comma 4, C.C.N.L. dirigenza medica 1998-2001.

⁽²⁰⁾ Rispettivamente con D. G. R. 23 maggio 2001, n. 513 e con deliberazione 13 giugno 2003, n. 1260.

⁽²¹⁾ Proprio per il suo carattere 'ibrido', la Corte costituzionale definisce l'attività intramuraria come *tertium genus*, a metà cioè tra il regime di prestazioni erogate dal Ssn in regime ordinario e quello delle prestazioni private: in essa coesistono

cui ad essa debba applicarsi un'ulteriore misura ai fini del raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità economico-finanziaria regionale.

Quasi impercettibile appare la distinzione tra questo profilo di illegittimità appena chiarito, ed un altro non meno rilevante ad esso strettamente connesso, anche questo rientrante in qualche misura nella fattispecie dell'eccesso di potere. Dal momento in cui l'accordo in questione definisce il prelievo del 29% come misura *alternativa* al ticket, esso di fatto va ad estendere una misura di partecipazione - quale appunto il ticket⁽²²⁾ - ad un campo - quale l'*intra moenia* - in cui la legge non ne prevede l'applicabilità. Ai sensi dell'art. 17, comma 1 lett. d) del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, la competenza regolamentare regionale ad introdurre siffatte misure attiene infatti a prestazioni erogate dal Ssn in regime ordinario, ed è dunque finalizzata a garantire il mantenimento dei livelli essenziali di prestazioni nei confronti di tutti i cittadini⁽²³⁾. Lo sviamento⁽²⁴⁾ si concretizza proprio nel fatto di aver inteso applicare impropriamente una tale misura anche all'attività intramuraria, che non presenta - a differenza dei LEA - le sembianze di un servizio pubblico con caratteri di indivisibilità, ma si caratterizza invece per il suo essere una prestazione erogata su specifica scelta del paziente e con costi a suo carico.

E non è questa una differenza trascurabile: dalla differente natura dell'attività medica svolta in regime di *intra moenia* rispetto a quella che abbiamo fino a questo punto definito come istituzionale (o ordinaria) discende anche una diversa modalità di finanziamento della stessa. Come già rilevato, l'attività intramuraria nasce come *tertium genus*: tra il medico e il paziente viene a stabilirsi un rapporto di natura negoziale per molti versi assimilabile al rapporto d'opera professionale disciplinato dal Libro V del Codice civile. Ponendoci nel solco della più autorevole dottrina in materia⁽²⁵⁾, è proprio la natura del rapporto (o, più precisamente, la natura della disciplina di esso) a rappresentare il *discrimen*, ovvero a determinare se il tipo di entrata pubblica sia qualificabile come tributaria o come corrispettivo/tariffa.

infatti elementi propri del rapporto d'opera disciplinato dagli artt. 2222 e ss. del c. c. ed altri propri del rapporto di lavoro subordinato, tra i quali appunto la fissazione di tariffe e la determinazione del riparto dei compensi da parte dell'Amministrazione. Si vedano sul punto Corte cost., 14 luglio 1999 e TAR Lazio, Roma, sez I bis 14 luglio 2007, n. 6334.

⁽²²⁾ La giurisprudenza è pacifica nel riconoscere natura di tassa al ticket sanitario. Si vedano sul punto Cass. Civ. sez. un., 9 gennaio 2007, n. 123 e 22 dicembre 2004, n. 23880.

⁽²³⁾ Cfr. Corte cost., 13 giugno 2008, n. 203 e Corte cost., 16 luglio 2012, n. 187.

⁽²⁴⁾ Per una trattazione esaustiva sull'eccesso di potere e sullo sviamento come figura sintomatica si rimanda a CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, *passim*.

⁽²⁵⁾ Vedansi, *ex multis*: BOSI, *Corso di scienza delle finanze*, Bologna, 2010, 134 ss.; TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2011, 5 ss.; FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2013, 20 ss.

Se nel rapporto vi sono elementi di coattività, allora l'entrata sarà qualificabile come tributo. Sia la dottrina che la giurisprudenza si mostrano pressoché concordi nel riconoscere gli elementi essenziali del tributo erariale: l'istituzione in forza di legge e dunque la doverosità della prestazione, in assenza di sinallagmaticità tra le parti; il carattere di indivisibilità dei vantaggi; la corrispondenza solo forfettaria con il valore della prestazione resa⁽²⁶⁾.

Nel caso dell'attività medica svolta in regime di *intra moenia*, il rapporto instauratosi tra le due parti non è invece caratterizzato da alcun elemento di coattività, essendo appunto il frutto di una libera determinazione tra paziente e professionista. Si è dunque in presenza di una 'tariffa (o prezzo pubblico)' o 'corrispettivo di diritto privato'⁽²⁷⁾. Gli elementi essenziali della tariffa sono infatti la presenza della libera domanda del servizio da parte del cittadino e la divisibilità dei vantaggi, cioè il fatto che a beneficiare del servizio siano soltanto quei soggetti che l'hanno richiesto. Il nesso tra entrata pubblica ed erogazione del servizio si esprime qui in termini di sinallagmaticità⁽²⁸⁾. Sinallagmaticità che viene a mancare proprio nel caso di specie qui esaminato, essendo la misura sostitutiva del ticket introdotta ai sensi dell'art. 1, comma 796, lett. p *bis* punto 2) della l. n. 296 una misura sostanzialmente tributaria, volta al finanziamento della spesa ordinaria del Ssn.

4. Quest'ultima considerazione ci conduce conclusivamente verso un'altra problematica di particolare attualità, quale la potestà impositiva delle Regioni. In tale ambito i riferimenti costituzionali di cui agli artt. 23, 117 e 119 vanno ad intrecciarsi con le recenti riforme per l'attuazione del federalismo fiscale⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ Cfr. Corte cost., 11 febbraio 2005, n. 73; Corte cost., 28 ottobre 2011, n. 280.

⁽²⁷⁾ Sono queste due espressioni utilizzate rispettivamente da BOSI, *op. ult. cit.* e da TESAURO, *op. ult. cit.*

⁽²⁸⁾ Sul punto si veda anche Cass. Civ., sez. un., 7 dicembre 2007, n. 25551.

⁽²⁹⁾ È d'uopo premettere che l'importanza dei tributi locali nel nostro ordinamento e ancor più nel dibattito dottrinale e politico è venuta crescendo negli ultimi lustri, alla luce del radicale ripensamento di un sistema in cui dominava una preferenza per i trasferimenti di risorse dal centro alla periferia. In questo senso il c.d. federalismo fiscale intende collocarsi come alternativa al 'centralismo', al fine di ridurre il peso delle imposte erariali e di rendere più diretta la corrispondenza tra gettito fiscale e comunità cui esso è riferibile.

Negli interventi legislativi più recenti (si veda l. 5 maggio 2009, n. 42) lo spostamento dell'incidenza del prelievo fiscale dallo Stato agli enti locali si è realizzato attraverso tre fondamentali misure: a) tributi propri derivati, istituiti cioè da leggi statali, ma il cui gettito è attribuito alle regioni; b) addizionali sulle basi imponibili dei tributi erariali; c) tributi propri istituiti da leggi regionali, in relazione a presupposti non assoggettati ad imposizione erariale. Già in sede di delega appare comunque chiara la scelta di dare un ruolo marginale ai tributi 'propri' in senso stretto, rispetto ai prelievi conformati dalla legge statale e alle compartecipazioni.

In seguito alla modifica del Titolo V della Costituzione, nella materia che in questa sede ci interessa la potestà legislativa esclusiva dello Stato concerne il sistema tributario statale (art. 117, comma 2, lett. e, Cost.). Si ha invece una potestà concorrente nel campo del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario (art. 117, comma 3), in cui dunque è riservata al legislatore statale la determinazione dei principi fondamentali. La materia dei tributi regionali e locali – non essendo citata altrove nel testo dell’articolo novellato – andrebbe dunque ricompresa nella potestà esclusiva residuale delle Regioni (art. 117, comma 4). Parallelamente, il nuovo testo dell’art. 119⁽³⁰⁾ dispone che gli enti locali “stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”. La dottrina⁽³¹⁾ – anche alla luce della legge delega per l’attuazione del federalismo fiscale (l. 5 maggio 2009, n. 42) – ha individuato tali principi di coordinamento nella razionalità e coerenza dei singoli istituti tributari e del sistema tributario nel suo complesso, e quindi certamente nel divieto di sovrapposizione delle basi imponibili di tributi statali e regionali o locali.

Nell’attesa che la modifica del Titolo V fosse attuata, si è venuto consolidando un orientamento nella giurisprudenza costituzionale, incline a ritenere che - in mancanza di una legge statale di coordinamento - sia vietato alle Regioni di istituire e disciplinare tributi propri aventi gli stessi presupposti di quelli statali, e di legiferare su tributi esistenti e regolati a livello centrale. L’unico potere delle Regioni residua dunque nello stabilire tributi propri aventi presupposti *diversi* da quelli di tributi statali, e sempre purché essi siano in armonia con la Costituzione e con i principi dell’ordinamento tributario desumibili dal sistema nel suo complesso⁽³²⁾.

I criteri di cui alla legge delega sono stati attuati, per ciò che attiene ai tributi regionali, dal d. lgs. 6 maggio 2011, n. 68, in cui vengono definite le fonti di finanziamento della spesa regionale: a) addizionale regionale all’imposta sul reddito delle persone fisiche; b) compartecipazione IVA; c) tributi regionali e locali non assoggettati ad imposizione da parte dello Stato; d) fondo perequativo.

⁽³⁰⁾ Abbondante è la letteratura a proposito delle nuove regole costituzionali. *Ex multis*: GALLO, *Prime osservazioni sul nuovo art. 119 della Costituzione*, in *Rass. Trib.*, 2002, 585 ss.; ANTONINI, *La vicenda dell’autonomia finanziaria regionale: dal vecchio al nuovo art. 119 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 11 ss.; ANTONINI, *Dal federalismo legislativo al federalismo fiscale*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2004, I, 400 ss.; TESAURO, *Le basi costituzionali della fiscalità regionale e locale*, in *Fin. Loc.*, 2005, 13 ss.; BRANCASI, *Politiche statali, politiche regionali e autonomia politico-amministrativa e finanziaria degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 2009, 9 ss.

⁽³¹⁾ Si veda nota precedente.

⁽³²⁾ Come osserva SCALINCI in nota alla sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 2004, n. 37: “La reiterata sottolineatura della ‘conservata’ ‘riserva’ statale in ordine al sistema del coordinamento tra i suoi attori istituzionali [...] ripropone la centralità del ‘sistema’ in contrapposizione alla deriva ‘asistematica’ di una incontrollata autonomia fiscale centrifuga. [...] Gli Enti sub-statali, cioè, stabiliscono

A ben vedere, infatti, pur avendo le Regioni potestà legislativa esclusiva nella materia tributaria non espressamente riservata alla legislazione dello Stato (e dunque riguardo a presupposti d'imposta riferibili al proprio territorio), esse tuttavia dispongono di una competenza legislativa solo concorrente in materia di coordinamento del sistema tributario. La potestà esclusiva finisce così per esplicitarsi in uno spazio assai ristretto, notevolmente condizionato e circoscritto dalle scelte operate dallo Stato in sede di fissazione dei principi fondamentali di coordinamento. Coordinamento che si estrinseca non solo nel fissare i principi cui i legislatori regionali dovranno attenersi, ma anche nel definire spazi e limiti entro i quali potrà esercitarsi la potestà impositiva di Stato, Regioni ed enti locali.

Relativamente a questo ultimo profilo il Giudice delle leggi ha più e più volte riconfermato la medesima posizione, interpretando costantemente il comma 2 del novellato art. 119 in tal senso: “la potestà legislativa tributaria regionale – che costituisce un aspetto dell'autonomia finanziaria garantita alle Regioni – non può essere legittimamente esercitata in mancanza di una previa disposizione di legge statale che definisca, quanto meno, gli elementi essenziali del tributo”⁽³³⁾.

Ed è proprio nel solco di questa giurisprudenza che si colloca anche il *nostro* Giudice, nel momento in cui va ad asserire che non può riconoscersi nell'art. 1, comma 796 lett. p) e p *bis*) della l. 296 l'indispensabile fondamento normativo primario a supporto dell'esercizio del potere regionale impositivo. Non sembrano infatti potersi ravvisare nella suddetta disposizione di legge gli elementi essenziali del prelievo, che – come confermato già da risalente giurisprudenza⁽³⁴⁾ – devono essere (quanto meno) il presupposto d'imposta, i soggetti passivi e le relative aliquote massime, dovendo invece l'intervento complementare e integrativo della p.a. rimanere circoscritto esclusivamente alla specificazione quantitativa della prestazione medesima.

Tornando quindi a riflettere sul modo in cui il Tribunale amministrativo di primo grado abbia inteso muoversi in relazione a quest'ultimo profilo, sembra di potersi intravedere la volontà di riaffermare come in un ordinamento “uno e indivisibile” sia necessario tenere viva una funzione di coordinamento a livello statale, sia per preservare un'omogeneità di fondo

o applicano tributi solo “secondo i principi di coordinamento” riservati alla fonte statale[...]. In altre parole, permarrebbe ferma la metodica interpretativa propria della ‘delegazione’ come investitura limitata e promanante dal *dominus*, più che della ‘devoluzione’ intesa ‘spoliazione’ di potere”. Si rimanda a SCALINCI, *Riserva di legge e primato della fonte statale nel ‘sistema’ delle autonomie fiscali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, II, 234 ss.

⁽³³⁾ Corte cost., 28 ottobre 2011, n. 280; id. sentt. 21 ottobre 1998, n. 355; 1 luglio 1993, n. 295; 15 giugno 1990, n. 294; 28 maggio 1987, n. 204; 19 dicembre 1986, n. 272.

⁽³⁴⁾ Cfr. Corte cost., 5 maggio 1988, n. 507; Cons. St., sez. V, 17 dicembre 1984, n. 920.

degli istituti di attuazione del prelievo tributario, sia in considerazione della qualità e della struttura dei presupposti impositivi. Dunque, anche in un ordinamento che, come quello italiano, intende avanzare (con non poche difficoltà) verso sempre più compiute prospettive di federalismo fiscale, non può e non deve essere demolita l'essenziale funzione di coordinamento statale, che realizzi il necessario equilibrio tra autonomia fiscale ed unitarietà dell'ordinamento⁽³⁵⁾.

Ferme restando tali considerazioni – e volendo guardare oltre la lettera delle disposizioni costituzionali e delle norme di riparto delle competenze – il caso di specie qui affrontato va a stimolare una riflessione di più ampio respiro su come il modo di atteggiarsi di tale rapporto tra autonomia fiscale e riserva di legge statale sia tutt'altro che giunto a un punto di stabile equilibrio, ma sia al contrario ancor oggi una realtà mobile, alla ricerca di un'identità dai contorni definiti. Lo spazio che si intende riservare all'uno o all'altro attore scaturisce e dipende – in ultima istanza – anche dal tipo di assetto complessivo e di governo territoriale che si intendono conseguire, e dal grado di rappresentatività che tale governo esprime.

Da questa prospettiva risulta anche più facile cogliere le ragioni per cui i rapporti tra Stato e Regioni in materia di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario possano dare luogo ad assetti operativi tutt'altro che univoci e ad interpretazioni spesso sensibilmente divergenti, pur restando indiscussi i precetti costituzionali di comune riferimento.

E questo consentirebbe di spiegare peraltro anche gli andamenti della giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, che ha spesso mostrato atteggiamenti ondivaghi e contraddittori riguardo alle ricadute concrete ed operative degli artt. 117 e 119, dandone un'interpretazione, per così dire, 'a fisarmonica'.

Chiaro è che al mutare delle prospettive interpretative lo stesso modo di intendere il ruolo e l'intensità del coordinamento statale viene ad assumere diverse valenze, a volte restrittive, a volte più 'permissive'. Se si aderisce all'orientamento espresso dal Giudice delle leggi in due pronunce dei primi anni Duemila⁽³⁶⁾, a prevalere sarà il senso più forte di coordinamento statale: l'assenza delle grandi linee di sviluppo del complessivo sistema tributario definite da una legge statale di coordinamento sembrerebbe infatti precludere ogni possibilità allo sviluppo del potere impositivo regionale. Molti di coloro che si pongono su questa linea sottolineano poi come il potere di imposizione delle Regioni non debba necessariamente tradursi in potere normativo di istituire nuovi tributi, ma solo ed unicamente in potere di 'stabilire di imporre': limitarsi, cioè, a stabilire il *quantum* e l'*an* del prelievo tributario.

⁽³⁵⁾ Si veda sul punto SCALINCI, *Riserva di legge e primato della fonte statale*, cit., 236 ss.

⁽³⁶⁾ Sentenze 26 giugno 2002, n. 282 e 26 gennaio 2004, n. 37.

Orientamento sensibilmente diverso è quello espresso più recentemente⁽³⁷⁾: l'enfasi viene posta, questa volta, non sull'esigenza di un coordinamento preventivo, ma sulla potestà esclusiva residuale delle Regioni di cui al comma 4 dell'art. 117. La prospettiva è dunque rovesciata e l'intento è qui quello di certificare e legittimare l'esistenza di una pluralità di sotto-sistemi tributari e di concludere che la competenza esclusiva statale è ristretta al solo sistema tributario dello Stato e ai principi fondamentali di coordinamento del sistema tributario *tout court*. Ma ancor più inedita è l'affermazione della possibilità in capo alle Regioni di istituire tributi propri (pur con le limitazioni già esposte) anche in assenza di un'apposita legge statale di coordinamento, sempre a condizione che essi siano in armonia con la Costituzione e con i principi fondamentali risultanti dalla legislazione statale già in vigore.

Uno scenario, dunque, ancora alla ricerca di assestamento, i cui sviluppi appaiono inevitabilmente connessi al ruolo (politico-rappresentativo, oltre che economico) che si intenderà attribuire alle Regioni nelle scelte istituzionali del futuro prossimo.

ERICA ANGELUCCI

⁽³⁷⁾ Sentenza 15 aprile 2008, n. 102.

I-T.A.R. UMBRIA – 21 gennaio 2013, n. 31 – Pres. LAMBERTI – Est. AMOVILLI – L. V. (avv. Pernazza) c. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali – Direzione Territoriale del Lavoro di Perugia (avv. Cartasegna e Zetti) e nei confronti di Copra Ristorazione e Servizi Coop. a r.l. (Avv. dello Stato).

Diritto d'accesso – Accesso necessario per la difesa – Tutela della riservatezza del lavoratore – Limiti all'accesso degli atti ispettivi del lavoro (artt. 22, co. 1, lett. b), co. 3, e art. 24, co. 7, legge n. 241/1990; artt. 2 e 3 D.M. 757/1994).

Le dichiarazioni rese dall'ex dipendente durante le attività di controllo compiute dagli ispettori del lavoro non rientrano nell'ambito di applicazione del divieto di accesso ai documenti amministrativi ex d.m. n. 757/1994. (1)

La tutela della riservatezza del lavoratore controinteressato che rilascia dichiarazioni nel corso di attività di controllo compiute dagli ispettori

del lavoro, intesa a tutelare l'interesse pubblico alla tutela della sicurezza e della regolarità dei rapporti di lavoro, è recessiva rispetto alle esigenze di difesa sottese alla richiesta di accesso del datore di lavoro. (2)

II-T.A.R. UMBRIA – 18 febbraio 2013, n. 80 – Pres. ed Est. Lamberti – Bjsrl (avv. Trabalza) c. INPS – Direzione Provinciale Terni (avv. Sgroi – Tadrìs – Lini – Arlotta) nei confronti di D. R.

Diritto d'accesso – Il ritardo dell'ostensione dei documenti – Inadempimento dell'amministrazione – Risarcimento del danno dovuto all'inadempimento dell'amministrazione (artt. 22 e 25, comma 4, legge n. 241/1990; art. 35 d.lgs. n. 80/1998).

Il risarcimento del danno causato dalla mancata ostensione nei termini di legge dei documenti amministrativi richiesti, non può essere ammesso, al di là della sua fondatezza, in sede di tutela giurisdizionale con rito abbreviato, ma soltanto con quello ordinario, in quanto il ricorrente ha l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento.(3)

Il danno risarcibile non è il "tempo perso" in sé ma la conseguenza dannosa dovuta al ritardo nell'ostensione del documento amministrativo, senza la dimostrazione della quale il risarcimento non è ammissibile. Il ritardo dell'ostensione del documento non produce meccanicamente una lesione all'interessato. (4)

I

(*Omissis*) - in data 16 febbraio 2012 veniva notificato da parte della Direzione Territoriale del Lavoro di Perugia a L. V., odierno ricorrente, verbale di accertamento di violazione dell'art. 3 comma 3 d.l. 22 febbraio 2002 n. 12 e s.m., consequenziale all'asserito impiego irregolare del lavoratore B. F., con addebito di sanzione pecuniaria di 13.387,50 euro;

- il giorno 1 marzo 2012, L. V. ha presentato alla Direzione Territoriale del Lavoro di Perugia istanza di accesso, successivamente integrata il 22 marzo 2012, agli atti di seguito indicati, inerenti il suddetto procedimento ispettivo (*Omissis*);

- la suesposta istanza, con atto del 20 aprile 2012 a firma del Direttore, veniva rigettata in quanto ritenuta generica, non sufficientemente motivata e comunque concernente atti sottratti, ai sensi delle disposizioni di cui al d. m. 757/1994, al diritto di accesso;

- avverso tale espresso diniego, l'odierno ricorrente propone ricorso per l'accertamento del diritto di accesso, mediante ordine di esibizione

della richiesta documentazione, deducendo violazione e falsa applicazione di legge in riferimento agli art 22, 24 e 25 l. 241/90 ed al d. m. 757/1994 ed eccesso di potere per motivazione insussistente e comunque perplessa, insufficiente e contraddittoria;

- si è costituito il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali chiedendo il rigetto del gravame, evidenziando, in particolare, sia la piena tutela delle esigenze difensive, peraltro genericamente prospettate, per effetto della motivazione del verbale di contestazione, sia comunque l'esclusione del diritto di accesso quanto alla documentazione acquisita dagli ispettori del lavoro nell'ambito dell'attività ispettiva, ai sensi del d. m. 4 novembre 1994 n. 757;

Considerato che:

(*Omissis*)

- l'istanza del ricorrente, al di là della sua formulazione generica ("esercizio del diritto di difesa in ogni sede") risulta comunque formulata in rapporto di stretta consequenzialità con gli accertamenti ispettivi effettuati dalla Direzione Provinciale del Lavoro ed al fine di tutelare il proprio diritto di difesa nell'eventuale giudizio di opposizione ai sensi dell'art. 22 l. 689/81, risultando pertanto correlata ad interesse sostanziale differenziato e strumentale al diritto di difesa in giudizio, diversamente da quanto opinato dall'Amministrazione;

- l'interesse all'accesso ai documenti va valutato in astratto, senza che possa essere operata, con riferimento al caso specifico, alcun apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale che gli interessati potrebbero eventualmente proporre sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso e quindi la legittimazione all'accesso non può essere valutata alla stessa stregua di una legittimazione alla pretesa sostanziale sottostante (*ex multis* Consiglio Stato sez. V 10 gennaio 2007, n. 55);

- le eventuali esigenze di riservatezza del lavoratore controinteressato B. F. appaiono in ogni caso recessive rispetto alle suesposte esigenze difensive (*ex multis* Consiglio di Stato sez. VI 19 giugno 2008, n.3803) anche in considerazione della cessazione (2 maggio 2011) del rapporto di lavoro con l'odierno ricorrente; per questo verso, anzi, le dichiarazioni del (*ex*) dipendente del ricorrente sarebbero al di fuori dell'ambito applicativo del d. m. n. 757/1994 - e dunque i documenti che le contengono non potrebbero essere sottratti all'accesso - poiché l'art. 3, comma 1, lett. c) del citato decreto ministeriale stabilisce che per i documenti in discorso la sottrazione all'accesso permane finché perdura il rapporto di lavoro (TAR Veneto, Sez. III, n. 1/2009);

- quanto alla pretesa esclusione dell'accesso della documentazione inerente l'attività ispettiva effettuata dalla Direzione del Lavoro in forza degli art. 2 comma 1 lett. c) e 3 comma 1 lett. c) del d. m. n. 757

del 1994 (norme finalizzate a salvaguardare la posizione dei lavoratori che, nel corso di indagini ispettive disposte dal Ministero del lavoro, rendono dichiarazioni che possono coinvolgere il proprio datore di lavoro) va ribadito che tali previsioni regolamentari contrastano - e vanno, dunque, disapplicate (così TAR Veneto sez I 6 febbraio 2006, n.301; id. Sez. III, 2 gennaio 2009, n. 1; Consiglio di Stato sez. VI 3 maggio 2002, n. 2366) - con la norma primaria di cui all'art. 24 l. n. 241 del 1990 e, in particolare, con la citata disposizione secondo cui il diritto di difesa prevale sulla riservatezza, e ciò anche alla luce, oggi, della modifica apportata alla predetta norma dalla L. n. 15 del 2005;

(Omissis)

- anche il timore di ritorsioni a danno del dipendente sarebbe infondato, alla luce delle garanzie che l'ordinamento appresta al lavoratore, e, comunque, non sarebbe ragione sufficiente per escludere tali categorie di documenti dall'accesso richiesto da chi abbia necessità di conoscerli per curare e difendere i propri interessi giuridici;

- comunque, secondo altro orientamento richiamato nella stessa memoria dell'Amministrazione, l'accesso ai documenti acquisiti dagli ispettori del lavoro nell'ambito dell'attività di controllo ad essi affidata sarebbe precluso, a tutela non tanto della riservatezza dei dichiaranti, quanto per "la prevalenza dell'interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione a tutela della sicurezza e della regolarità dei rapporti di lavoro, rispetto al diritto di difesa delle società/imprese sottoposte ad ispezione" (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1842, decisione menzionata dal divieto di accesso; id., 9 febbraio 2009, n. 736; id., 3 settembre 2009, n. 5199);

- che il suesposto interesse pubblico non può comunque, a giudizio del Collegio, comprimere il diritto di accesso azionato, attesa la corrispondenza ad un'effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi a fronte dell'asserita illegittimità dell'infrazione amministrativa contestata;

- che muovendo da tali considerazioni, il diniego opposto dall'Amministrazione è ingiustificato e va quindi affermato il diritto di accesso del ricorrente a tutta la documentazione richiesta con l'istanza del 1 marzo 2012, come successivamente integrata, essendo la medesima necessaria per la difesa dei propri interessi giuridici ai sensi dell'art 24 c. settimo l.241/90.

Per i suesposti motivi il ricorso è fondato e va accolto *(Omissis)*.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, ordina alla Direzione Provinciale del Lavoro

di Perugia di consentire al ricorrente l'accesso, mediante estrazione di copia, ai documenti richiesti con istanza del 1 marzo 2012, entro il termine di 30 giorni dalla data di comunicazione e/o notificazione in via amministrativa della presente sentenza (*Omissis*).

II

(*Omissis*) 1. Con istanza di accesso agli atti in data 15 giugno 2012, la società BJ s.r.l. richiedeva che l'INPS consentisse la visione e l'estrazione in copia di tutta la documentazione relativa all'accertamento eseguito su istanza della sig.ra R. D. conclusosi con il verbale unico di accertamento e notificazione n. 00242263 ddl del 16 febbraio 2012 compresi i documenti e notizie acquisiti nel corso dell'attività ispettiva e le dichiarazioni dei soggetti interrogati e quelli contenenti la richiesta di intervento del servizio ispettivo nonché copia delle richieste medesime.

1.1. La società BJ faceva espressamente presente di essere titolare di un interesse diretto e concreto all'ostensione dei documenti in quanto destinataria dell'accertamento ispettivo da parte dell'INPS in relazione alla attività svolta dalla sig.ra R. D. nella qualità di lavoratore subordinato nei confronti della stessa società di cui peraltro rivestiva la qualità di socio.

1.2. In relazione alla natura della predetta attività pendeva giudizio innanzi al giudice del lavoro di Terni istaurato dalla medesima e diretto al riconoscimento di pretese contributive in relazione all'attività svolta: giudizio nel quale la società BJ si era costituita resistendo alle opposte pretese.

1.3. L'INPS non aveva dato in un primo momento riscontro alle richieste per poi affermare con nota del 17 luglio 2012, n. 8000.17/07/2012.0060493 che la valutazione comparativa degli interessi in esame comportava la prevalenza della tutela alla riservatezza dei dipendenti che hanno reso dichiarazioni rispetto al diritto di difesa del datore di lavoro che risulta nel caso specifico garantito dalle motivazioni contenute nel verbale ispettivo.

1.4. Avverso il diniego è stato notificato in data 14/20 agosto 2012, il ricorso *ex art. 25*, comma 5, della l. n. 241/1990 nel quale si chiede la condanna dell'INPS a consentire l'accesso alla documentazione inerente l'ispezione da cui è scaturito il verbale onde garantire il corretto svolgimento del giudizio e l'esercizio del diritto di difesa, e il risarcimento del danno riguardante l'azione intentata dalla sig.ra R. nella misura da commisurare all'entità dell'importo ingiunto dall'INPS nell'avviso di addebito.

2. Il 21 settembre 2012 si è costituito in giudizio l'INPS che in data 10 ottobre 2012 ha depositato memoria e documenti.

2.1. Il ricorso è stato chiamato alla Camera di consiglio del 19 dicembre 2012, nel corso della quale è stato rappresentato che era in corso la piena ostensione dei documenti ed è stato disposto il rinvio della trattazione alla camera di consiglio del 30 gennaio 2013 (*Omissis*).

2.3. Nell'odierna camera di consiglio, l'INPS ha insistito sul carattere satisfattivo dell'intervenuta ostensione documentale ed ha ribadito la cessata materia del contendere.

2.4. La società ricorrente ha aderito alla richiesta solo limitatamente alla richiesta di accesso ed ha richiesto la condanna dell'ente al risarcimento del danno subito per la mancata tempestiva ostensione.

3. Il Collegio osserva che per la costante giurisprudenza amministrativa, il giudizio proposto, ai sensi dell'art. 116 cpa, per l'accesso alla documentazione amministrativa ha per oggetto l'accertamento di un diritto soggettivo del cui diniego il giudice amministrativo conosce in giurisdizione esclusiva verificando la spettanza o meno del diritto medesimo, ordinando l'esibizione dei documenti richiesti, così sostituendosi all'Amministrazione e ordinandole un *facere*, solo se ne sussistono i presupposti (Cons. St., sez. IV, 26 luglio 2012, n. 4261) (*Omissis*).

3.2. Il legislatore ha, infatti, strutturato il giudizio in materia di accesso non come un giudizio impugnatorio, bensì come un giudizio di accertamento nel quale il giudice è chiamato a valutare direttamente se sussistono i presupposti di legge per ordinare l'esibizione degli atti richiesti (*Omissis*).

3.4. In relazione all'intervenuto deposito, la ricorrente ne ha dichiarato il carattere satisfattivo in relazione alla richiesta di accesso: il presente gravame deve essere dichiarato improcedibile, fermo restando il diritto della ricorrente alla liquidazione delle spese del giudizio per il ritardo rispetto al termine di cui all'art. 25, co. 4, l. n. 241/1990 con cui è avvenuto il deposito e la correlativa ostensione dei documenti.

3.5. Il deposito dei documenti in giudizio, anche se vale a superare le censure nei confronti del diniego in data 17 luglio 2012, n. 8000.17/07/2012.0060493, non determina il venir meno del ritardo rispetto al termine di trenta giorni dalla richiesta di accesso della società BJ spedita il 15 giugno 2012 e ricevuta dall'INPS il 19 giugno successivo.

3.6. D'altra parte, il deposito agli atti dell'intera documentazione è avvenuto in data 21 settembre (con riferimento al verbale ispettivo) e il 22 dicembre 2012 (con riguardo agli altri documenti) e pertanto soltanto dopo la notificazione perfezionatasi il 20 agosto 2012 e il deposito dello stesso realizzatosi il 20 settembre 2012, e pertanto tardivamente.

3.7. In quanto inadempiente in modo tempestivo ai propri oneri, l'INPS deve essere condannata alle spese di giudizio, nella misura da liquidare in motivazione.

4. Deve essere invece disattesa la domanda risarcitoria per il ritardo derivante da lesione del diritto di accesso in disparte ogni riserva sulla sua ammissibilità perché proposta, anziché con quello ordinario, con il rito accelerato *ex art. 25*, l. n. 241/1990 e 116, d.lgs. n. 104/2010 (TAR Lazio Roma, sez. II, 28 febbraio 2003, n. 1669, circa l'utilizzo esclusivo del rito abbreviato per la tutela giurisdizionale del diritto di accesso e l'inammissibilità di domande diverse, compreso il risarcimento del danno derivante da lesione del diritto di accesso).

4.1. Il Collegio non ignora che una tendenza del giudice d'appello collega il risarcimento del danno da ritardo al tempo perduto e all'incertezza dall'inosservanza del termine di conclusione del procedimento (Cons. St., sez. III, 3 agosto 2011, n. 4639; Cons. St., sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4295).

4.2. Ritiene tuttavia di confermare la propria precedente opinione circa la stretta connessione degli elementi costitutivi della responsabilità con l'art. 2043 c.c. e il conseguente onere del danneggiato, *ex art. 2697 c.c.*, di provare tutti gli elementi costitutivi della domanda, non potendosi l'ingiustizia e la sussistenza presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo favorevole (TAR Umbria Perugia, sez. I, 5 aprile 2012, n. 112).

4.3. Anche nel rito dell'accesso è comunque presente un rapporto procedimentale nel quale l'interesse ad ottenere una delibazione tempestiva dell'istanza deve essere rapportata alle ragioni del diniego dell'Amministrazione che, nella specie era, *prima facie*, sorretto dall'osservanza della *privacy* delle altre persone coinvolte nella vicenda da cui è scaturito il giudizio a carico della società BJ innanzi al giudice del lavoro.

4.4. A fronte del fatto obiettivo che la certezza ed il rispetto dei tempi dell'azione amministrativa costituiscano un autonomo bene della vita, sul quale il privato, tanto più se operatore economico, deve poter fare ragionevole affidamento (Cons. St., sez. III, 3 agosto 2011, n. 4639), rimane tuttora prevalente la considerazione che il danno risarcibile, in caso di ritardo della p.a., non è il «tempo perso» in sé, ma la conseguenza dannosa che la lesione del bene tempo abbia sortito nella sfera del danneggiato (TAR Calabria Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2012, n. 450).

4.5. Nel corso dell'udienza di trattazione, è stato dato atto che il procedimento civile intentato dalla R. innanzi al giudice del lavoro per l'asserito riconoscimento di pretese patrimoniali inerenti l'attività prestata in favore della società è tuttora in corso né è stato fornito alcun principio di prova circa il pregiudizio difensivo derivato dal ritardo con cui la società ricorrente è venuta in possesso della documentazione inerente la relazione ispettiva dell'INPS

4.6. Soltanto la presenza di siffatto pregiudizio concreta, infatti, la lesione in capo al ricorrente determinata dal ritardo nell'adozione da

parte dell'Amministrazione della richiesta esibizione e la riparazione per equivalente delle conseguenze derivanti dalla mancata conoscenza della documentazione (TAR Lazio Roma, sez. III, 15 maggio 2012, n. 4382).

4.7. Nel procedimento di accesso, conclusivamente, il fattore «tempo», assume rilevanza al fine della verifica del nesso causale tra il fatto e la lesione: è perciò necessario che una lesione vi sia e sia comprovata anche sotto il limitato profilo del principio di prova dalla cui mancanza discende il rigetto della pretesa in esame.

5. La domanda risarcitoria deve quindi essere respinta in assenza dei necessari presupposti (*Omissis*).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria definitivamente pronunciando, dichiara improcedibile il ricorso per la parte relativa all'accesso ai documenti e lo dichiara infondato per la parte relativa al risarcimento del danno.

Condanna l'INPS alle spese del presente giudizio che liquida nella misura di Euro 4.000/00 (quattromila) compensate per metà oltre IVA, CPA e accessori come per legge in favore della società ricorrente.

(1-4) La difficile cittadinanza del buon andamento nelle due pronunce del TAR Umbria: tra accesso ai documenti delle attività ispettive e risarcimento del danno da mero ritardo.

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *La sentenza n. 31/2013: i fatti.* – 3. *Le norme e il (difficile) bilanciamento tra accesso e privacy, e tra diritto di difesa, buon andamento e protezione del lavoratore.* – 4. *Le dichiarazioni del lavoratore meritano di essere considerati dati personali?* – 5. *Un bilanciamento da ripensare a tutela del lavoratore e del buon andamento delle attività ispettive.* – 6. *La sentenza n. 80/2013: i fatti.* – 7. *L'inammissibilità delle domande di risarcimento nel rito accelerato ex art. 116 cpa.* – 8. *Il "diritto al tempo" come garanzia del buon andamento.* – 9. *Conclusioni.*

1. Entrambe le pronunce della prima sezione del TAR Umbria in esame, scaturiscono da due contenziosi che prendono avvio con l'impugnazione di due richieste di accesso negate da due amministrazioni del lavoro (il Ministero, nel primo caso, e l'INPS, nel secondo) per tutelare la riservatezza del lavoratore.

Le due pronunce, percorrendo due strade differenti, la prima in quanto entra nel merito delle dinamiche atte a trovare un equilibrio tra diritto d'accesso e diritto alla riservatezza e la seconda affrontando la questione della tutela risarcitoria del c.d. danno "da mero ritardo", giungono ad un'unica

conclusione: il buon andamento dell'azione amministrativa è sempre cedevole; il buon andamento ha, davvero, una difficile cittadinanza.

2. La sentenza del 21/01/2013 n. 31 del TAR Umbria costruisce un (difficile) bilanciamento, da un lato, tra diritto d'accesso e diritto alla riservatezza dei propri dati e, dall'altro, tra gli interessi di rilevanza costituzionale sottesi ai due diritti: l'interesse privato (di rilevanza costituzionale) alla difesa, da un lato, e ai due interessi pubblici al buon andamento dell'azione amministrativa di controllo e alla tutela del lavoratore, della sua dignità e alla sua protezione da una condizione materiale di dipendenza, dall'altro. Un bilanciamento che risulta, come vedremo successivamente, di difficile composizione per la giurisprudenza amministrativa, ancora divisa sul punto.

Il ricorrente, avendo ricevuto un verbale di accertamento dalla Direzione territoriale di Perugia del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali per aver presumibilmente impiegato irregolarmente un ex dipendente, decide di presentare istanza di accesso alla medesima amministrazione per estrarre copia di tutta la documentazione inerente il procedimento ispettivo che lo riguardava, comprese le dichiarazioni rilasciate dal lavoratore, al fine di esercitare il proprio diritto di difesa. L'amministrazione decide di negare l'accesso per due ordini di motivi: il primo è la genericità e la non necessità dell'accesso ai fini di una difesa completa e coerente, in virtù di una chiara e soddisfacente motivazione del verbale di accertamento; il secondo motivo è perché la documentazione richiesta concerne atti sottratti all'accesso ai sensi degli artt. 2 e 3 del d. m. 757/1994, contenente il regolamento che elenca le categorie di documenti amministrativi, formati o detenuti dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sottratti all'accesso.

Quanto al primo motivo dell'amministrazione resistente, il giudice amministrativo umbro ha affermato, considerando la copiosa giurisprudenza, che l'amministrazione, nell'accertamento dell'esistenza del diritto d'accesso, non deve entrare nel merito delle modalità di utilizzo dei documenti a cui si chiede l'accesso o della loro necessità per una completa difesa dell'istante, ma deve valutare in astratto l'interesse all'accesso e la sua stretta consequenzialità con il diritto di difesa⁽¹⁾. Come potremo vedere in seguito, però, una maggiore attenzione alle motivazioni che accompagnano l'istanza di accesso sono determinanti per la giusta tutela degli interessi pubblici, *in primis* del buon andamento, sottostanti al diritto alla riservatezza.

Quanto al secondo, il giudice, invece, ha dovuto compiere un nuovo bilanciamento tra il diritto d'accesso del richiedente, determinante per esercitare il proprio diritto a difendersi, e la riservatezza del lavoratore (in qualità di controinteressato *ex art. 22 comma 1, lettera c) della l. n. 241/1990*), che

⁽¹⁾ Lo stesso Collegio cita, nelle considerazioni della sentenza, *ex multis* Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2007, n. 55;

aveva rilasciato dichiarazioni all'amministrazione durante il procedimento di controllo che aveva portato alla formulazione del verbale di accertamento a carico *dell'ex* datore di lavoro, considerando illegittimo quello compiuto dall'amministrazione e ribaltandone la decisione.

3. Ci sembra utile, prima di addentrarci nel caso concreto, una ricostruzione, per sommi capi, del taglio che l'ordinamento ha voluto dare alla risoluzione del possibile conflitto tra i due diritti in esame e della particolare strumentalità del diritto alla riservatezza nel d. m. n. 757/1994, come limite all'accesso a particolari categorie di documenti amministrativi.

Il bilanciamento tra diritto d'accesso e la tutela della riservatezza viene definitivamente composto dal legislatore con l'approvazione del d.lgs. n. 196/2003 e con la modifica della l. n. 241/1990 da parte della l. n. 15/2005.

L'art. 59 del d.lgs. n. 196/2003 dispone che "*i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali*" sono disciplinati dalla l. n. 241/1990, con la sola eccezione dei dati riguardanti la vita sessuale e lo stato di salute (c.d. dati super-sensibili), il cui accesso è disciplinato dall'art. 60 dello stesso Codice *privacy*. A questa previsione normativa bisogna affiancare il novellato (dalla l. n. 15/2005) art. 24 comma 7 della l. n. 241/1990, il quale prevede che "*deve comunque essere garantito ai richiedenti, l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*".

È chiaro come il legislatore veda nell'accesso c.d. difensivo il principale criterio-guida che l'amministrazione (e, se del caso, anche il giudice amministrativo) deve adottare nella comparazione concreta, ai fini di una risoluzione equilibrata, tra diritto d'accesso e diritto alla riservatezza dei dati personali. Il diritto che tende a prevalere sembra essere, quindi, il diritto d'accesso difensivo, considerando, inoltre, che la *ratio* della legge sul procedimento amministrativo, nonostante i molti richiami al principio di trasparenza, costruisce l'istituto unicamente come strumento di tutela delle situazioni giuridiche soggettive⁽²⁾. La tutela della riservatezza è da intendersi, quindi, come un limite "relativo" al diritto d'accesso: un limite che diventa, gradualmente e in funzione della "sensibilità" dei dati personali, sempre più consistente fino a prevalere sul diritto d'accesso⁽³⁾.

⁽²⁾ Si v. i contributi di MERLONI, MARZUOLI, CUDIA, in MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, 2008, Torino; Per una contestualizzazione del diritto d'accesso, anche in relazione al diritto alla riservatezza, dopo le riforme del 2009 si v. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme: Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss..

⁽³⁾ Una puntuale ricostruzione della classificazione che il nostro ordinamento compie sui dati tutelati dal Codice *privacy* (dati personali, dati sensibili, dati super-sensibili e informazioni psicoattitudinali) e sulla risoluzione del loro conflitto con il diritto d'accesso viene compiuta sia in MERLONI, *Istituzioni di diritto am-*

Il compito di costruire questo bilanciamento viene affidato dall'ordinamento all'amministrazione, prima, e al giudice amministrativo (o alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi), poi, i quali devono valutare caso per caso l'intreccio tra accesso e *privacy* e trovare un giusto equilibrio tra i due diritti. Il legislatore chiede, di fatto, all'amministrazione di svolgere un procedimento para-giurisdizionale sul punto e al giudice amministrativo (o alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi) di valutare la sostenibilità e la correttezza giuridica della composizione dell'equilibrio tra diritto d'accesso e diritto alla riservatezza fatto dall'amministrazione ed, eventualmente, compiere una nuova ponderazione dell'equilibrio tra i due diritti⁽⁴⁾.

Chiarito il quadro normativo generale, nel caso in esame, il diritto d'accesso conflige con un diritto alla riservatezza, che si pone in maniera strumentale alla tutela del lavoratore che rilascia dichiarazioni al Ministero del Lavoro durante (o grazie alle quali prende avvio) un'indagine ispettiva e, come sottolineato da parte della dottrina e dalla giurisprudenza, anche alla tutela del buon andamento dell'attività ispettiva stessa, disciplinato dal d. m. n. 757/1994.

Il decreto ministeriale all'art. 2 comma 1 lett. b) e c) dispone che “sono sottratti al diritto d'accesso le seguenti categorie di atti in relazione alla esigenza di salvaguardare la vita privata e la riservatezza di persone fisiche [...]: b) documenti contenenti le richieste di intervento dell'Ispettorato del lavoro; c) documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possono derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o di pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi”. L'art. 3 del d. m. n. 757/1994 disciplina, invece, la durata del divieto di accesso, che per le categorie di atti sopra indicati sono per la prima “cinque anni o finché duri il rapporto di lavoro, nell'ipotesi in cui la richiesta di intervento provenga da un lavoratore o abbia comunque ad oggetto un rapporto di lavoro” e per la seconda “finché duri il rapporto di lavoro, salvo che le notizie contenute nei documenti di tale categoria risultino a quella data sottoposti al segreto istruttorio penale”. Il decreto ministeriale, adottato in applicazione del vecchio testo dell'art. 24 comma 4 della legge sul procedimento, nasce innanzitutto per tutelare il lavoratore che rilasci dichiarazioni durante le attività di controllo dell'Ispettorato del lavoro, da possibili ritorsioni del datore di lavoro o da generali pregiudizi sulla sua persona. Oltre a questo intento, evidente dalla lettura dell'articolato, il d. m. mira a tutelare il buon

ministrativo, Torino, 2012 che in MENICETTI, *Accessibilità e tutela della riservatezza*, in PONTI (a cura di), *Il regime dei dati pubblici*, Bologna, 2008, 193 ss..

⁽⁴⁾ Per un'interpretazione sulla funzione para-giurisdizionale affidata all'amministrazione si v. BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, in CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000, 249 ss..

andamento dell'attività ispettiva, in particolar modo la sua efficacia⁽⁵⁾. La *ratio* della norma è, quindi, quella di tutelare il lavoratore attraverso lo "strumento" del diritto alla riservatezza, e l'"interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione a tutela della sicurezza e della regolarità dei rapporti di lavoro"⁽⁶⁾, garantendo l'efficacia degli strumenti di controllo che l'ordinamento ha predisposto per questo fine.

Il giudice amministrativo umbro, alla luce del quadro giuridico appena delineato e del caso concreto, ha accolto il ricorso del datore di lavoro e ha disposto che l'amministrazione consenta all'interessato di accedere ai documenti richiesti. Il Collegio ha accolto la richiesta costruendo un percorso logico che parte da aspetti più generali per poi entrare nel merito della (non) applicazione del decreto ministeriale al caso specifico. Il Collegio, innanzitutto, prende atto che il diritto d'accesso, dopo la l. n. 15/2005 e dell'adozione del Codice *privacy*, ha assunto un peso maggiore nella sua ponderazione con il diritto alla riservatezza, soprattutto nella sua accezione difensiva: un diritto d'accesso, infatti, che prevale certamente sulla riservatezza dei dati personali e potrebbe prevalere anche di fronte a dati "sensibili" se strettamente necessario alla difesa dell'istante. In secondo luogo il Collegio ritiene di dover disapplicare il decreto ministeriale, in quanto fonte secondaria *contra legem*, a favore della legge sul procedimento amministrativo.

Come si è accennato precedentemente, il d. m. n. 757/1994 è stato adottato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali secondo le disposizioni del vecchio testo dell'art. 24, comma 4, della l. n. 241/1990, le quali prevedevano che *"le singole amministrazioni hanno l'obbligo di individuare, con uno o più regolamenti da emanarsi entro i sei mesi successivi [all'approvazione della legge 241/90], le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso per le esigenze di cui al comma 2 [del medesimo articolo]"*. Tra queste categorie rientrava, alla lett. d), *"la riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese, garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici"*.

Il vecchio articolo 24, quindi, costruiva un'individuazione "decentrata", compiuta da ogni singola amministrazione, dei documenti amministrativi

⁽⁵⁾ Per una più approfondita analisi del d. m. n. 757/1994 si v. Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 736, LEONE, *La richiesta di accesso del datore di lavoro alle dichiarazioni rese dal dipendente in occasione di visita ispettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 762; per una recente sintesi sul tema si v. ANASTASIO, *Accesso agli atti ispettivi e dichiarazioni dei lavoratori*, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 615 e CAMMELLI, *Accesso agli atti e ai verbali ispettivi in materia di lavoro e loro valore nel processo*, in *Rivista del diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2011, 327.

⁽⁶⁾ Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1842; Id., 9 febbraio 2009, n. 736; Id., 3 settembre 2009, n. 5199;

che dovevano essere sottratti all'accesso per salvaguardare esigenze di particolare rilevanza, che, di norma, prevalevano sul diritto d'accesso, ma che non ignoravano il diritto di difesa, come accadeva nel caso descritto nell'art. 24, comma 2, lett. d), sopra riportato.

Con le modifiche apportate alla l. n. 241/1990 dalla l. n. 15/2005, il regime delle esclusioni oggettive dall'accesso è stato modificato, ribaltando l'impostazione precedente. Il nuovo art. 24, da un lato, individua le categorie che sono sottratte all'accesso direttamente dalla legge (comma 1) e, dall'altro, al comma 6, afferma che *“con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi”* e tra i casi citati, la lett. d) dello stesso comma inserisce *“i documenti [che] riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono”*.

Si è passati da un sistema di esclusione “decentrato”, affidato ad ogni singola amministrazione, ad uno “accentrato”, in capo al Governo e al suo potere regolamentare. Né il d.p.r. n. 184/2006, di attuazione del “nuovo” accesso dopo le modifiche della l. n. 15/2005, né altri regolamenti governativi, però, disciplinano il regime delle esclusioni oggettive *ex art. 24* della legge sul procedimento: la disciplina è rimasta inattuata, creando un rilevante vuoto normativo⁽⁷⁾.

Detto ciò, il vero nodo problematico rimane il rapporto tra i vecchi regolamenti delle singole amministrazioni, come il decreto ministeriale in analisi, e il nuovo art. 24 della legge sul procedimento: i vecchi regolamenti rimangono validi fino all'adozione del regolamento governativo che dovrebbe disciplinare l'esclusione dall'accesso o già non sono più applicabili?

Il d.p.r. n. 184/2006, nonostante contenga palesi lacune nella disciplina dell'esclusione, sembra sciogliere definitivamente il nodo. All'art. 15, intitolato *“Abrogazioni”*, il regolamento prevede che *“dalla data di entrata in vigore del presente regolamento sono abrogati gli articoli da 1 a 7 e 9 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352. È altresì abrogato l'art. 8 di detto decreto dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 24, comma 6, della legge”*. Il nuovo regolamento, con questa previsione, mantiene transitoriamente in vigore tutti i regolamenti delle singole amministrazioni che disciplinavano le esclusioni oggettive, in quanto l'art. 8 del d.p.r. n. 352/1992 disciplina proprio i casi di esclusione

⁽⁷⁾ Per un'analisi più approfondita delle problematiche inerenti l'attuazione delle modifiche introdotte dalla l. n. 15/2005 si v. LIPARI, *L'accesso “inaccessibile” (il nuovo regolamento sull'accesso ai documenti amministrativi)*, in *Corr. merito*, 2006, 1067;

ex art. 24, comma 4, della legge sul procedimento vecchio testo.

Questa previsione, già chiara di per sé, è rafforzata dal comma 1 dell'art. 14 dello stesso d.p.r. n. 184/2006, in cui si prevede che "il diritto di accesso non può essere negato o differito, se non nei casi previsti dalla legge, nonché in via transitoria in quelli di cui all'art. 8 del decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352, e agli atti emanati in base ad esso"⁽⁸⁾.

Sembra chiaro, quindi, che il d. m. n. 757/1994, sia tutt'ora vigente e lo sarà fino a quando non entrerà in vigore il nuovo regolamento governativo che disciplinerà tutte le esclusioni oggettive all'accesso.

Il giudice amministrativo umbro ha deciso per la disapplicazione, ma non se ne comprendono le ragioni: il decreto ministeriale in esame, in via transitoria, si pone coerentemente all'interno delle previsioni normative che disciplinano l'accesso. Il legislatore, con la l. n. 15/2005, certamente privilegia il diritto di difesa attraverso l'accesso difensivo, ma, con il regolamento n. 184/2006, ha affiancato a queste previsioni anche dei criteri di esclusione per la tutela della riservatezza: criteri che sono contenuti, ad ora, anche nel d. m. n. 757/1994.

Tornando alle motivazioni della pronuncia, il Collegio continua ritenendo che il diritto alla riservatezza e la protezione del lavoratore da possibili ritorsioni, anche qualora il decreto potesse essere applicato, non possano essere fatte valere ricorrendo al decreto ministeriale suddetto, innanzitutto, perché il rapporto di lavoro è terminato e quindi uscirebbe fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 3 comma 1 lett. c) del decreto, che faceva decadere il divieto di accesso al termine del rapporto di lavoro, salvo che questi atti non fossero oggetto di istruttoria penale (e non è questo il caso, trattandosi di sanzioni amministrative). In secondo luogo perché il richiedente accesso già conosceva il nominativo dell'ex lavoratore dichiarante. La finalità dell'istanza di accesso, evidentemente, non era certamente volta all'individuazione del nome del dichiarante e il divieto di accesso comunque sarebbe irrilevante a fronte di possibili ritorsioni. Ritorsioni, peraltro, continua il giudice amministrativo, da cui il lavoratore è ampiamente tutelato dall'ordinamento.

4. L'impressione che si ha è, dunque, che il TAR Umbria si ponga in continuità rispetto alla giurisprudenza maggioritaria e che utilizzi quasi tutte le argomentazioni che nel tempo sono state portate dai giudici amministrativi a favore dell'accesso a questa particolare tipologia di documenti: un accesso che, di fatto, non recede mai rispetto al diritto alla riservatezza⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ In questo senso anche LIPARI, *Riservatezza e accesso ai documenti: le questioni aperte*, in *Corr. merito*, 2007, 1333. Per una recente pronuncia che considera vigenti tutti i regolamenti delle singole amministrazioni adottate ex art. 24 della l. n. 241/1990, vecchio testo si v. TAR Puglia, 12 novembre 2012, n. 1870, DE SANCTIS, *Il diritto d'accesso e il contro limite dell'accesso difensivo*, in *Corr. merito*, 2013, 568.

⁽⁹⁾ Per la tesi per cui l'accesso prevale sulla riservatezza si v. Cons. St., sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3798 Per la tesi per cui il lavoratore è già tutelato dall'ordinamento

Rispetto a questa impostazione, appare opportuno, in questa sede, svolgere alcune riflessioni tanto sulle motivazioni della pronuncia, quanto sulla più generale tematica del bilanciamento tra interesse all'accesso e interesse alla riservatezza, prendendo spunto da importanti (e per nulla isolate) pronunce di una parte minoritaria della giurisprudenza amministrativa che vanno nel verso opposto⁽¹⁰⁾.

Innanzitutto bisogna ribadire con maggiore chiarezza che i diritti a confronto, il diritto d'accesso e il diritto alla riservatezza, sono strumentali alla protezione di interessi, privati e pubblici, di rilevanza costituzionale. Innanzitutto, il diritto d'accesso è strumentale al diritto di difesa, diritto fondamentale di libertà sancito dall'art. 24 della Costituzione. Il diritto alla riservatezza, invece, si pone strumentalmente per tutelare due interessi pubblici: in primo luogo, la tutela dei diritti del lavoratore, che innegabilmente costituiscono un nucleo privilegiato nel complesso della normativa costituzionale (ex art. 2 della Cost.), e la tutela del lavoratore, in quanto soggetto debole nel rapporto di lavoro, da possibili ritorsioni o pregiudizi che ledano la sua dignità (i diritti sociali, di cui la nostra Costituzione è piena, mirano alla sua protezione da una condizione materiale di dipendenza)⁽¹¹⁾; in secondo luogo, l'interesse pubblico al corretto svolgimento e all'efficacia dei procedimenti ispettivi (attraverso l'acquisizione delle informazioni), in questo caso compiuti dall'Ispettorato del lavoro: in una parola, al buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 della Cost.)⁽¹²⁾.

La rilevanza di questi interessi e il confronto con quello che si contrappone loro (un interesse privato di rilevanza costituzionale, da un lato,

si v. TAR Veneto, 24 maggio 2006, n. 1801; Id., 18 gennaio 2006, n. 301; Cons. St., sez. VI, 2001, n. 5110; TAR Emilia-Romagna, 2001, n. 299; TAR Veneto, 14 maggio 2003, n. 2760; TAR Umbria, 1 settembre 2004, n. 500; TAR Piemonte, 28 luglio 2005, n. 2654. Per l'accesso pieno in caso di cessazione del rapporto di lavoro si v. TAR Veneto, 26 aprile 2006, n. 1130; Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1923. Per la disapplicazione del regolamento ministeriale perché *contra legem* si v. Cons. St., sez. IV, 13 dicembre 2006, n. 498; Cons. St., ad. plen., 4 febbraio 2008, n. 5; Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2006, n. 7389; Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2002, n. 2366; TAR Abruzzo, 7 marzo 2008, n. 128; TAR Veneto, 1 marzo 2006, n. 472; TAR Piemonte, 14 dicembre 2005, n. 4022.

⁽¹⁰⁾ Le più rilevanti in questo senso sono: Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1842; Id., 9 febbraio 2009, n. 736; Id., 3 settembre 2009, n. 5199; si v. anche TAR Lazio, 6 aprile 2010, n. 5671; id., 6 aprile 2010, n. 5672; Id., 14 aprile 2010, n. 6915; Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 1999, n. 65; Cons. St., ad. plen. 4 febbraio 1997, n. 5; Cons. St., sez. VI, 4 luglio 1997, n. 1066; Cons. St., sez. VI, 19 novembre 1996, n. 1604; TAR Veneto, 25 marzo 1995, n. 456.

⁽¹¹⁾ Per una più ampia ricostruzione del quadro costituzionale a protezione del lavoro e del lavoratore si v. DEL PUNTA, *Lezioni di diritto del lavoro*, 2006, Torino, 93 ss..

⁽¹²⁾ In questo senso Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 736, LEONE, *La richiesta di accesso del datore di lavoro alle dichiarazioni rese dal dipendente in occasione di visita ispettiva*, cit..

e due interessi pubblici costituzionalmente garantiti, dall'altro), rendono non del tutto persuasivi, non tanto gli esiti in concreto del bilanciamento operato da giudice amministrativo⁽¹³⁾, quanto piuttosto alcuni dei passaggi argomentativi adottati a supporto.

Questa categoria di documenti amministrativi, contenenti delle dichiarazioni del lavoratore, proprio in virtù del rilievo e della tipologia degli interessi costituzionali sottesi al diritto alla riservatezza, meriterebbero una tutela, nel loro rapporto con il diritto d'accesso, pari a quella garantita ai dati sensibili. Anche in considerazione del fatto che la finalità perseguita mediante la garanzia di riservatezza, nei due casi, appare sostanzialmente omogenea: la tutela da rischi di discriminazione/persecuzione. Nel momento in cui l'amministrazione (o il giudice amministrativo o la CADA) va a bilanciare il diritto d'accesso difensivo con il diritto alla riservatezza del lavoratore dichiarante, l'accesso potrà prevalere soltanto se "strettamente indispensabile" alle finalità difensive, con un chiaro onere, a carico dell'istante, di avere una certa precisione nella motivazione dell'istanza sulla necessità alla propria difesa dei documenti richiesti.

L'impostazione appena descritta, ed elaborata da parte della giurisprudenza amministrativa, sembra essere quella maggiormente equilibrata, considerando che tutela sia il diritto di difesa del datore di lavoro sia la riservatezza in capo al lavoratore dichiarante. Il diritto di difesa non verrebbe meno, non solo perché dovrebbe essere già garantito dalla motivazione del verbale ispettivo che, di norma, dovrebbe essere molto dettagliata proprio per permettere una difesa coerente e completa⁽¹⁴⁾, ma verrebbe comunque garantito dalla disciplina dell'accesso qualora il documento fosse determinante per l'espletamento del diritto. La riservatezza, che protegge degli interessi pubblici, sarebbe garantita in quanto cederebbe a favore dell'accesso solo quando sarà strettamente indispensabile o verrebbe garantita dall'utilizzo dei classici strumenti di anonimato (oscuramento dei dati identificativi, per esempio), essendo le dichiarazioni del lavoratore considerate dati sensibili.

La pronuncia del TAR Umbria in esame, invece, come parte delle pronunce giurisprudenziali in merito, rischia di non dare la giusta rilevanza alla riservatezza del lavoratore che rilascia dichiarazioni (e agli interessi pubblici da essa protetti), degradando le dichiarazioni a semplici dati per-

⁽¹³⁾ In ragione del fatto che il rapporto di lavoro risulta già concluso, infatti, il caso appare effettivamente fuoriuscire dall'ambito di applicazione del d.m. n. 757/1994; ma sul rilievo di tale circostanza, *de iure condendo*, v. *infra*.

⁽¹⁴⁾ Il Codice di comportamento ad uso degli ispettori del lavoro, adottato con decreto direttoriale il 20 aprile 2006 dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, prevede all'art. 15 che "Il processo verbale deve contenere ogni elemento utile a garantire e ad assicurare la possibilità di difesa del presunto trasgressore" e all'art. 16 che "Le conclusioni finali alle quali è pervenuto l'ispettore devono essere adeguatamente motivate, anche al fine di prevenire il contenzioso amministrativo". In questo senso anche TAR Abruzzo, 11 aprile 2008, n. 43, ELEFANTE, *Giust. civ.*, 2009, 2883.

sonali. Il giudice umbro, infatti, avallando la genericità della motivazione di accesso del datore di lavoro (per l'“*esercizio del diritto di difesa in ogni sede*”) e, quindi, respingendo le motivazioni dell'amministrazione che aveva negato l'accesso poiché aveva ritenuto il verbale di accertamento idoneo a garantire una difesa completa, non applica il principio della “stretta indispensabilità” dell'accesso difensivo, necessario affinché questo prevalga sulla riservatezza, evidentemente non ritenendo i dati contenuti in queste dichiarazioni dati sensibili. Il buon andamento e la tutela del lavoratore, quindi, hanno lasciato bruscamente spazio al diritto d'accesso.

5. Il bilanciamento tra diritto d'accesso difensivo e diritto alla riservatezza del lavoratore dichiarante, però, deve essere ripensato dal legislatore, soprattutto alla luce delle ultime sentenze del Consiglio di Stato (in particolare le sentenze n. 1842/2008 e n. 736/2009). Queste, infatti, mettono in evidenza aspetti che, meritano di essere presi seriamente in considerazione. Il primo è la considerazione che anche al termine del rapporto di lavoro non possa essere considerata conclusa la pretesa di tutela del lavoratore dichiarante, in quanto certamente la possibilità di discriminazioni verrebbe meno, ma non la possibilità che ci siano altri pregiudizi. Il Consiglio di Stato, infatti, sottolinea che i pregiudizi al lavoratore potrebbero essere “*rilevanti anche in rapporto all'ambiente professionale di appartenenza, largamente inteso*”⁽¹⁵⁾.

Il secondo aspetto riguarda il caso in cui ci sia un rapporto di lavoro a tempo determinato. Non può escludersi che il datore di lavoro, venuto a conoscenza che le sanzioni irrogate sono state causate dal proprio dipendente, decida di non rinnovare il contratto o non convertirlo in un contratto stabile. Questa circostanza non può essere di certo annoverata nei casi di discriminazione, ma recherebbe, comunque, un serio pregiudizio al lavoratore, aggravato dalla considerazione che, in questo caso, la protezione dell'ordinamento in generale e lavoristico in particolare verrebbe meno.

Il terzo aspetto è rinvenibile nella considerazione del giudice amministrativo che anche gli strumenti di anonimato possono essere poco utili ad una reale tutela del lavoratore. Il giudice amministrativo afferma che la “*situazione di lavoro in cui versa il dipendente di un'impresa di medie e grandi dimensioni, è certamente diversa da quella in cui si trova ad operare un lavoratore di un'impresa di piccole o piccolissime dimensioni. Mentre la dichiarazione resa dal lavoratore operante nella prima situazione, se portata a conoscenza del datore di lavoro nei contenuti, ma non nell'autore, può restare anonima in quanto la riconduzione all'autore può rivelarsi difficile, non altrettanto può dirsi del caso in cui la dichiarazione sia resa da un lavoratore che opera in un'impresa di piccole o piccolissime dimensioni, atteso che in tale caso la dichiarazione da questi resa, ancorché coperta dagli (omissis)*”

⁽¹⁵⁾ Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1842; Id., 9 febbraio 2009, n. 736.

circa il nominativo, può essere facilmente ricondotta al suo autore⁽¹⁶⁾.

In ultimo la riservatezza del lavoratore merita una particolare tutela anche in considerazione dell'importanza dell'affidamento del lavoratore nella riservatezza delle dichiarazioni spontaneamente rese all'organo di vigilanza. L'interesse pubblico all'acquisizione di informazioni per il controllo sulla regolarità e la sicurezza dei rapporti di lavoro (al buon andamento dell'attività ispettiva) risulterebbe irrimediabilmente *“compromesso dalla comprensibile reticenza di lavoratori, cui non si accordasse la tutela di cui si discute mentre il secondo risulta comunque garantito dall'obbligo di motivazione per eventuali contestazioni e dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere*⁽¹⁷⁾.

Per concludere, è evidente come alcune di queste considerazioni, a legislazione invariata, possano risultare come delle forzature del dettato normativo: innanzitutto perché il d. m. n. 757/1994 lega la tutela della riservatezza del lavoratore al rapporto di lavoro (*ex art. 3 del decreto stesso*), permettendo l'accesso in tutti gli altri casi (come nel caso in esame); in secondo luogo perché le informazioni rese dal lavoratore nel corso di attività ispettive non sono rinvenibili nell'art. 4 del d.lgs. n. 196/2003, che elenca tutti i dati che sono considerati sensibili dal nostro ordinamento. Rimane, però, convincente come, anche a normativa invariata, si possa giungere ad un bilanciamento tra accesso e riservatezza che tuteli quest'ultima.

6. La sentenza del 18 febbraio 2013 n. 80, come abbiamo in precedenza accennato, nasce da un procedimento giurisdizionale iniziato con l'impugnazione di un provvedimento di rigetto di un'istanza di accesso simile alla precedente.

La società BJ s.r.l., dopo aver ricevuto un verbale di accertamento, ha chiesto all'INPS, in data 15/06/2012 (ricevuta dall'amministrazione il 19/06/2012), di poter accedere ai documenti amministrativi riguardanti il suo caso, comprese le dichiarazioni rilasciate da una sua dipendente, a seguito delle quali era stato avviato il procedimento di controllo da parte dell'INPS, per potersi difendere. L'amministrazione previdenziale, in data 17/07/2012, rigetta l'istanza di accesso, considerando prevalente la tutela della riservatezza della lavoratrice rispetto al diritto di difesa della società in questione. La società impugna il provvedimento di rigetto e chiede al giudice amministrativo di ordinare all'INPS l'ostensione dei documenti richiesti e di essere risarcita per il danno riguardante l'azione intentata dalla lavoratrice. Alla prima seduta della Camera di consiglio, però, l'INPS dichiara che era in corso la piena ostensione dei documenti richiesti dalla società (iniziata il 21/09/2012 con il deposito in giudizio del verbale di accertamento e terminata il 21/12/2012 con il deposito della restante documentazione) e

⁽¹⁶⁾ TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 1 febbraio 2008, n. 900.

⁽¹⁷⁾ Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 736.

chiede la chiusura del procedimento per cessata materia del contendere. La ricorrente acconsente alla richiesta dell'INPS, ma chiede che il giudizio continui in merito alla richiesta di risarcimento del danno subito per la mancata tempestiva ostensione dei documenti richiesti.

Il TAR, dichiarando cessata la parte del procedimento riguardante l'accesso agli atti amministrativi oggetto del giudizio, rigetta la richiesta di risarcimento da parte della società e condanna l'INPS al pagamento delle spese processuali di entrambe le parti, perché di fatto un ritardo c'era stato.

7. Le motivazioni che hanno portato il giudice amministrativo umbro a rigettare la richiesta di risarcimento, chiaramente spiegate nel dispositivo della sentenza, sono costituite da due argomentazioni portanti.

La prima motivazione è che nel giudizio con rito abbreviato, previsto per i procedimenti giudiziari riguardanti l'accesso (ex art. 25 della legge n. 241/1990, che rimanda all'art. 116 del d.lgs. n. 104/2010), il giudice è chiamato a esprimersi soltanto sulla esistenza o meno del diritto d'accesso ai documenti amministrativi e sulla valutazione dell'operato dell'amministrazione in merito, giudicandola legittima o meno. Altre richieste (come quella del risarcimento del danno da ritardo) non possono essere ammesse, in quanto attengono ad un giudizio con rito ordinario.

L'art. 116 del d.lgs. n. 104/2010, noto come Codice del processo amministrativo, disciplina il procedimento giudiziario in materia di accesso (a cui rimanda anche l'art. 25, comma 5 della legge sul procedimento). Il Codice dedica il Titolo II al "*Rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*" che prevede al comma 1 dell'art. 116 (unico articolo del Titolo II) che "*contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato*" e, continua al comma 4, stabilisce che "*il giudice decide con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità*". La sentenza in forma semplificata viene disciplinata dall'art. 74 del cpa, in cui viene enunciato che "*la motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme*".

Dall'impianto normativo è chiaro come l'art. 116 e la previsione al suo interno di un rito *ad hoc* per l'accertamento della sussistenza o meno del diritto d'accesso, un rito chiaramente accelerato rispetto a quello ordinario, fa supporre, da un lato e ad una prima analisi, che l'interpretazione data dal TAR sia corretta e anche supportata da precedenti pronunce⁽¹⁸⁾: il riconoscimento di un diritto al risarcimento richiede tempi e modalità (basti

⁽¹⁸⁾ TAR Lazio Roma, sez. II, 28 febbraio 2003, n. 1669.

pensare alla valutazione della sua sussistenza) certamente più lunghe rispetto alla brevità dei tempi previsti per questa tipologia di procedimenti giudiziari. In trenta giorni dall'impugnazione del provvedimento (sia esso tacito che esplicito), di norma, il giudice amministrativo deve esprimersi sul caso. Dall'altro lato, l'art. 116 afferma con certezza che i ricorsi contro il rigetto delle istanze di accesso si svolgono con rito accelerato, ma non esclude che il giudice amministrativo possa conoscere, in quella stessa sede, del risarcimento legato al provvedimento impugnato.

Un ipotetico giudizio sul risarcimento, quindi, potrebbe essere avviato con un rito ordinario parallelo o successivo a quello accelerato⁽¹⁹⁾. In realtà, come vedremo meglio in seguito, nei casi in cui si richiede un risarcimento per danno da mero ritardo, come questo in esame, questa impostazione potrebbe essere parzialmente modificata.

8. Con la seconda motivazione, il giudice entra nel merito dell'annosa e travagliata questione della risarcibilità o meno del c.d. danno da mero ritardo. Il giudice amministrativo umbro rigetta la domanda di risarcimento, non solo per la sua inammissibilità in un rito accelerato come abbiamo prima spiegato, ma anche perché non ritiene che il ritardo dell'INPS nell'ostensione dei documenti amministrativi richiesti, possa essere punito con un risarcimento a favore dell'istante poiché uscirebbe fuori dallo schema di responsabilità aquiliana (*ex art. 2043 c.c.*) e poiché la domanda di risarcimento non dimostra tutti gli elementi costitutivi della stessa (*ex art. 2697 c.c.*). Il TAR Umbria, dicendosi cosciente della presenza di una giurisprudenza che va nel senso opposto⁽²⁰⁾, afferma con nettezza, e richiamando altra giurisprudenza⁽²¹⁾, che *“il danno risarcibile, in caso di ritardo della P.A., non è il «tempo perso» in sé, ma la conseguenza dannosa che la lesione del bene tempo abbia sortito nella sfera del danneggiato”* e *“soltanto la presenza di pregiudizio concreta, infatti, la lesione in capo al ricorrente determinata dal ritardo nell'adozione da parte dell'Amministrazione della richiesta esibizione e la riparazione per equivalente delle conseguenze derivanti dalla mancata conoscenza della documentazione”*.

⁽¹⁹⁾ Si pensi alla oramai superata questione della “pregiudizialità” amministrativa e all'autonomia dell'azione risarcitoria dal giudizio di annullamento operata dal nuovo Codice del processo amministrativo. Per una recente panoramica si v. BALLERO, *L'azione risarcitoria nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giust. amm.*, 2010, 192; Si v. anche Cass., sez. un., 24 settembre 2004, n. 19200; BARTOLINI, *Giudice ordinario ed autonomia del rimedio risarcitorio: gli orientamenti della corte di cassazione*, *Giorn. dir. Amm.*, 2005, 287.

⁽²⁰⁾ Cons. St., sez. III, 3 agosto 2011, n. 4639; Cons. St., sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4295. A queste due sentenze richiamate dal giudice amministrativo umbro si v. anche Cons. Giust. Amm., 4 novembre 2010, n. 1368; Cons. St., sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271.

⁽²¹⁾ TAR Calabria Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2012, n. 450; TAR Lazio Roma, sez. III, 15 maggio 2012, n. 4382.

È utile, a questo punto, richiamare sinteticamente le norme che il TAR utilizza nelle proprie argomentazioni.

Il risarcimento del danno dovuto all'intempestiva adozione dei provvedimenti amministrativi da parte delle amministrazioni pubbliche rientra all'interno della responsabilità extracontrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c. (c.d. responsabilità aquiliana), riconosciuta anche per le amministrazioni pubbliche dalla nota sent. n. 500/1999 delle sezioni unite della Corte di cassazione⁽²²⁾.

Secondo l'art. 2043, applicato all'agire della pubblica amministrazione, è risarcibile il "danno ingiusto" causato dalla lesione di un interesse legittimo laddove siano comprovati: la colpa dell'amministrazione – apparato; la lesione del bene della vita meritevole di tutela e sotteso all'interesse legittimo; il nesso tra il comportamento illegittimo dell'amministrazione e l'evento dannoso⁽²³⁾.

L'art. 2697 del c.c., invece, disciplina gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento: essa deve dimostrare e quantificare il danno ingiusto (i c.d. danno emergente e lucro cessante).

Avendo a mente il quadro generale brevemente illustrato, nel caso concreto il danno "ingiusto" è riconducibile al c.d. danno "da ritardo". Questo viene individuato generalmente "nella lesione di un interesse legittimo pretensivo, cagionato dal ritardo con cui l'Amministrazione ha emesso il provvedimento finale inteso ad ampliare la sfera giuridica del privato"⁽²⁴⁾. Il provvedimento, quindi, deve essere positivo, ampliativo della sfera giuridica dell'interessato, anche se adottato in ritardo.

In riferimento a questa definizione, bene ha fatto il TAR ad affermare che non c'è stata o non è stata dimostrata, nel caso di specie, nessuna lesione dovuta alla mancata ostensione dei documenti amministrativi richiesti: il giudice amministrativo, infatti, dichiara che "nel corso dell'udienza di trattazione, è stato dato atto che il procedimento civile intentato dalla R. innanzi al giudice del lavoro per l'asserito riconoscimento di pretese patrimoniali inerenti l'attività prestata in favore della società è tuttora in corso né è stato fornito alcun principio di prova circa il pregiudizio difensivo derivato dal ritardo con cui la società ricorrente è venuta in possesso della documentazione inerente la relazione ispettiva dell'INPS".

⁽²²⁾ Per un'autorevole commento alla famosa sentenza si v. ORSI BATTAGLINI – MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 494. Per un'approfondita e innovativa analisi sul risarcimento del danno nel nostro ordinamento dopo la sentenza si v. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, 2005, Torino.

⁽²³⁾ Si v. DURANTE, *I rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione: istruzioni per l'uso, con un occhio alla giurisprudenza e l'altro al codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2703.

⁽²⁴⁾ Cons. St., sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261, in *Foro amm. CdS*, 2004, 913.

Quello che non è condivisibile in merito alla ricostruzione fatta dal giudice amministrativo umbro, anche se supportata da un consistente se non maggioritaria giurisprudenza⁽²⁵⁾, è la negazione della risarcibilità del c.d. danno “da mero ritardo” (specie del genere danno da ritardo di cui sopra), inteso quale pregiudizio causato dal puro e semplice superamento dei termini procedurali, indipendentemente da qualsiasi valutazione sulla lesione del bene della vita sottostante l’interesse legittimo in giudizio. Ancora meno condivisibile sembra esserlo dopo l’introduzione, effettuata dalla l. n. 69/2009, dell’art. 2 *bis* nell’articolato della legge sul procedimento amministrativo.

L’art. 2 della l. n. 241/1990 disciplina la conclusione del procedimento amministrativo prevedendo un termine suppletivo generale di 30 giorni per tutte le amministrazioni. Questa previsione, considerato livello essenziale delle prestazioni *ex art.* 117, comma 2, lett. m) della Cost. dall’art. 29, comma 2 *bis* della legge sul procedimento, si applica a tutte la amministrazione centrali, regionali e locali, salvo, per queste ultime, la possibilità di prevedere tempi ancora minori. Per le amministrazioni centrali sono previste, ai comma 3 e 4, la possibilità di prevedere tempi non superiori a 90 giorni per determinati procedimenti o non superiori a 180 giorni, “*tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell’organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento*”. Per le Regioni e gli enti locali questa ipotesi, razionalmente estendibile anche a loro, non viene disciplinata.

L’art. 2, al comma 9, così come modificato dal recente d.l. n. 5/2012 convertito in l. n. 35/2012, prevede che il mancato rispetto del termine del procedimento amministrativo “*costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente*”⁽²⁶⁾.

L’art. 2 *bis*, come dicevamo, introdotto dalla l. n. 69/2009, prevede apertamente che le pubbliche amministrazioni “*sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*”.

Il dato normativo, inserendolo in una riflessione sistemica, sembra largamente confermare la rilevanza che l’ordinamento ha dato, nel tempo, al rispetto del termine del procedimento.

Molti commentatori hanno sottolineato come il riferimento al “*risarcimento del danno ingiusto*” presente all’interno dell’art. 2 *bis* abbia creato un definitivo legame tra il risarcimento del danno da ritardo e gli elementi

⁽²⁵⁾ Oltre alle succitate sentenze alla nota 18, si consultino anche Cons. St., ad. pl., 15 settembre 2005, n. 7; Cons. St., sez. V, 2 marzo 2009, n. 1162; Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248; TAR Lombardia, 12 gennaio 2011, n. 35.

⁽²⁶⁾ Per una più attenta descrizione della normativa si v. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit.

del risarcimento *ex art.* 2043 c.c. e stabilito, una volta per tutte, che il danno da mero ritardo non possa essere risarcibile⁽²⁷⁾, ma non hanno dato peso ad altri elementi, anche sistemici, che vanno nel verso opposto.

Innanzitutto sostenere questa tesi significa non dare il giusto rilievo alla modifica operata dal legislatore con la legge n. 69/2009, la quale non solo ha introdotto l'art. 2 *bis*, ma ha anche modificato l'art. 2, introducendo una disciplina del termine molto più stringente (dai 90 si è passati ai 30 giorni) e sottolineando la doverosità del rispetto di esso: l'introduzione della responsabilità dirigenziale prima e quella amministrativo contabile poi, fa sorgere fattispecie sanzionatorie all'interno dell'amministrazione, che non possono essere ignorate. È innegabile che la disciplina in esame cerca di garantire una certezza temporale al rapporto tra cittadino e amministrazione; cerca di assicurare la celerità del procedimento amministrativo a tutela dell'impegno di risorse, della rinuncia ad altre opportunità, dell'esigenza di avvalersi di circostanze favorevoli che non abbiano durata indefinita, maturabili in capo al cittadino stesso mentre aspetta l'esito procedimentale⁽²⁸⁾.

In secondo luogo, l'interpretazione data dal TAR rischia di non dare rilevanza giuridica autonoma ai c.d. interessi procedurali, che autorevole dottrina ha da tempo costruito partendo dalla complessiva impostazione di tutta la legge sul procedimento, la quale dava, per la prima volta, rilievo a questa particolare tipologia di interessi⁽²⁹⁾.

La giurisprudenza più audace ha affermato che l'art. 2 *bis* della l. n. 241/1990 avrebbe costituito un vero "diritto al tempo" che conferirebbe al tempo una propria rilevanza giuridica come bene della vita e che costituirebbe una propria voce di danno e una successiva voce di risarcimento⁽³⁰⁾. Questa impostazione sovvertirebbe anche la stessa classificazione della pretesa del rispetto del termine procedimentale come interesse strumentale di gianniniana memoria.

Infine, dal punto di vista sistemico, il rispetto del termine è uno degli

⁽²⁷⁾ Per dei recenti contributi in questo senso si v. CARANTA – BOLDRIN, *Le azioni risarcitorie nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 245 e DURANTE, *I rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione: istruzioni per l'uso, con un occhio alla giurisprudenza e l'altro al codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*, cit.

⁽²⁸⁾ Cons. St., ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7, CLARICH – FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. appalti*, 2006, 61.

⁽²⁹⁾ Per tutti si v. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 1993, 77; per considerazioni più recenti si v. OCCHIENA, *Prime riflessioni sugli interessi procedurali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 728; id., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, 2002, Milano; PATRONI GRIFFI, *Valori e principi tra potere amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici*, in *Giust. amm.*, 2011.

⁽³⁰⁾ Cons. St., sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, OSELLA, *La centralità del "tempo" nella valutazione della correttezza della Pubblica Amministrazione*, in *Foro amm. CdS*, 2012, 649.

elementi che contribuisce a qualificare l'efficienza dell'amministrazione. Se il buon andamento dell'azione amministrativa significa efficacie ed efficienza dell'azione amministrativa stessa, il "diritto al tempo" costituisce un'ulteriore arricchimento del principio costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa, sancito dall'art. 97⁽³¹⁾.

Detto ciò, dovrebbe essere molto più semplice derubricare la locuzione "danno ingiusto" presente nell'art. 2 *bis* della l. n. 241/1990, in quanto contraddittorio rispetto alla *ratio legis* costituzionale e degli ultimi anni, piuttosto che assolutizzarla (ignorando il resto).

Il riconoscimento del risarcimento del danno da mero ritardo, in chiusura e ritornando su un punto rimasto in sospeso, potrebbe anche ribaltare l'inammissibilità delle domande di risarcimento nel rito accelerato *ex art. 116*: il danno da mero ritardo sarebbe automatico e potrebbe anche essere riconosciuto dal giudice amministrativo durante un giudizio semplificato. D'altronde il cittadino non dovrebbe più dimostrare né la presenza di un danno ingiusto né presentare domanda di risarcimento *ex art. 2697 c.c.*

9. Le due pronunce del TAR Umbria, concludendo davvero, si presentano sia sul particolare bilanciamento tra diritto d'accesso e riservatezza sia sul danno da mero ritardo ancorate alla tradizione giurisprudenziale e agli aspetti formali delle situazioni descritte in queste pagine: nel primo caso, parzialmente indotte dal conflitto tra fonte normativa di primo grado (la legge sul procedimento) e fonte normativa di secondo grado (il d. m. n. 757/1994); nel secondo, scegliendo un'interpretazione giurisdizionale tradizionale (e maggioritaria), ma poco coraggiosa e poco sensibile alle nuove normative degli ultimi anni. Le interpretazioni giurisprudenziali più audaci che, nel primo caso, praticavano un bilanciamento più equilibrato tra diritto d'accesso e riservatezza attraverso una maggiore attenzione alle motivazioni dell'istanza di accesso e alla considerazione delle dichiarazioni dei lavoratori come dati sensibili e che, nel secondo caso, teorizzavano la costituzione, con l'introduzione dell'art. 2 *bis*, di un vero "diritto al tempo", non hanno trovato alcuna cittadinanza: in entrambi i casi, in verità, l'unico a non trovare cittadinanza è stato il principio costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa.

MATTEO FALCONE

⁽³¹⁾ Sul legame tra termine del procedimento e buon andamento, per tutti si v. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit. e SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 30-31.

T.A.R. UMBRIA – 13 febbraio 2013, n. 75 – Pres. LAMBERTI – Est. AMOVILLI – F. F., M. G. F. (avv. Caforio) c. Comune di Orvieto in persona del Sindaco p.t. (avv. Caprio) e nei confronti di Ministero dell'Interno – Prefettura di Terni (Avvocatura dello Stato).

Ordinanze sindacali – Pericolo per la pubblica incolumità – Onere economico – A carico del proprietario - Assenza imputabilità del proprietario – Carattere ripristinatorio dell'ordinanza – Legittimità (art. 54 d.lgs. n. 267/2000).

Ordinanze sindacali – Statuizione spese di esecuzione– Procedimento unitario – Mancata comunicazione di avvio - Infondatezza (art. 54 d.lgs. 267/2000).

Ordinanze sindacali – Opportunità – Sindacabilità – Giurisdizione di merito – Esclusione (art. 54 d.lgs. n. 267/2000 – art. 134 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

Le ordinanze contingibili ed urgenti possono legittimamente rivolgersi nei confronti del proprietario dell'area il quale, per conseguenza, deve sopportare il relativo onere economico delle spese di rimozione, ancorché la situazione di pericolo per la pubblica incolumità non possa essergli imputata, in relazione al carattere non sanzionatorio bensì ripristinatorio del potere in questione (1).

La statuizione relativa alle spese rappresenta un mero corollario dell'ordinanza contingibile e urgente, che non necessita perciò di una separata comunicazione di avvio del procedimento (2).

Al giudice amministrativo è precluso il sindacato in ordine all'opportunità delle ordinanze sindacali, essendo venuta meno, con l'entrata in vigore del Codice del Processo amministrativo, la giurisdizione estesa al merito (3).

(*Omissis*) 1. A seguito del ritrovamento di ordigno bellico sul fondo di proprietà degli odierni ricorrenti, il Sindaco del Comune di Orvieto, con ordinanza n. 29660 l'1 settembre 2011 emessa ai sensi dell'art. 54 T.u.e.l., intimava loro di provvedere alle operazioni di rimozione immediata, in stretta osservanza delle disposizioni della Prefettura di Terni.

Indi, in data 4 settembre 2011, l'impresa E. s.r.l., incaricata dalla Prefettura, provvedeva alla rimozione. Con nota prot. n. 32199 del 21 settembre 2011, la Prefettura, richiamata la suesposta ordinanza sindacale, individuava negli odierni ricorrenti i soggetti obbligati a far fronte alle spese di rimozione (pari a complessivi 34.044,00 euro più i.v.a.) quali proprietari del fondo ove era stato rinvenuto l'ordigno.

I sig.ri F. impugnano sia l'ordinanza sindacale n. 29660 dell'1 set-

tembre 2011, sia la nota prefettizia prot. n.32199 del 21 settembre 2011, deducendo le seguenti censure, così riassumibili:

I. Incompetenza del Sindaco a deliberare in ordine all'attribuzione delle spese, violazione e falsa applicazione dell'art. 54 c. 7 del T.u.e.l., eccesso di potere per illogicità ed irrazionalità manifeste: la normativa di riferimento farebbe rientrare nell'ambito delle competenze del Sindaco la statuizione in ordine alle spese soltanto in caso di mancata ottemperanza del destinatario all'ordinanza sindacale, non potendosi addebitare alcuna spesa in ipotesi di spontanea esecuzione;

II. Violazione e falsa applicazione del D.lgs. 12 aprile 1946 n.320 e s.m., eccesso di potere per illogicità ed irrazionalità manifeste, violazione dell'art. 3 della legge 241/90 per difetto di motivazione: stante il vuoto normativo attuale in materia di bonifica da ordigni e residuati bellici, sarebbe necessario fare tutt'ora riferimento al D. L. Luogotenenziale n. 320/1946, pur se abrogato dal D.lgs. 66/2010, secondo cui l'onere a carico del proprietario del fondo non può superare i 2/3 della spesa totale; la scelta di addossare interamente nei confronti dei proprietari del fondo le suddette spese sarebbe del tutto ingiusta, illogica e priva di congrua motivazione, stante anche la mancanza di richiami normativi da cui dedurre il presupposto dell'imposizione, a fronte dell'interesse pubblico sussistente, che dovrebbe condurre alla sopportazione da parte dell'ente pubblico richiedente dell'intero costo o, quantomeno, di una sua parte.

III. Violazione e falsa applicazione della legge 241/90 per mancato avvio del procedimento in punto di attribuzione delle spese, difetto di istruttoria e di contraddittorio: la determinazione sulle spese, in quanto autonoma e scindibile dal resto dell'ordinanza, non caratterizzata da alcuna urgenza, avrebbe imposto una separata istruttoria, con la garanzia del pieno contraddittorio procedimentale con gli odierni ricorrenti.

Si è costituito il Comune di Orvieto, chiedendo il rigetto del gravame, evidenziando in sintesi:

- la riconducibilità dell'obbligo dei sig.ri F. all'assunzione degli oneri dell'intervento *de quo* all'art. 54 del T.u.e.l., vale a dire ad ordinanza di necessità di natura ripristinatoria, prescindente da ogni giudizio di imputazione dello stato di grave pericolo per la pubblica incolumità;

- l'unico presupposto per il ricorso all'emanazione di una ordinanza contingibile ed urgente sarebbe l'esistenza effettiva di una situazione di pericolo per la pubblica incolumità, come ampiamente motivato e come indubbiamente sussistente nel caso di specie e non contestato;

- la non applicabilità alla fattispecie dell'art. 6 del D.D.L. n. 320/1946, in quanto all'epoca dei fatti già abrogato dall'entrata in vigore del D.lgs. 15 marzo 2010 n.66 (nuovo Codice ordinamento militare); per altro l'art.

22 - bis lett c bis n.2 del detto D.lgs. prevederebbe espressamente, nella diversa ipotesi di bonifica in attività pianificata, l'esclusiva responsabilità per le spese dei proprietari interessati;

- la totale assenza nell'ordinamento giuridico, a differenza che in passato, di norme istitutive di un concorso finanziario della pubblica amministrazione alle spese in questione;

- la rimozione di un ordigno bellico risponderebbe innanzitutto all'interesse del proprietario del fondo e soltanto in secondo luogo della collettività;

- l'unicità e non scindibilità del procedimento per l'emanazione dell'ordinanza di cui all'art. 54 T.u.e.l. quanto agli oneri istruttori a carico dell'Amministrazione; comunque, lo scopo partecipativo sarebbe stato ugualmente seppur *aliunde* raggiunto, avendo i ricorrenti comunque partecipato alle riunioni operative precedenti la rimozione dell'ordigno bellico.

(*Omissis*) Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 16 gennaio 2013, nella quale la causa è passata in decisione.

2. Il ricorso è infondato e va respinto.

(*Omissis*) L'art. 54 del T.u.e.l. approvato con D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, assegna al Sindaco un potere *extra ordinem* a tutela della pubblica incolumità, anche in deroga alle disposizioni di legge vigenti, pur nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle disposizioni costituzionali (Corte Costituzionale 2 luglio 1956 n. 8 e 1961 n. 26); tipica caratteristica del suddetto potere di necessità è la esecutorietà, oggi disciplinata in via generale dall'art. 21 ter della legge 241/90, poiché a norma del comma 7 in ipotesi di inottemperanza dell'ordine impartito, il Sindaco può provvedere d'ufficio a spese degli interessati.

A proposito della dedotta falsa applicazione dell'art. 54 del T.u.e.l. non assume parimenti rilievo la circostanza secondo cui le spese di esecuzione non potrebbero essere addebitate ai destinatari in ipotesi di spontanea ottemperanza, essendo il disposto normativo inequivocabile nel porre comunque in capo ai destinatari la sopportazione dei relativi oneri economici: direttamente nell'ipotesi di spontanea ottemperanza, altrimenti indirettamente, mediante rimborso dei costi anticipati dall'autorità comunale.

Tale norma, che quindi pone interamente a carico dei destinatari le spese necessarie all'esecuzione del provvedimento di necessità, è il presupposto normativo correttamente applicato dal Sindaco e dalla Prefettura per l'addebito delle spese in questione; non può sostenersi l'invocata ultrattività dell'art. 6 del D.D.L. n. 320/1946, non trovando essa alcun fondamento giuridico, trattandosi di norma oggetto di abrogazione espressa da parte del D.lgs. 15 marzo 2010 n.66.

Va poi ribadito l'orientamento giurisprudenziale - da cui il Collegio non ha ragione di discostarsi - secondo cui le ordinanze contingibili ed

urgenti possono legittimamente rivolgersi nei confronti del proprietario dell'area ancorché la situazione di pericolo per la pubblica incolumità non possa essergli imputata, in relazione al carattere non sanzionatorio bensì ripristinatorio del potere in questione (*ex multis* Consiglio di Stato sez V 7 settembre 2007, n. 4718; T.A.R. Lombardia - Milano sez III 1 agosto 2011, n. 2064; T.A.R. Puglia -Lecce sez. II 16 aprile 2012, n. 691).

Alla luce delle suesposte considerazioni, tutte le censure di cui al I e II motivo di gravame risultano infondate.

2.2. Non di meno infondata è la censura di violazione del “giusto procedimento” di cui al III motivo quanto al segmento procedimentale della determinazione degli oneri di esecuzione dell'ordinanza, nel presupposto dell'autonomia di tale fase nell'ambito del procedimento di cui all'art. 54 T.u.e.l., non riscontrabile nel paradigma normativo di riferimento, essendo il procedimento in questione del tutto unitario ed essendo la statuizione sulle spese mero corollario; del resto, come condivisibilmente affermato dalla difesa civica, la pretesa violazione dell'art. 7 della L.241/90 non avrebbe comunque forza invalidante per il raggiungimento “*aliunde percepto*” dello scopo partecipativo, avendo comunque i ricorrenti fattivamente partecipato alla riunione operativa del 1 settembre 2011 (precedente la rimozione dell'ordigno) con tutte le Amministrazioni interessate, secondo la consolidata tesi giurisprudenziale della non annullabilità provvedimento per “conseguimento dello scopo” (*ex plurimis* T.A.R. Puglia-Lecce sez II 24 agosto 2006, n.4281; T.A.R. Calabria - Catanzaro sez I 12 dicembre 2012, n. 1167) diversa e ben distinta dal criterio legale della c.d. “identità del risultato” codificato dall'art 21-octies L.241/90 (Consiglio di Stato sez VI 17 ottobre 2006, n. 6194; T.A.R. Puglia Bari sez II, 25 giugno 2009, n.1605).

2.3. Ne consegue, alla luce delle suesposte considerazioni, l'infondatezza di tutte le censure dedotte avverso gli impugnati provvedimenti, essendo precluso a questo giudice un sindacato sotto il profilo dell'opportunità delle ordinanze sindacali contingibili ed urgenti, essendo venuta meno, con l'entrata in vigore del Codice del Processo amministrativo, la giurisdizione amministrativa estesa al merito, in tal fattispecie prima contemplata dal combinato disposto di cui agli artt. 7 della L.1034/1971 e 1 del T.U. n.1058/1924 (vedi art. 134 cod. proc. amm.).

(*Omissis*) Pertanto, a seguito dell'intervenuta abrogazione dell'art. 6 del D.D.L. n. 320/1946, la mancata previsione da parte dello Stato di una compartecipazione in forma di indennizzo o di contributo per la rimozione degli ordigni bellici, per quanto opinabile sotto il profilo della mera opportunità, non è sindacabile nemmeno in punto di legittimità costituzionale, rientrando nella discrezionalità del legislatore la scelta di non prevederla, specie nell'attuale contesto di recessione economica.

(*Omissis*) Per i suesposti motivi il ricorso è infondato e va respinto.

(1-3) Le ordinanze contingibili e urgenti tra atipicità e controllo giurisdizionale.

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Natura, funzioni e limiti delle ordinanze contingibili.* – 3. *Unicità del procedimento, mancata comunicazione di avvio e controllo giurisdizionale.* – 4. *Note conclusive.*

1. La questione sottoposta all'attenzione del TAR umbro rappresenta una occasione per la giurisprudenza amministrativa di attuare una *actio finium regundorum* attorno all'istituto delle ordinanze contingibili e urgenti; attività di regolamentazione che risulta necessaria in relazione al carattere stesso di tali ordinanze, relative ad eventi imprevedibili, ai quali “*non può farsi fronte mediante l'esercizio dei poteri ordinari*”⁽¹⁾ e che, conseguentemente, necessitano di derogare alle leggi vigenti.

Istituto atipico per eccellenza, i poteri d'ordinanza “*rispondono ad un compito insostituibile: di fungere da valvola nei casi imprevisi, in cui la norma non appronta alcun provvedimento necessitato (tipico) per intervenire: un compito [...] che può dirsi di integrazione della lacune dell'ordinamento*”⁽²⁾. Il caso di specie rappresenta l'occasione per lo scrivente, partendo da un caso concreto, secondo una metodologia tipica del *judge made law*, di inquadrare natura, contenuto e limiti di dette ordinanze e valutarne la tenuta ordinamentale.

La vicenda *de qua* trae origine dal ritrovamento di un ordigno bellico su un fondo di proprietà privata, cui seguiva un'ordinanza sindacale *ex art. 54, comma 4, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267* con la quale si intimava ai proprietari la relativa immediata rimozione. Su incarico della Prefettura, un'impresa provvedeva alla rimozione e, con successiva nota prefettizia, richiamata l'ordinanza sindacale, venivano individuati nei proprietari i soggetti obbligati a far fronte alle spese di rimozione.

Avverso tale nota, impugnata in uno con l'ordinanza sindacale, i proprietari del fondo in cui era stato rinvenuto l'ordigno, ricorrevano al Tribunale amministrativo umbro censurando tali provvedimenti sotto molteplici profili tra cui la violazione e falsa applicazione del d.lgs. lt. 12 aprile 1946 n. 320, sulla compartecipazione dello Stato alle spese di rimozione dell'ordigno e la mancata comunicazione di avvio del procedimento in punto all'attribuzione delle spese, il conseguente difetto di istruttoria e la mancata instaurazione del contraddittorio.

Il Comune, costituitosi, chiedeva il rigetto del gravame, richiamando

⁽¹⁾ CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 353.

⁽²⁾ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, citato in CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Seconda edizione, Torino, 2011, 301.

l'attenzione dei giudicanti sulla natura ripristinatoria dell'ordinanza emanata, sulla sussistenza della situazione di pericolo per la pubblica incolumità, quale unico presupposto di fatto per l'adozione di misure di tal fatta, nonché la non applicabilità delle norme di cui al decreto legislativo del 1946, ormai abrogato; in ultimo, l'unicità e non scindibilità, anche in relazione alla attribuzione delle spese, del procedimento per l'emanazione dell'ordinanza per cui vi è causa. Il TAR umbro, sulla scorta di puntuali ragionamenti che, nel prosieguo, saranno brevemente analizzati, respingeva il ricorso.

2. Le ordinanze contingibili e urgenti rientrano nell'accezione di potere straordinario, ossia il potere previsto *“per far fronte a situazioni straordinarie, cioè non prevedibili, tale da rompere l'ordine prestabilito relativamente a un determinato assetto di amministrazione”*⁽³⁾.

Il nostro ordinamento conosce, essenzialmente, due figure di ordinanze, attribuite ad altrettanti soggetti: le ordinanze prefettizie e le ordinanze sindacali.

Per quel che qui rileva, le ordinanze contingibili e urgenti per la tutela della pubblica incolumità, è l'art. 54 del testo unico enti locali ad attribuire al sindaco tale potere; sindaco che, nel caso *sub iudice*, è non tanto rappresentante dell'ente esponenziale di riferimento, quanto ufficiale di Governo⁽⁴⁾.

Norma modificata nel 2008, nell'ambito del c.d. pacchetto sicurezza, il nuovo potere d'ordinanza non è più rivolto solo alle ipotesi di contingibilità e urgenza in materia di pubblica incolumità, ma anche ad ipotesi di sicurezza urbana. Prima dell'intervento falciante della Consulta⁽⁵⁾, il legislatore aveva previsto, nell'ambito della novella testé richiamata, un generale potere di ordinanza *“anche in assenza di situazioni connotate da contingibilità e urgenza”*⁽⁶⁾ (su cui *infra*).

⁽³⁾ CERULLI IRELLI, *Principio di legalità*, op. cit., 353.

⁽⁴⁾ Art. 54, comma 1, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dall'art. 6, d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni dalla l. 24 luglio 2008, n. 125. La previgente formulazione dell'articolo vedeva la possibilità per il Sindaco di adottare ordinanze contingibili e urgenti *“al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità del cittadino”*. A seguito della novella, invece, *“il sindaco, quale ufficiale di Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”*.

⁽⁵⁾ Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115. La pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 4 dell'art. 54 t.u.e.l., come sostituito dall'art. 6 del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 24 luglio 2008, n. 125, nella parte in cui comprende la locuzione *“, anche”* prima delle parole *“contingibili e urgenti”*.

⁽⁶⁾ ITALIA – BOTTINO, *Il potere di ordinanza del Sindaco, in materia di “incolumità pubblica” e “sicurezza urbana”, nella giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 9, 3022 ss.

E, certamente, lo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente stride con alcuni principi dell'ordinamento, quali il principio di legalità, i principi di tipicità e gerarchia delle fonti e il principio di riserva di legge; tali criticità, che “*rinviano alle fondamenta del nostro ordinamento*”⁽⁷⁾, non sono state ancora del tutto risolte, sebbene la Consulta si sia pronunciata più volte in punto alla loro legittimità costituzionale.

Nell'ambito del potere di ordinanza sindacale, il Giudice delle leggi ha, infatti, avuto la possibilità, nel corso degli anni, nel suo ruolo di “guardiano” dell'ordinamento, di operare un “cesello” attorno a questo potere innominato, arrivando a qualificarlo e a dargli forma e limiti⁽⁸⁾.

Anzitutto, non può revocarsi in dubbio si tratti di atti amministrativi, adottati limitatamente “*nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico*”⁽⁹⁾, oltre che proporzionali rispetto alla situazione di fatto da fronteggiare.

Il profilo maggiormente arduo da definire pertiene alla possibilità, riconosciuta a dette ordinanze, di potere derogare temporalmente alla disciplina legislativa vigente, ossia la possibilità per le stesse, seppur limitatamente ad un determinato territorio e per un periodo contingentato, di contrastare la legge.

La Corte, sollecitata sul punto, ha statuito che le ordinanze non possono essere “*in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria*”⁽¹⁰⁾.

Locuzione non semplice da interpretare, gli elementi cardinali dell'ordinamento, secondo autorevolissima dottrina, sarebbero rappresentati dai principi essenziali quali il “*divieto di sopprimere la proprietà o la libertà commerciale, di non conformarsi al principio di uguaglianza*”⁽¹¹⁾, di imporre tributi che assumano carattere di imposta.

⁽⁷⁾ RISSOLIO, *Poteri di ordinanza del sindaco dopo la sentenza della corte costituzionale 4 aprile 2011, n. 115*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, 6, 2183.

⁽⁸⁾ Senza presunzione di completezza, si possono citare: Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8; Corte cost. 27 maggio 1961, n. 26; Corte cost. 29 settembre 1982, n. 150; Corte cost. 9 novembre 1992, n. 418; Corte cost. 5 febbraio 2003, n. 39; Corte cost. 30 ottobre 2003, n. 327; Corte cost. 3 marzo 2006, n. 82; Corte cost. 14 luglio 2006, n. 284; Corte cost. 6 ottobre 2006, n. 323; Corte cost. 26 luglio 2007, n. 237; Corte cost. 7 aprile 2011, n. 115.

⁽⁹⁾ Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, punto sub 3) dei considerato in diritto.

⁽¹⁰⁾ Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26, punto sub 5) dei considerato in diritto. La corretta lettura di tale *dictum*, secondo il Cerulli Irelli, non passa attraverso la distinzione tra riserva assoluta e relativa di legge, ma sulla base della necessità: con ciò, laddove sono previsti poteri amministrativi anche in materie coperte da riserva assoluta, come, a titolo esemplificativo, divieti di riunioni in luogo pubblico, tali materie possono essere oggetto del potere di ordinanza in presenza del relativo presupposto di fatto.

⁽¹¹⁾ CERULLI IRELLI, *Principio di legalità, op. cit.*, 360. L'A. richiama in nota CALVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, 236 che, a

Chiaro è che tale formula è suscettibile di aggiornamento. Nel corso degli anni, infatti, la Corte ha avuto modo di individuare nuovi elementi “cardinali”, quale quello, a titolo esemplificativo, di leale cooperazione tra livelli di governo: “*l’esercizio del potere di ordinanza deve quindi risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali*”⁽¹²⁾.

Altro elemento su cui la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi è stato il nuovo art. 117, comma 1, Costituzione, che vede affiancare “*alle norme e ai principi costituzionali [...] le norme e i principi dell’ordinamento europeo a qualsiasi fonte di diritto europeo essi siano rapportabili*”⁽¹³⁾.

Quanto poi alla capacità di dette ordinanze di innovare l’ordinamento giuridico, sempre la Corte afferma come le stesse comunque non rientrino tra le fonti dell’ordinamento né possano, in alcun modo, innovare il diritto oggettivo: si è di fronte ad uno strumento in grado di comprimere, temporaneamente e in riferimento ad un determinato territorio, il carattere esecutivo della legge⁽¹⁴⁾.

Si tratta, quindi, di atti amministrativi, rientranti nel contesto dei poteri amministrativi volti a far fronte a situazioni non preventivabili, né altrimenti sostenibili, in grado, in un determinato territorio, e per un periodo di tempo limitato alla situazione da risolvere, di derogare anche alle fonti dell’ordinamento.

Ciò che caratterizza il potere di ordinanza è, dunque, la mancanza di un contenuto predeterminato; contenuto che, invece, viene “*di volta in volta determinato con lo stesso atto di ordinanza, restando il relativo potere di ordinanza virtualmente libero di scegliere qualunque oggetto entro quella materia e per quei fini*”⁽¹⁵⁾.

La novella dell’art. 54 qui in commento, occorsa nel 2008, aveva inizialmente modificato, in maniera sensibile, i poteri del sindaco, introducendo le c.d. ordinanze ordinarie⁽¹⁶⁾.

sua volta, richiama CAMMEO, *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di ORLANDO, vol. IV, parte II, Milano, Soc. Editrice Libreria, 1905, 258 s.

⁽¹²⁾ Corte cost., 5-14 aprile 1995, n. 127, punto sub 2) considerato in diritto.

⁽¹³⁾ CERULLI IRELLI, *Principio di legalità*, op.cit., 174.

⁽¹⁴⁾ Corte cost., 4 gennaio 1977, n. 4; “*le ordinanze, anche se e quando (eventualmente) normative non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge*”.

⁽¹⁵⁾ RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Novissimo Dig. It.*, Padova, 1965, XII.

⁽¹⁶⁾ Con detta locuzione la dottrina aveva definito le ordinanze, aventi i medesimi caratteri delle ordinanze contingibili e urgenti, ma adottabili anche in assenza di detti requisiti, con la potenzialità di potere derogare alla legge in assenza però di quei presupposti di fatto. Cfr., in dottrina, ITALIA – BOTTINO, *Il potere di ordinanza*

La Consulta veniva investita della questione per due volte: nella prima⁽¹⁷⁾, fatta valere in via principale dalla Provincia autonoma di Bolzano, la Corte faceva salva la norma; nella seconda⁽¹⁸⁾, introdotta in via incidentale, l'intervento della Corte conduceva alla soppressione della locuzione “, anche”, contenuta nel comma 4 dell'art. 54 novellato, con ciò riducendo sostanzialmente in pristino la disposizione vigente prima della novella del 2008.

Accanto a detti tipi di ordinanza – e sempre nell'ambito di quella che viene definita amministrazione dell'emergenza⁽¹⁹⁾ –, il nostro ordinamento conosce, appunto, i c.d. poteri dell'emergenza; poteri attribuiti al Governo, esercitati per il tramite di commissari delegati, nell'ambito del dipartimento della protezione civile. Tali tipi di poteri straordinari si differenziano da quelli attribuiti al Sindaco e, in una sorta di tassonomia che è emersa nel corso degli anni in base alle esigenze di volta in volta prospettatesi, vede distinguersi tre ipotesi: le ordinanze emanate dalla presidenza del consiglio dei ministri nell'ambito delle calamità naturali, quali i terremoti, sismovimenti, frane, smottamenti che interessano un determinato territorio⁽²⁰⁾;

del sindaco, op. cit., 3022 ss.; CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, in *Giur. cost.*, 2, 2011, 1600 B, nota a Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115.

⁽¹⁷⁾ Corte cost., 1 luglio 2009, n. 196. La Corte, nell'ambito di una valutazione circa la possibile vulnerazione di competenze legislative dell'ente provinciale, sostanzialmente faceva salva la norma, riconoscendo, in relazione al concetto di sicurezza urbana, come specificato dal d.m. 5 agosto 2008, cui il comma 4 *bis* dell'art. 54 rinviava, la possibilità per il sindaco di adottare ordinanze con la finalità di prevenire o reprimere reati, senza che ciò potesse in alcun modo ridondare nell'ambito delle competenze di polizia amministrativa attribuite alla provincia autonoma.

⁽¹⁸⁾ Corte cost., 7 aprile 2011, n.115. Nel caso di specie, il giudice *a quo* sollevava questione di legittimità costituzionale, in quanto la nuova formulazione della norma avrebbe potuto costituire in capo al sindaco un potere di ordinanza anche in assenza della contingibilità e urgenza; concretamente, il sindaco, secondo la ricostruzione paventata dalla corte territoriale remittente, avrebbe potuto adottare ordinanze *contra legem* al di fuori dei presupposti dettati per le “normali” ordinanze sindacali. In questo caso, non essendovi i limiti dettati per il sindacato di legittimità costituzionale sollevato nell'ambito dei rapporti tra Stato e Regioni, la Corte, evidentemente sensibile al tema, dichiara l'illegittimità della norma nella parte in cui, in presenza della locuzione “, anche”, la formulazione della norma possa dar adito alla lettura prospettata dal giudice remittente.

Sul punto si veda MELONI, *Le ordinanze (forse non solo) ordinarie dei sindaci in materia di sicurezza urbana tra legalità sostanziale e riserve relative (il detto e il non detto della sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale)*, in *www.federalismi.it*, 2011, 4, il quale afferma “con una interpretazione strettamente letterale il Giudice delle leggi ricava dalla disposizione impugnata la duplice tipologia di ordinanze, desumendo inevitabilmente dalla formulazione della norma attributiva di provvedimenti “anche” contingibili e urgenti la presenza dei provvedimenti ordinari a fianco di quelli emergenziali”.

⁽¹⁹⁾ Cfr. sul punto, FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008.

⁽²⁰⁾ Artt. 2 e 5, l. 24 febbraio 1992, n. 225. Art. 5 *bis* d.l. 7 settembre 2001 n. 343.

le ordinanze emanate in relazione ai c.d. grandi eventi e quelle emanate in relazione alla c.d. *maladministration* ⁽²¹⁾.

Se in relazione alle ordinanze emanate in presenza di calamità naturali non vi sono dubbi in ordine al carattere di contingibilità e urgenza – dato proprio dalla verifica e dall'accertamento, operato dal Governo, della sussistenza dello stato di calamità –, qualche dubbio può porsi in relazione alla applicazione dello stesso *regimen* alle ipotesi, invece del tutto preventivabili e affrontabili con gli strumenti che l'ordinamento attribuisce, dei grandi eventi e della cattiva amministrazione ⁽²²⁾.

Il quadro che emerge, a proposito dei poteri di emergenza, è tale da dover determinare un distinguo: in presenza di situazioni di emergenza

⁽²¹⁾ Cfr. sul punto, CERULLI IRELLI, *Principio di legalità*, op. cit., 381. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'emergenza rifiuti in Campania, all'emergenza idrica in Sicilia ovvero, in riferimento ai grandi eventi, al Grande Giubileo del 2000 o alle Olimpiadi invernali di Torino.

⁽²²⁾ In particolare, le criticità riguardanti tali ordinanze sono essenzialmente rappresentate da tre ordini di ragioni: il potere del Governo di adottare ordinanze; i presupposti di fatto e la derogabilità alle norme vigenti. Quanto al potere del Governo di adottare ordinanze che, nel corso degli anni ha assunto carattere "debordante" (cfr. in dottrina CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, 10), parte della dottrina (cfr. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale definizioni e modelli*, Milano, 2003, 445 ss.; ESPOSITO, *Decreto Legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962) ritiene che l'unico strumento che l'Esecutivo abbia a disposizione sia rappresentato dal decreto legge; detta posizione contrastata, sebbene a certi limiti, da altra autorevole dottrina (cfr. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, op. cit.; CERULLI IRELLI, *Principio di legalità*, op. cit., 378 ss., secondo l'ultimo A. non è ostativo il fatto che l'esecutivo abbia a disposizione lo strumento del decreto legge: l'ordinanza, infatti, in presenza di vere emergenze garantisce quella flessibilità, accompagnata comunque dal controllo giurisdizionale, attraverso cui è possibile ottenere la ritrazione temporanea delle norme derogate ai fini del superamento dell'emergenza, con conseguente, successiva, riespansione della forza delle leggi), lascia emergere un dato di fatto: si tratta di poteri da utilizzare *cum grano salis*. Quanto ai presupposti di fatto, sulla base dei quali viene ad essere esercitato il potere di ordinanza, essi debbono consistere in quei fatti eccezionali e imprevedibili non fronteggiabili con mezzi ordinari; diversa è la ipotesi dei grandi eventi o della *maladministration*, presupposti che, secondo autorevole dottrina (cfr. sempre CERULLI IRELLI, *cit.*), rendono incostituzionale la norma nella parte in cui consente l'esercizio del potere d'ordinanza. In ultimo, le deroghe alle norme vigenti non possono afferire ad interi settori normativi, senza alcuna specificazione in relazione all'oggetto. La Corte costituzionale, nella sentenza 14 aprile 1995, n. 127, ha affermato un principio fondamentale: "*non spetta allo Stato, e per esso al Presidente del Consiglio dei ministri, introdurre prescrizioni per fronteggiare lo stato d'emergenza che conferiscano ad organi amministrativi poteri d'ordinanza non adeguatamente circoscritti nell'oggetto, tali da derogare a settori di normazione primaria richiamati in termini assolutamente generici, e a leggi fondamentali per la salvaguardia dell'autonomia regionale, senza che sia richiesta l'intesa con la Regione per la programmazione degli interventi*".

‘vere’, per le quali la disciplina dettata dalla legge della protezione civile reca una normativa di necessità e urgenza, si è di fronte ad una ipotesi sostanzialmente analoga alle ordinanze sindacali qui in commento ⁽²³⁾; le altre due fattispecie, invece, rappresentano una “forzatura”, la cui esistenza non dovrebbe consentire una deroga indiscriminata ai principi generali dell’ordinamento.

Anche tali provvedimenti sono sottoposti al controllo giurisdizionale, nella misura in cui il presupposto di fatto posto a fondamento dell’esercizio di tali poteri si riveli non veritiero.

3. Nel caso *sub iudice*, la difesa del ricorrente sottolineava la necessità di un procedimento ulteriore ai fini dell’attribuzione delle spese relative alla rimozione dell’ordigno. Occorre significare, sul punto, come la disciplina contenuta nell’articolo 54 preveda l’attivazione del meccanismo di urgenza con l’adozione dell’ordinanza contingibile e urgente in presenza del presupposto, nel caso di specie emerso, della tutela della pubblica incolumità.

Ad una analisi della cronistoria degli eventi, peraltro, emerge come l’ordinanza sia stata portata a conoscenza dei ricorrenti e, solo dopo il passaggio di alcuni giorni, nell’inerzia dei destinatari del provvedimento, una ditta, su incarico della Prefettura, avrebbe provveduto alla rimozione.

Occorre evidenziare, come giustamente chiarificato dal TAR umbro, che la natura dell’ordinanza contingibile sia ripristinatoria, ossia finalizzata a ricondurre nell’alveo della normalità una situazione che potrebbe arrecare nocimento all’incolumità della comunità; pertanto, la condanna alle spese ne è un mero corollario, conseguente alla mancata attivazione da parte dei proprietari del fondo, nei tempi strettissimi, dettati, appunto, dall’urgenza di provvedere. La norma, al proposito, è chiara: il comma 7 dell’art. 54 dispone che il Sindaco provvede a spese degli interessati addebitando agli stessi i relativi costi.

A nulla rileva il richiamo, operato dai ricorrenti, secondo il quale troverebbe applicazione il d.lgs. lt. 320 del 1946, recante norme in tema di bonifica di campi minati ⁽²⁴⁾ quanto all’attribuzione delle spese. Il Collegio, in argomento, rimarca *in primis* l’abrogazione di detta legge ad opera del codice dell’ordinamento militare e, *in secundis*, che il comma 7 dell’art. 54 t.u.e.l. è chiaro in punto all’attribuzione delle spese: *in claris non fit interpretatio*. D’altronde, come giustamente osservato, non spetta al giudice valutare scelte di politica legislativa, la cui ponderazione trova il proprio naturale *locus standi* all’interno del Parlamento, che, evidentemente, ha ritenuto di non dovere attribuire alcun onere in capo allo Stato in dette ipotesi.

⁽²³⁾ CERULLI IRELLI, *Principio di legalità*, op. cit., 380.

⁽²⁴⁾ Il d.lgs.lt. 12 aprile 1946 n. 320 recava la disciplina della bonifica dei siti minati e attribuiva, in caso di ritrovamento di un ordigno, al proprietario la spesa relativa alla sua rimozione in misura non superiore ai 2/3.

Anche per quanto concerne il mancato avvio del procedimento, in punto alla attribuzione delle spese relative alla riduzione in pristino della situazione, correttamente il TAR umbro ha osservato come l'ordinanza contingibile e urgente rappresenti uno schema unitario, non suscettivo di ripartizione, e che la violazione dell'art. 7 della l. 7 agosto 1990 n. 241 nel caso di specie risulti infondata, in quanto le parti, avevano avuto notizia dell'avvio del procedimento *aliunde*, ossia per il tramite di una riunione convocata in prefettura, alla quale gli stessi proprietari erano presenti, con all'ordine del giorno la necessità e l'urgenza dell'intervento *de quo*.

I giudici evidenziano, altresì, come l'ipotesi qui in commento, riconducibile alla non annullabilità provvedimento per "conseguimento dello scopo" risulti diversa dal criterio legale della c.d. "identità del risultato", recata dall'art. 21 *octies* della legge sul procedimento amministrativo. Affermazione, quest'ultima, che fa sorgere spontaneo un quesito: ci si chiede, in particolare, se il collegio si sarebbe pronunciato diversamente in assenza di una comunicazione di avvio del procedimento non *aliunde percepta*.

La risposta non può che essere negativa: si tratta, anzitutto, di provvedimenti urgenti, come tali stridenti con il principio della partecipazione procedimentale, e poi di provvedimenti il cui contenuto (ancorché atipico per la sua relazione al caso concreto) non può essere diverso da quello in concreto adottato (ordine di ripristino), con conseguente applicazione, in via residuale dell'art. 21 *octies*, comma 2, l. 241 del 1990⁽²⁵⁾. Sul punto, la giurisprudenza è granitica⁽²⁶⁾: le ragioni di urgenza, se ritualmente rappresentate, consentono di derogare al dovere di comunicazione di avvio del procedimento; ciò nella misura in cui, in un bilanciamento di interessi, prevalga l'esigenza di rimuovere la situazione di fatto generatrice del pericolo per la pubblica incolumità.

⁽²⁵⁾ TAR Lazio, Roma, sez. II, 14 maggio 2010, n. 11327 oltre che escludere la necessità della comunicazione di avvio del procedimento, affronta il tema dell'art. 21 *octies*, i.e. la non incisività dell'intervento del privato nel procedimento.

⁽²⁶⁾ Si veda, *ex multis*, TAR Campania, Napoli, sez. V, 27 settembre 2012, n. 3987: "Il ricorso allo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente, giustifica l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento unicamente in presenza di una "urgenza qualificata", in relazione alle circostanze del caso concreto, che deve essere debitamente esplicitata in specifica motivazione sulla necessità e l'urgenza di prevenire il grave pericolo alla cittadinanza anche perché sussiste un rapporto di conflittualità e di logica sovraordinazione tra l'esigenza di tutela immediata della pubblica incolumità e l'esigenza del privato inciso dall'atto amministrativo di avere conoscenza dell'avvio del procedimento". Ancora, in senso conforme: TAR Veneto, Venezia, sez. III, 6 marzo 2007, n. 637; TAR Liguria, Genova, sez. I, 2 gennaio 2008, n. 3. In maniera ancor più chiara, si rinvengono altre pronunce che escludono l'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento in presenza di una ordinanza contingibile e urgente: TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 marzo 2012, n. 245; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 3 maggio 2011, n. 606; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 15 novembre 2010, n. 2691; TAR Campania, Napoli, sez. II, 27 marzo 2009, n. 1650; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 28 settembre 2005, n. 1490.

Nel caso di specie, come emerge chiaramente dal testo della sentenza, la situazione di pericolo era in *re ipsa*: il rinvenimento di un ordigno bellico, sebbene a distanza di anni, poneva l'Amministrazione nell'obbligo di provvedere, ciò anche in ragione della conoscenza di un elemento di pericolo che, se si fosse concretato in un vero e proprio pregiudizio per la collettività, avrebbe posto in condizioni di responsabilità chi aveva ommesso di agire pur conoscendo la situazione ⁽²⁷⁾.

Quanto al controllo giurisdizionale, è il giudice amministrativo chiamato a sindacare tali ordinanze e ad accertare l'illegittimità delle stesse, se ed in quanto sussistente. Sino all'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo, in particolare, sulle ordinanze contingibili e urgenti il giudice amministrativo aveva una giurisdizione estesa al merito ⁽²⁸⁾.

Preliminarmente, si deve dar atto del fatto che l'effettiva portata del sindacato di merito innanzi al giudice amministrativo non è pacifica. Secondo autorevole dottrina ⁽²⁹⁾ è e rimane netta la distinzione tra "amministrazione" e "giudice amministrativo": il giudice conosce i soli vizi di legittimità, e i più ampi poteri attribuiti in sede di giurisdizione estesa al merito non gli consentirebbero comunque di conoscere e decidere al di fuori di tali vizi. Secondo altra dottrina ⁽³⁰⁾, più recente, con l'espressione "giurisdizione di merito" dall'esame delle leggi che si sono succedute nel corso del tempo con riferimento ai casi per i quali è stata prevista la giurisdizione di merito, sembra che il legislatore si sia riferito all'estensione al merito amministrativo, vale a dire alla valutazione della convenienza e dell'opportunità dell'attività amministrativa. Sulla stessa scia, altra dottrina ⁽³¹⁾ sottolinea la

⁽²⁷⁾ È bene richiamare i principi generali regolatori dell'attività amministrativa, tra i quali vi rientra il principio di precauzione. La prevenzione rappresenta, infatti, "una funzione ordinaria delle amministrazioni in quanto rappresenta un profilo ineludibile di tutte le materie che contengano una finalità di sicurezza" in FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, op. cit., 193.

Sul principio di precauzione, si rinvia, *ex multis*, a DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in RENNA – SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 413 ss.

⁽²⁸⁾ In virtù del combinato disposto dell'art. 7, l. Tar (l. 6 dicembre 1971 n. 1034); degli art. 27 e 29 n. 2 5 e 8, t.u. Cons. St. (r.d. 26 giugno 1924 n. 1054) e dell'art. 1 r.d. 26 giugno 1924 n. 1058. Oggi tale normativa è stata sostituita dal Codice del Processo Amministrativo, recato dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, entrato in vigore il 16 settembre dello stesso anno che, all'art. 134, individua le ipotesi di giurisdizione estesa al merito, non contemplando tali ordinanze.

⁽²⁹⁾ AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 113 ss.

⁽³⁰⁾ CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, Parte II, 297 ss.

⁽³¹⁾ CAPONIGRO, *Il principio dell'effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 11 ottobre 2010; ancora, dello stesso CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 16 febbraio 2010.

sindacabilità dei “*profili attinenti alla adeguatezza dell’attività istruttoria ovvero, ove il provvedimento impugnato costituisca esercizio di potestà amministrativa discrezionale, la convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate*”. In ultimo, altro autore ⁽³²⁾, ritiene superata la questione relativa alla sindacabilità o meno dei vizi di merito, potendo il giudice con la propria pronuncia stabilire “*anche ciò che deve valere nel caso concreto*”.

Anche la giurisprudenza ha abbracciato, in alcune pronunce riferibili alle ordinanze *de quibus* ⁽³³⁾, una lettura della giurisdizione di merito più incisiva, secondo la quale era consentito al giudice amministrativo sindacare pienamente tali provvedimenti con riferimento non solo a tutti gli aspetti concernenti la legittimità, ma anche ai profili relativi alla sufficienza, attendibilità dell’istruttoria ed alla convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate.

Tale condizione permetteva, quindi, un controllo penetrante in presenza di un potere *extra ordinem* e ciò rappresentava un “baluardo” nei confronti dell’Amministrazione, stante il carattere atipico di detto strumento ⁽³⁴⁾.

Con l’entrata in vigore del Codice, siffatto controllo è venuto meno e la sentenza in commento, nel richiamare in motivazione i limiti del proprio sindacato non può far altro che arrestarsi su un profilo di accertamento della legittimità o meno dell’esercizio del potere sindacale.

Il criterio discretivo attraverso il quale potere sindacare l’attività provvedimento rimane pur sempre il vizio del c.d. eccesso di potere anche se, ad oggi, come acutamente sottolineato dal tribunale amministrativo

⁽³²⁾ TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, X edizione, Torino, 2012, 188.

⁽³³⁾ Cons. St., sez. V, 19 febbraio 1996, n. 220. Nel caso di specie, i giudici del Consiglio di Stato confermano due ordinanze sindacali, poste nel nulla dal giudice di prime cure, con cui era stata disposta l’interruzione e, successivamente, la parziale ripresa delle attività di uno stabilimento che produceva scorie tossiche. Secondo i giudici, le ordinanze, infatti, possono non solo intervenire per porre rimedi a danni già verificatisi, ma anche in sede di prevenzione. In senso conforme, Cons. St., sez. V, 2 aprile 2001, n. 1904. Nel caso di specie, il Consiglio, accertata l’incompletezza della fase istruttoria dovuta alla non adeguata motivazione dei concreti pericoli attuali (non si specificavano in maniera perspicua i danni per la salute pubblica dovuti alla presenza di rifiuti tossici su un fondo), respinge l’appello del comune e conferma la sentenza TAR che aveva annullato l’ordinanza contingibile. In entrambe le ipotesi menzionate, il giudice si sostituisce all’amministrazione nella valutazione dell’interesse pubblico.

⁽³⁴⁾ COSMAI, *I limiti, i presupposti e i canoni interpretativi delle ordinanze extra ordinem*, in *Corr. Mer.*, 2, 2012, 200. In realtà, l’A. si focalizza prevalentemente sulla ipotesi dei poteri di emergenza e, in particolare, su quelli, innanzi menzionati, relativi alla *maladministration* e ai grandi eventi. Ciò non toglie che tale considerazione può essere estesa alle ordinanze contingibili e urgenti *tout court*, fermo restando che, come è chiaro, tale necessità di controllo prevale nelle ipotesi messe in evidenza dall’Autore.

abruzzese, il sindacato è “*limitato ai soli profili della logicità e coerenza della motivazione anche in relazione alla veridicità dei presupposti di fatto considerati*”⁽³⁵⁾.

4. Il caso *sub iudice* rappresenta, dunque, un’ipotesi principe di ordinanze contingibili e urgenti aventi carattere ripristinatorio e che, in presenza di un presupposto di fatto tale da determinare una non fronteggiabilità con i normali mezzi messi a disposizione dall’ordinamento, vede la necessità e l’urgenza dell’intervento dell’ufficiale di Governo.

La sentenza *de qua* ha fatto corretta applicazione dei principi dettati sul tema dalla legge e dalla corte costituzionale; ciò in quanto l’attuale assetto normativo processuale non consente ai giudici di valutare il merito e l’opportunità di tale misura, essendo preclusa, tale circostanza, dalla mancata previsione di una giurisdizione estesa al merito.

È interessante, altresì, sottolineare come il dato normativo dell’art. 54 t.u.e.l. sia tale da non lasciare emergere dubbi in ordine all’attribuzione delle spese: il comma 7 stabilisce che il Sindaco, in caso di inottemperanza, provvede d’ufficio addebitando le spese agli interessati. Ciò determina, *a contrario*, che le spese dell’intervento sono comunque a carico dei destinatari dell’ordinanza, non rilevando in ciò alcun profilo risarcitorio, bensì ripristinatorio.

Per concludere, sono due i profili intorno ai quali è opportuno, a parere di chi scrive, riflettere: l’uno in punto alla mancata ricomprensione delle ordinanze contingibili e urgenti all’interno della giurisdizione estesa al merito del giudice amministrativo, l’altro in relazione alla mancata previsione di un indennizzo in favore di chi rinvenga in un fondo di proprietà privata un ordigno bellico.

Quanto al primo, l’eliminazione delle ordinanze contingibili e urgenti dal novero dei casi sottoposti alla giurisdizione estesa al merito parrebbe determinare un *vulnus* nella tutela effettiva dei privati incisi da tali provvedimenti; ciò non tanto nel caso di specie, quanto in altre ipotesi in cui, forse, la valutazione non limitata ai soli profili di legittimità avrebbe consentito al giudice di apprezzare l’interesse pubblico sotteso, evitando che l’adozione di siffatti provvedimenti potesse trasmodare “*in abuso*”⁽³⁶⁾. E allora sorge

⁽³⁵⁾ TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 22 aprile 2011, n. 264. Con detta pronuncia, il TAR annulla in parte una ordinanza contingibile e urgente per sviamento di potere, in quanto una delle prescrizioni non risultava finalizzata a prevenire danni alla salute pubblica, ma “*ad evitare semplici fastidi agli abitanti degli edifici confinanti*”. La sentenza, pur sottolineando l’elevata discrezionalità sottesa a dette ordinanze, riconosce il sindacato del giudice limitato ai profili di legittimità.

⁽³⁶⁾ Cfr. COSMAI, *I limiti, i presupposti e i canoni interpretativi delle ordinanze extra ordinem*, op. cit., 200. Il riferimento è, in particolare, ai poteri dell’emergenza, che comportano l’utilizzo delle ordinanze *de quibus*, da parte del Governo, nelle ipotesi della c.d. *maladministration* e dei c.d. grandi eventi; ipotesi peraltro

spontaneo il quesito: “*quis custodiet ipsos custodes?*”⁽³⁷⁾.

In relazione, poi, alla mancata previsione di un indennizzo, non è dato comprendere le ragioni per le quali il legislatore abbia ritenuto opportuno eliminare ogni forma di compartecipazione dello Stato nelle spese da sostenersi per la rimozione di ordigni bellici rinvenuti su un fondo di proprietà privata. Bene ha fatto il TAR umbro a lasciar trapelare la ‘manifesta ingiustizia’ di tale mancata previsione.

Non è chiaro, infatti, come mai chi ha subito una scelta, nemmeno ascrivibile alla propria generazione, debba ritrovarsi, in assenza di qualunque forma di imputabilità, a dover pagare, per intero, le spese di bonifica di un sito contaminato.

Tale scelta di politica legislativa, fra l’altro intervenuta attraverso l’abrogazione di un decreto legislativo luogotenenziale del 1946 in sede di approvazione del codice dell’ordinamento militare, dettata solo da necessità di contenimento della finanza pubblica, non appartiene, a parere di chi scrive, alla cultura giuridica di una nazione che ha fatto della solidarietà sociale un principio fondamentale della propria Carta costituzionale.

Sulla scorta di quanto emerso, non resta che auspicare l’intervento del legislatore affinché, da un lato, si possa riscrivere la geografia delle giurisdizioni, con la ricomprensione delle ordinanze contingibili e urgenti all’interno della giurisdizione estesa al merito, dall’altro, perché si immagini di dar nuovamente un contenuto concreto all’articolo 2 della Costituzione che, nelle ipotesi qui raccontate, è risultato un meschino invitato di pietra.

LUCA STICCHI

fronteggiabili coi mezzi ordinari e, in ogni caso, preventivabili nella misura in cui le amministrazioni facciano corretta applicazione dei principi regolatori dell’attività amministrativa.

⁽³⁷⁾ Sia consentito il personale richiamo a Giovenale, VI satira. Sebbene il tema richiamato dall’Autore latino in nulla risulti collegato alla sentenza qui annotata, tale frase denota una evidente verità, se traslata: l’amministrazione è chiamata, in presenza di determinati presupposti, ad esercitare il potere di ordinanza, ma nulla vieta che la ponderazione degli interessi in conflitto possa vedere prevalere, ingiustificatamente, l’interesse pubblico agli altrettanto importanti interessi privati. L’aver privato il giudice di uno strumento di controllo penetrante vulnera, pertanto, la tutela del privato. Di qui, la domanda: chi custodirà i custodi? Quesito che costituisce il filo rosso di ogni ordinamento democratico e non da oggi proposto dagli studiosi del diritto.

T.A.R. UMBRIA – 23 maggio 2013, n. 303 – Pres. LAMBERTI – Est. FANTINI – Comitato per la Tutela dell’Ambiente e la Salute dei Cittadini (avv. Barelli) c. Comune di Perugia in persona del Sindaco p.t. (avv. Zetti e Mosconi), Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale dell’Umbria (avv. Sportoletti) e nei confronti di Opere Pie Riunite di Perugia (avv. Frenguelli).

Ente pubblico – Limite dello scopo istituzionale – Insussistenza – Principio *nec ultra vires* – Non operatività – Capacità generale – Vincolo di scopo – Sussistenza (art. 6, legge 7 agosto 1990, n. 241)

Regola generale nel nostro ordinamento giuridico, in cui non opera il principio cd. del nec ultra vires, è quella della pienezza della capacità giuridica dell’ente pubblico, che si ricollega alla sua qualità di soggetto giuridico, e che comporta la possibilità, da parte dell’ente, di fare ricorso, in via tendenziale, a tutti i mezzi per raggiungere i propri scopi. [...] piuttosto che un limite dello scopo, sembra più corretto configurare un vincolo di scopo, che si traduce poi nell’affermazione per cui anche nel ricorso al modulo privatistico l’azione delle pubbliche Amministrazioni è finalizzata al raggiungimento di obiettivi prestabiliti e comunque controllabili a posteriori.

(*Omissis*). ...contrariamente a quanto dedotto dalle parti resistenti, l’Amministrazione bene poteva valutare anche i requisiti soggettivi di legittimazione del soggetto richiedente la procedura abilitativa semplificata (P.A.S.) per gli impianti alimentati da energia rinnovabile, oltre che i presupposti oggettivi enucleati dall’art. 6 del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 e dal d.m. 10 settembre 2010.

Ciò chiarito, va peraltro aggiunto che regola generale nel nostro ordinamento giuridico, in cui non opera il principio cd. del nec ultra vires, è quella della pienezza della capacità giuridica dell’ente pubblico, che si ricollega alla sua qualità di soggetto giuridico, e che comporta la possibilità, da parte dell’ente, di fare ricorso, in via tendenziale, a tutti i mezzi per raggiungere i propri scopi. Si rinviene in parte della giurisprudenza un temperamento di tale principio nella prospettiva del rispetto, da parte dell’ente pubblico, del limite degli scopi istituzionali (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2994; sez. V, 7 febbraio 2012, n. 648), come pure della tutela della corretta contendibilità degli ambiti di mercato.

Mentre in questa seconda prospettiva, il problema è chiaro, dovendosi evitare che un soggetto pubblico possa competere con altri operatori al fine di aggiudicarsi appalti pubblici, e dunque escludere situazioni di vantaggio

in qualche misura riconducibili alla disciplina degli aiuti di Stato, assai più ardua è la definizione della portata del limite dello scopo istituzionale. L'applicazione rigorosa di tale limite porterebbe, prima facie, ad affermare che l'"oggetto sociale" costituisca la "misura" della capacità d'agire della persona giuridica; si tratta di una impostazione peraltro che non trova un adeguato fondamento di diritto positivo.

In direzione ermeneutica contraria può invece essere valorizzata la disposizione dell'art. 2201 del c.c., la quale, nell'affermare che «gli enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese», sembra al contempo ammettere attività commerciali costituenti l'oggetto accessorio dell'ente pubblico, vale a dire attività svolte in via non esclusiva, né principale.

Nella fattispecie in esame proprio una siffatta situazione sembrerebbe configurabile, atteso che, come allegato dallo stesso Istituto controinteressato (e contestato in modo del tutto generico *ex adverso* con la memoria del 2 aprile 2012), soggetto vocato al perseguimento di scopi di assistenza e beneficenza, l'attività di realizzazione e gestione di una centrale a biogas si caratterizza come attività economica strumentale al mantenimento ed all'incremento del patrimonio, e dunque al reperimento delle risorse economiche utilizzabili nel perseguimento dello scopo istituzionale.

In sintesi, piuttosto che un limite dello scopo, sembra più corretto configurare un vincolo di scopo, che si traduce poi nell'affermazione per cui anche nel ricorso al modulo privatistico l'azione delle pubbliche Amministrazioni è finalizzata al raggiungimento di obiettivi prestabiliti e comunque controllabili a posteriori (*Omissis*).

Tra capacità generale e capacità speciale degli enti pubblici: il Tar Umbria sceglie una 'terza via'?

SOMMARIO: 1. *La decisione.* – 2. *Il dibattito sui limiti dell'attività privata dell'amministrazione.* – 3. *La tesi della capacità speciale dell'ente pubblico.* – 4. *La tesi opposta: la capacità (negoziale) generale dell'ente pubblico.* – 5. *La 'terza via': la capacità generale dell'ente pubblico e il vincolo di scopo.*

1. La questione portata davanti al TAR Umbria, nella sentenza che si annota, ha per oggetto il provvedimento con il quale il comune di Perugia ha abilitato (tramite procedura abilitativa semplificata – P.A.S.) l'ente pubblico Opere Pie riunite di Perugia alla costruzione e alla gestione di un impianto per la produzione di energia elettrica da biogas, comprensivo di un impianto di cogenerazione. Il ricorrente è un comitato (spontaneo) istituito a tutela dell'ambiente e della salute dei cittadini, che esercita la

propria attività nelle zone interessate dalla costruzione dell'impianto⁽¹⁾. Tra le censure, che involgono sia profili procedimentali sia vizi propri del provvedimento abilitativo, il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 6 della legge n. 241 del 1990⁽²⁾, perché il responsabile del procedimento non avrebbe verificato i requisiti di legittimazione soggettiva alla richiesta abilitativa, requisiti che, nel caso in questione, sarebbero stati insussistenti. Secondo quanto sostenuto dalla parte ricorrente, infatti, l'ente Opere Pie Riunite di Perugia è una persona giuridica di diritto pubblico, nata dall'accorpamento di due IPAB, che è vocata al perseguimento di finalità assistenziali e solidaristiche e non, invece, allo svolgimento di attività imprenditoriali. Le finalità assistenziali dell'ente, costituendo la *ratio* della sua istituzione, segnerebbero il limite entro cui può esplicarsi la sua attività: la costruzione e la gestione di un impianto di energia rinnovabile, rappresentando una attività economica e non certo assistenziale, sarebbe «incompatibile» con il suo oggetto sociale.

Il Tar Umbria respinge la censura, ponendosi su una linea interpretativa opposta a quella prospettata dal ricorrente. L'argomentazione sviluppata dai giudici umbri è articolata nei seguenti passaggi.

Innanzitutto, la legittimazione attiva dell'ente richiedente la P.A.S. discenderebbe dalla regola, vigente nel nostro ordinamento, della «pienezza della capacità giuridica dell'ente pubblico»: in quanto soggetto giuridico, l'ente pubblico, per il raggiungimento dei propri scopi istituzionali, può utilizzare tutti gli strumenti previsti nel nostro ordinamento.

Tuttavia, la pienezza della capacità giuridica dell'ente incontrerebbe un limite nel rispetto del principio della libera concorrenza: un soggetto pubblico, infatti, non potrebbe competere con un soggetto privato nell'aggiudicarsi appalti pubblici, potendosi in tal modo creare situazioni di vantaggio incompatibili con la disciplina di matrice europea degli aiuti di stato. Viceversa, tale pienezza non potrebbe essere temperata, come invece sostiene il ricorrente sulla scorta di un consolidato orientamento giurisprudenziale, dal cd. rispetto dello scopo istituzionale. Opinando diversamente, lo scopo istituzionale dell'ente pubblico diverrebbe misura della capacità dell'ente stesso, segnando in modo rigido i limiti della sua attività: ogni azione non direttamente riconducibile allo scopo istituzionale dovrebbe considerarsi con quello incompatibile.

Il fatto che tale temperamento non operi, sempre secondo il giudice umbro, si ricaverebbe anche dal diritto positivo. Da una parte, si osserva

⁽¹⁾ La *vicinitas* rispetto all'interesse sostanziale che si ritiene inciso dalla costruzione dell'impianto in questione rappresenta uno dei criteri (assieme alle finalità statutarie del comitato e alla stabilità del suo assetto organizzativo) impiegati per verificare la legittimazione ad agire del ricorrente.

⁽²⁾ Secondo l'art. 6 il responsabile del procedimento deve, tra le altre cose, valutare «ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento».

come non vi sia nel nostro ordinamento alcuna disposizione che rimandi al principio anglosassone del *nec ultra vires*, in base al quale l'attività delle persone giuridiche pubbliche è limitata al loro oggetto sociale. Dall'altra, una implicita conferma della tesi sostenuta potrebbe rinvenirsi nell'art. 2201 del c.c., il quale, disponendo che «gli enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese» lascerebbe presumere, *a contrario*, che vi siano anche enti che svolgono attività commerciali non in via esclusiva bensì in via accessoria e sussidiaria. Il dato positivo non osterebbe, quindi, allo svolgimento di attività commerciali da parte di un ente pubblico senza fine di lucro. Anzi, lo svolgimento di tali attività può ben essere strumentale al raggiungimento dello scopo istituzionale.

Nel caso di specie, notano i giudici amministrativi, l'attività commerciale rappresenterebbe proprio il veicolo per la soddisfazione dello scopo istituzionale. Infatti, l'ente Opere Pie Riunite di Perugia intenderebbe costruire e gestire una centrale a biogas per reperire i fondi necessari allo svolgimento della propria finalità istituzionale (di natura assistenziale): l'attività commerciale, insomma, sarebbe strumentale alla realizzazione dello scopo sociale. Lo scopo istituzionale, così, non configurerebbe un limite alla attività dell'ente, bensì un vincolo di risultato, per il cui soddisfacimento l'ente stesso deve poter utilizzare tutti i mezzi giuridici predisposti dall'ordinamento, compresi quelli di natura privatistica.

Come si evince da questa (pur sintetica) ricostruzione della *ratio decidendi*, la questione impatta su uno dei temi classici del diritto amministrativo: quello dei limiti funzionali all'attività privatistica degli enti pubblici. La pronuncia in commento, dunque, merita attenzione non soltanto per la soluzione adottata nel caso di specie, quanto perché offre l'occasione di verificare lo stato del dibattito su un interrogativo che, pur non essendo nuovo, resta attuale: quale è la capacità degli enti pubblici (non economici)? E quali ne sono i limiti? A tale verifica, sono dedicate le note che seguono. In particolare, dopo un sommario inquadramento della questione, si esamineranno le due tesi prevalenti, che riconoscono agli enti pubblici, rispettivamente, la capacità speciale e la capacità generale⁽³⁾. Rispetto a tali tesi, come vedremo, il Tar Umbria sembra aver scelto una terza via: l'ente pubblico, in quanto soggetto dell'ordinamento, gode di una capacità giuridica generale e quindi dispone (può disporre) di tutti gli strumenti per raggiungere i propri fini istituzionali; tuttavia, in ragione della posizione peculiare che l'ordinamento gli riconosce, ossia del suo essere un mezzo a servizio della collettività, non gode di una autonomia identica a quella dei privati.

⁽³⁾ Sulla capacità giuridica come posizione generale del soggetto, che è destinatario degli effetti giuridici dell'ordinamento, FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 8 ss., spec. 14.

2. La questione dei limiti funzionali all'attività della pubblica amministrazione si è posta alla dottrina e alla giurisprudenza quando si è incrinata l'unitarietà del modello di amministrazione pubblica disegnato all'inizio del Novecento dalla giuspubblicistica italiana: un modello imperniato sulla contrapposizione tra la sfera pubblica, caratterizzata dall'autoritatività dell'azione amministrativa, e la sfera privata, connotata da rapporti equiordinati e da moduli di azione consensuali⁽⁴⁾. Quel modello faceva leva sui principi di legalità e di tipicità per contenere l'attività dell'amministrazione entro i limiti della legge⁽⁵⁾ e per garantire che la stessa attività fosse espressione e concretizzazione della sovranità popolare⁽⁶⁾.

Uno dei fattori della crisi del modello tradizionale è, come noto, la progressiva ibridazione del 'pubblico' con il 'privato'.

Per un verso, il processo di ibridazione si manifesta attraverso l'*uso pubblico di soggetti privati*. Si pensi alle forme organizzative private adottate per il perseguimento di fini pubblici (l'esempio principale è la diffusione delle società per azioni in mano pubblica)⁽⁷⁾, o al conferimento a soggetti (formalmente e sostanzialmente) privati di potestà pubbliche (anche, ma non solo, attraverso la costituzione di rapporti concessori)⁽⁸⁾, con il conseguente superamento del dogma per cui lo Stato e gli enti pubblici hanno il «monopolio dei fini di pubblico interesse»⁽⁹⁾.

Per altro verso, sono ormai molteplici le ipotesi di *uso pubblico di strumenti privati*. Basti pensare alla privatizzazione del pubblico impiego, in virtù della quale il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni è oggi retto dalle fonti di disciplina proprie del lavoro privato (contrattazione collettiva, contratto individuale di lavoro), con conseguente devoluzione della materia alla giurisdizione del giudice ordinario⁽¹⁰⁾; oppure alla diffusione all'interno delle amministrazioni pubbliche di tecniche manageriali o di c.d.

⁽⁴⁾ FIORAVANTI, *Stato di diritto e stato amministrativo nella tradizione giuspubblicistica italiana*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, tomo I, Milano, 2001, 559 ss.

⁽⁵⁾ In generale, su questi aspetti, di recente, VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 26 ss.

⁽⁶⁾ MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 133.

⁽⁷⁾ Le quali, ormai, rappresentano «la forma tipica dell'intervento pubblico nell'economia» (GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, 300).

⁽⁸⁾ In generale, su tali aspetti, MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

⁽⁹⁾ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 301.

⁽¹⁰⁾ Art. 63, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche». In generale, sul sindacato del giudice ordinario in materia di pubblico impiego privatizzato, si veda PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004.

aziendalizzazione, sia per ciò che attiene alla micro-organizzazione, sia per quanto specificamente riguarda la gestione dei rapporti di lavoro mediante i «poteri del privato datore di lavoro»⁽¹¹⁾; o ancora, più in generale, alla diffusione del modulo negoziale come strumento ordinario di azione delle pubbliche amministrazioni (art. 1, comma 1 *bis*, l. proc.), in sostituzione o a integrazione del modulo provvedimentale (art. 11, l. proc.)⁽¹²⁾, diffusione che contribuisce a accentuare il declino della concezione autoritativa della pubblica amministrazione fondata sull'idea di subalternità della parte privata⁽¹³⁾.

Il modello pan-pubblicista del primo Novecento, così, entra in crisi «dinanzi al rapido dissolversi dell'unità amministrativa ed alla proliferazione dei modelli, degli statuti, delle tipologie di attività» e, in tale mutato contesto, la funzione «ordinante» del principio di legalità è messa a dura prova⁽¹⁴⁾.

Il problema diviene, allora, quello di capire se le garanzie proprie del sistema amministrativo tradizionale, strutturate sulla necessità di arginare il potere pubblico, possano sopravvivere all'irruzione del diritto comune o, secondo una diversa prospettiva, se la loro sopravvivenza sia ancora necessaria: tra soggetto pubblico e soggetto privato vi è piena fungibilità o tra loro corre una ontologica differenza? Si deve rinunciare al principio di legalità o deve ipotizzarsi una sua diversa conformazione? E quali sono i confini della funzione pubblica?

Questi sono alcuni degli interrogativi di carattere generale che la decisione del Tar Umbria interseca e che le fanno da sfondo. Tale decisione riguarda un aspetto specifico del problema: quello dei limiti dell'attività privatistica dell'ente pubblico non economico. Per poterne comprendere appieno la portata, è, come anticipato in premessa, opportuno rievocare i percorsi principali seguiti dalla riflessione giuridica in tema di capacità dell'ente pubblico, delle peculiarità dell'ente pubblico rispetto agli enti privati e della influenza del principio di legalità sulla sua (organizz)azione⁽¹⁵⁾.

⁽¹¹⁾ Cfr. l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001: «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatti salvi la sola informazione ai sindacati per le determinazioni relative all'organizzazione degli uffici ovvero, limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro, l'esame congiunto, ove previsti nei contratti di cui all'articolo 9».

⁽¹²⁾ Sugli accordi amministrativi la letteratura è molto ampia: si vedano, per tutti, GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi (profili generali)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 1 ss.

⁽¹³⁾ Per una ricostruzione di questi percorsi, da ultimo, NAPOLITANO, *Miti e funzioni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo*, in *Diritto civile, e gli altri*, Atti del Convegno, Roma, 2-3 dicembre 2011, Milano, 2013, 400 ss.

⁽¹⁴⁾ SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, 25.

⁽¹⁵⁾ Le considerazioni che seguono sono espressamente riferibili agli enti pub-

3. Sul problema dei limiti all'attività privata delle amministrazioni è possibile distinguere due tesi principali, rispetto alle quali, come detto, la sentenza del Tar Umbria delinea una 'terza via', anch'essa prospettata dalla riflessione giuridica sul tema.

Secondo una prima tesi, più risalente, tra 'pubblico' e 'privato' correrebbe una differenza ontologica, non messa in discussione dalle pur frequenti contaminazioni.

Gli enti pubblici sarebbero soggetti 'speciali', la cui attività, retta da regole a loro volta 'speciali', deve muoversi entro il perimetro delineato dalla legge che ne individua i fini istituzionali. La specialità del soggetto pubblico si riflette sulla sua capacità giuridica, che è limitata allo (e dallo) scopo per il quale la legge lo ha istituito: la determinazione legislativa degli scopi dell'ente pubblico diviene, in questo senso, misura e motivo della sua esistenza.

Lo scopo istituzionale dell'ente, quale delineato dalla legge istitutiva, identificerebbe, a sua volta, l'interesse pubblico che l'ente stesso deve perseguire⁽¹⁶⁾, cosicché, posto che ogni soggetto pubblico deve perseguire un fine pubblico, «la determinazione di tali scopi varrebbe a condizionare la capacità dell'ente, vincolando l'attività dello stesso all'aderenza allo scopo»⁽¹⁷⁾.

Il vincolo di scopo così configurato produrrebbe, rispetto all'attività privatistica della pubblica amministrazione, conseguenze rilevanti. Se la compatibilità tra i fini istituzionali del soggetto pubblico e i tipi di attività privata è operata su base astratta⁽¹⁸⁾, ne deriva che la natura non economica di un ente pubblico basterebbe *ex se* a precludergli l'esercizio di attività economiche imprenditoriali.

È questo il substrato teorico rintracciabile al fondo della tesi sostenuta dal ricorrente: una tesi, peraltro, rilanciata dal Consiglio di Stato, che ha ancora di recente affermato: «sono impediti a ogni ente pubblico, in assenza di un espresso dettato legislativo e normativo, compiti privatistici o missioni imprenditoriali [che lo] distolgano dalle funzioni istituzionali loro affidate»⁽¹⁹⁾.

Solo apparentemente divergente è l'orientamento giurisprudenziale in base al quale l'ente pubblico godrebbe di una capacità giuridica generale, che, però subirebbe «temperamenti»⁽²⁰⁾. Tali temperamenti, in realtà, si risolvono

blici cd. settoriali a carattere non economico, quale è l'ente Opere pie riunite, di cui appunto si occupa la sentenza in commento.

⁽¹⁶⁾ Sembra andare in questa direzione, di recente, Tar Marche, sez. I, 13 settembre 2013, n. 637.

⁽¹⁷⁾ Così, in senso critico, Cons. St., sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*

⁽¹⁸⁾ C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1937, 89 ss.

⁽¹⁹⁾ Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2994.

⁽²⁰⁾ Secondo l'espressione del Tar Umbria nella sentenza che si annota. In questa direzione, cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253, laddove

essenzialmente nel rispetto dello scopo istituzionale. Dunque, nonostante la diversa premessa (capacità generale, invece che speciale dell'ente), il risultato coincide con quello prospettato dalla tesi del limite di scopo.

Come si vede, in questa prospettiva, di stampo più tradizionale, il dato soggettivo, rappresentato dalla natura pubblica dell'ente, si riflette, condizionandola fortemente, sull'attività di diritto privato da esso svolta: si avverte, qui, il «primato del diritto pubblico sotto il cui segno è ricondotta anche l'attività di diritto privato»⁽²¹⁾. Finisce per trovare applicazione, così, il principio anglosassone del *nec ultra vires*, che pure è privo di appigli nel nostro diritto positivo⁽²²⁾ e che condizionerebbe però la operatività delle sole persone giuridiche pubbliche⁽²³⁾. Resiste, dunque, l'idea che il soggetto pubblico è un soggetto speciale e che speciale deve, perciò stesso, essere anche la sua attività.

4. Sul versante opposto, si colloca, invece, chi sostiene che l'ente pubblico abbia una capacità giuridica generale. Tale tesi si articola in due varianti.

La prima, più nota, è quella secondo cui la capacità negoziale (generale) dell'ente pubblico si lega alla sua qualità di soggetto giuridico⁽²⁴⁾.

si osserva che «l'utilizzo degli strumenti di diritto privato, quale espressione della capacità generale dell'ente pubblico, debba tuttavia essere giustificato in ragione della loro *attinenza alle finalità curate dall'ente*»; Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, che aderisce all'orientamento per cui «i soggetti pubblici godono di una capacità generale di diritto privato, che li abilita a concludere ogni tipo di contratto, salva la sola valutazione di *compatibilità con le finalità istituzionali assegnate al singolo ente*» [corsivo aggiunto].

⁽²¹⁾ MARZUOLI, *Principio*, cit., 85.

⁽²²⁾ Sulla applicazione di tale principio da parte della giurisprudenza amministrativa, si veda CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 70 s.

⁽²³⁾ Mentre, come noto, la regola del *nec ultra vires*, nella sua versione originaria, si applica a tutte le persone giuridiche: anzi, essendo stata pensata proprio come strumento di tutela dei soci e, in special modo, dei soci investitori, la sua applicazione sembra riservata al settore privatistico/commerciale. Peraltro si registra oggi la tendenza alla attenuazione della rigidità di tale regola, tanto da parte della giurisprudenza quanto del legislatore britannico, il quale, pur non abrogandola formalmente, ne ha limitato l'efficacia, sia consentendo l'alterazione dell'oggetto sociale in virtù di alcuni specifici motivi, sia prevedendo la validità ed efficacia di quegli atti che, nonostante *ultra vires*, siano stati stipulati con terzi in buona fede (DI MAJO, PRESTIPINO, *Persone giuridiche (dir. comparato e straniero)*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 4). Sull'evoluzione del principio del *nec ultra vires* negli ordinamenti inglese e statunitense, si veda A. NIGRO, *Banche private e banche pubbliche: rilevanza dell'oggetto e limiti dell'attività*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, 58 s., nota 2.

⁽²⁴⁾ Fa discendere la capacità generale dell'ente pubblico dal fatto che anche esso è un soggetto giuridico, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 352: «se si accede alla tesi prevalente, secondo cui le persone giuridiche private nel nostro

Tale variante trova sèguito in una parte della giurisprudenza, laddove si afferma che «tutte le persone giuridiche, sia pubbliche che private, hanno la medesima capacità giuridica»⁽²⁵⁾. In questa prospettiva, che presuppone il carattere unitario della nozione di ‘persona giuridica’ e prescinde dalla natura (pubblica/privata) dell’ente⁽²⁶⁾, la capacità generale si collega direttamente alla soggettività⁽²⁷⁾.

La seconda variante, invece, prospettata dalla dottrina civilistica, ritiene che l’ente pubblico (non economico) goda di una doppia capacità⁽²⁸⁾: una capacità giuridica speciale, in ragione della quale l’ente potrebbe porre in essere «atti amministrativi, con carattere di autoritatività, solo nei casi espressamente previsti dalla legge»; e una capacità giuridica generale, che lo abiliterebbe a compiere «per la realizzazione dei suoi fini istituzionali anche atti di autonomia privata, e che lo espone, pur quando abbia posto in essere un atto autoritativo, alle conseguenze privatistiche che si ricollegano alla qualificazione dell’atto autoritativo come fatto, in particolare come fatto illecito»⁽²⁹⁾. In questo caso, la capacità negoziale (generale) dell’ente pubblico non si lega (tanto) alla sua qualità di soggetto giuridico, bensì al suo agire con le forme del diritto privato⁽³⁰⁾: quando agisce secondo il diritto comune, l’ente pubblico ha una autonomia piena, che è in tutto e per tutto assimilabile a quella del privati.

Con riferimento a entrambe le varianti, la distanza rispetto all’orientamento tradizionale, sopra tratteggiato (§3), è evidente: si dissocia il regime (privatistico) dell’attività dalla natura (pubblicistica) del soggetto, e quest’ultima perde ogni rilevanza rispetto al primo.

Le implicazioni di questa tesi sono note. L’attività della pubblica amministrazione, quando essa agisce nell’esercizio della sua capacità generale, non è sottoposta al vincolo di scopo⁽³¹⁾; si recide il nesso tra azione amministrativa in forma privata e legge, ritenendosi inapplicabile, in simili casi, il princi-

diritto positivo hanno soggettività piena e legittimazione illimitata, per le persone giuridiche pubbliche valgono le stesse regole, non sussistendo norme che ad esse, per dette persone, derogano». In giurisprudenza, Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992, ove si osserva: «l’amministrazione pubblica in forza dell’art. 11 c.c. è pur sempre una persona giuridica, e pertanto soggetta alle norme civilistiche essenziali che disciplinano le persone giuridiche, oltre alle norme di diritto pubblico».

⁽²⁵⁾ Cons. St., sez. III, 11 maggio 1999, n. 596, in *Urb. e app.*, 2000, 876, ove nondimeno si tempera tale conclusione con la clausola «salvo che non sussistano particolari ed espressi divieti normativi».

⁽²⁶⁾ Cons. St., n. 374/1190; TAR Toscana, sez. I, 3 marzo 1999, n. 105.

⁽²⁷⁾ Sul punto, CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 73.

⁽²⁸⁾ GALGANO, *Trattato*, cit. 306.

⁽²⁹⁾ GALGANO, *Trattato*, cit. 306.

⁽³⁰⁾ Sulla doppia capacità degli enti locali vedi già Cons. St., sez. I, 6 marzo 1956 n. 373, che riconosce a essi «oltre ad una specifica capacità di diritto pubblico una generica capacità di diritto privato».

⁽³¹⁾ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 348 ss.

pio di legalità: «là dove l'attività amministrativa non esprime [la dialettica autorità-libertà] il principio non ha ragione di essere applicato»⁽³²⁾.

In questa seconda prospettiva, dunque, l'adozione di moduli di azione privati impedisce di ricostruire uno statuto unitario della pubblica amministrazione: il pubblico è *ex se* speciale e ricorrere al diritto comune significa rinunciare alla specialità, cioè alla salvaguardia della componente pubblica e dei suoi fini.

5. Tra le due tesi contrapposte, sopra evocate, il Tar Umbria sceglie una soluzione intermedia, proposta da parte della dottrina e recepita da una giurisprudenza ancora minoritaria.

Tale 'terza via' rifugge la equazione soggetto pubblico/attività speciale, sul presupposto che il *proprium* dell'azione pubblica, ossia la promozione dell'interesse pubblico, non possa permeare 'da dentro' l'attività amministrativa svolta con strumenti privatistici. Al contempo, però, respinge l'idea che l'ente pubblico sia in tutto e per tutto assimilabile a un soggetto privato, anche ove agisca nelle forme del diritto comune: a ciò osterebbe la posizione costituzionale della pubblica amministrazione, la cui azione, a differenza di quella dei soggetti privati, rappresenta un mezzo posto a servizio della collettività per la realizzazione dei fini pubblici⁽³³⁾.

Secondo questa prospettiva, l'amministrazione è un soggetto di diritto che, in quanto tale, ha capacità generale, ma conserva delle peculiarità rispetto al soggetto privato anche quando utilizza il diritto comune. La peculiarità principale risiede nel collegamento con la legge, che non può essere spezzato, se non a costo di recidere il nesso tra attività amministrativa e sovranità popolare: il vincolo di scopo si riconnette al principio di legalità-indirizzo, con la conseguenza che a quello non può essere sottratta l'attività privatistica dell'amministrazione⁽³⁴⁾. La soggettività pubblica implica, perciò, una pienezza di capacità giuridica dell'ente ma non anche la

⁽³²⁾ Così, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1993, 89, che puntualizza come l'attività «non di diritto pubblico o amministrativo» o quella che si «esprime in moduli convenzionali, in cui l'assenso della controparte è idoneo a superare l'efficacia del principio», stia «al di qua del principio di legalità».

⁽³³⁾ MARZUOLI, *Principio*, cit., 132 s.

⁽³⁴⁾ Dirimente, sul punto, è la concezione che si adotta di vincolo di scopo: esso «non si identifica né con un vincolo a perseguire, genericamente, il pubblico interesse né con il vincolo a perseguire il fine legale che è proprio di ogni potere amministrativo». Deve, infatti, distinguersi tra «vincolo di scopo» e «indicazioni di scopo»: il primo è un vincolo «in bianco» posto genericamente dalla legge, le seconde, viceversa, «vanno a completare la disciplina legale della successiva attività di attuazione» (MARZUOLI, *Principio*, cit., 154 s.). Sulla necessità che il principio della capacità generale dell'ente pubblico si coordini con rispetto del principio di legalità, al quale «è soggetta anche l'attività di diritto privato della p.a. e che si traduce in un "vincolo di scopo" interno all'atto negoziale», si veda TAR Lombardia, Milano, n. 1253/2009.

sua autonomia: capacità generale e autonomia sono concetti che possono e devono vivere separati.

Il fine statutario dell'ente non sarebbe irrilevante: non rappresenta un limite alla sua attività, ma la orienta, perché individua l'obiettivo della sua azione⁽³⁵⁾. L'obiettivo è determinato dalla legge, che, però, non disciplina anche i mezzi per raggiungerlo. La distinzione tra obiettivi e mezzi consente di coniugare la capacità generale della pubblica amministrazione con il rispetto del principio di legalità⁽³⁶⁾. Il diritto privato rappresenta un mezzo (non l'unico, peraltro) attraverso cui la pubblica amministrazione può raggiungere i propri scopi, determinati dalla legge. In tal modo, si recupera una concezione unitaria di pubblica amministrazione, imposta dalla Costituzione, ove il ricorso a moduli di azione privatistici non esclude il rispetto del principio di legalità⁽³⁷⁾.

In quest'ordine di idee si colloca la decisione del Tar Umbria. Da una parte, si nega l'esistenza di un «limite dello scopo»: si rigetta, così, la tesi tradizionale, che identifica l'*oggetto* istituzionale dell'ente con il fine pubblicistico dell'*attività* dell'amministrazione. D'altra parte, il Tar Umbria riconosce l'esistenza di un «vincolo di scopo», con ciò respingendosi la tesi dell'irrelevanza della natura pubblica dell'ente ove l'attività sia svolta in forma privata.

Il Tar Umbria indica nell'art. 2201 c.c. il riferimento normativo sul quale si fonda tale soluzione. L'art. 2201 c.c. è norma di carattere generale, che conferma come l'attività economica dell'ente pubblico non sia limitata dalla natura pubblica del soggetto agente⁽³⁸⁾. Ciò che non è vietato, è permesso. E la legge non vieta alla pubblica amministrazione di usare tutti gli strumenti necessari per raggiungere lo scopo della sua esistenza.

A tale lettura dell'art. 2201 del c.c. non osta, del resto, l'art. 11 c.c., a norma del quale «Le province e i Comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico», disposizione spesso utilizzata per affermare

⁽³⁵⁾ Per la distinzione tra «oggetto» e «scopo» dell'attività dell'ente, si veda A. NIGRO, *Banche private e banche pubbliche*, cit., 57, nota 1: l'oggetto è «l'attività statutariamente prevista» mentre lo scopo rappresenta il «*fine* che - tramite la suddetta attività - si vuole o si deve perseguire».

⁽³⁶⁾ Sul punto si veda quanto osservato da G. ROSSI, *Ente pubblico*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 15.

⁽³⁷⁾ MARZUOLI, *Principio*, cit., 109.

⁽³⁸⁾ L'art. 2201 c.c. potrebbe oggi trovare una conferma nell'art. 1 *bis* della legge n. 241/1990 (su cui, per tutti, TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in M.A. SANDULLI, *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo, Quaderni de Il foro amministrativo-TAR*, Milano, 2006, 17 ss.), che riconosce il diritto privato come forma ordinaria per l'attività non autoritativa della pubblica amministrazione: tutti gli strumenti da quello disciplinati dovrebbero considerarsi nella disponibilità della pubblica amministrazione.

la capacità speciale degli enti pubblici. Come è stato osservato, tra questi due precetti non pare esservi contraddizione, avendo essi un diverso ambito di applicazione⁽³⁹⁾. Sul versante dell'attività si colloca, infatti, l'art. 2201 c.c.; su quello dell'organizzazione, invece, l'art. 11 c.c. L'ente pubblico ha un regime differenziato, sul piano organizzativo, rispetto all'ente privato, in ragione della peculiare posizione che ricopre nell'ordinamento; tale regime differenziato, invece, non si estende al piano della attività⁽⁴⁰⁾.

La sentenza, dunque, propone con rinnovata urgenza un vecchio interrogativo: oggi, a fronte di una sempre più spiccata tendenza alla "de-specializzazione" del potere amministrativo, quale peso assume la salvaguardia dell'interesse pubblico sul versante dell'organizzazione⁽⁴¹⁾?

GIULIA MANNUCCI

⁽³⁹⁾ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 309.

⁽⁴⁰⁾ La medesima dottrina propone, dunque, di sostituire alla contrapposizione tra persona giuridica pubblica e persona giuridica privata la contrapposizione tra «persone giuridiche di diritto comune e persone giuridiche di diritto singolare». Le persone giuridiche di diritto singolare, tra le quali rientrerebbero «le persone giuridiche fornite di potere di imperio, quelle che operano al servizio dello Stato [e] quelle che [...] sono svincolate da ogni rapporto di dipendenza rispetto allo Stato e che appartengono a questa categoria solo perché l'ordinamento ha, in considerazione della loro attività, rivolto ad essa una disciplina specifica», sono le persone giuridiche che il legislatore sottrae alle norme del codice civile regolanti l'organizzazione delle persone giuridiche private, per sottoporle, invece, alle «leggi e agli usi osservati come diritto pubblico» (così, GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in SCIALOJA, BRANCA, *Commentario al Codice civile*, Bologna-Roma, 1969, 116; ID., *Trattato di diritto civile*, cit., 309).

⁽⁴¹⁾ Per un simile interrogativo, L. FERRARA, *Il diritto amministrativo (e in particolare l'ente pubblico) sull'onda di Giampaolo Rossi*, in *Dir. soc.*, 2006, 322, nonché, più in generale, MARZUOLI, *Principio*, cit., 130 ss.

LO SCUDO DEGLI EVASORI RISERVATI E SUSCETTIBILI: A LORO IMMAGINE E SOMIGLIANZA. LO STRANO CASO DI UN'EMERSIONE A VOLTO COPERTO

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *L'arbitrio "in nome della legge". Come si son trattenuti i controlli.* – 3. *La nascita dello scudo: una disgrazia segue l'altra.* – 4. *Le misure anticrisi del 2009. Premesse normative, il funzionamento e gli effetti dello scudo secondo la legge istitutiva.* – 5. *Lo scudo, in sintesi. Un perdono senza confessione per 104,5 miliardi, 180 mila connazionali titolari in media di quasi 400 mila euro non monitorati. Più danni che gioie per l'economia nazionale.* – 6. *Un intero Stato fuori dall'economia. Si sana tutto, senza patemi, fidatevi... Il valore indiziante della "strana" previsione della non punibilità del falso in bilancio a favore di soggetti non tenuti alla redazione del bilancio e gli ostacoli alle diverse forme di contrasto degli illeciti economici.* – 7. *La segregazione delle conoscenze in nome della trasparenza, futura: un triste risultato.* – 8. *Cosa resta da provare per il contribuente e cosa resta possibile accertare per lo Stato. A ben vedere, non molto e quasi niente. Specie per il rimpatrio giuridico attraverso le fiduciarie statiche non bancarie.* – 9. *Come è andata a finire? Evidenze investigative e approdi giurisprudenziali.* 10. *Conclusioni.*

1. *Introduzione.*

Dal 15 settembre 2009 al 30 aprile 2010, per oltre sette mesi, il Paese è stato interessato da una poderosa pratica di legalizzazione di disponibilità economiche detenute all'estero da soggetti residenti in Italia in violazione della disciplina sul monitoraggio fiscale. Sono state "scudate", in tal modo, attività (finanziarie, immobiliari ed altri investimenti) per un valore di 104,5 miliardi di euro, in esito alla presentazione di 206.608 dichiarazioni riservate. Vi è qualcosa di buffo nel nome del

modello approvato per consentire l'operazione: "dichiarazione riservata delle attività emerse". Ciò che è "riservato", infatti, non dovrebbe potersi considerare "emerso" e viceversa. Ma tant'è, proprio tale contenuto ossimòrico appare rilevatore di imbarazzi e questioni irrisolte.

Qualche altra premessa, per intendere molte delle considerazioni che si andranno illustrando, tratta dal "*documento concernente i dati statistici relativi alle operazioni di rimpatrio ovvero di regolarizzazione delle attività finanziarie e patrimoniali detenute all'estero, presentato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze*" trasmesso alla Presidenza della Camera dei Deputati in data 18 giugno 2010.

Le disposizioni sullo "scudo fiscale" si rivolgevano alle persone fisiche ed agli altri soggetti fiscalmente residenti nel territorio dello Stato che, anteriormente al 31 dicembre 2008, avevano esportato o detenuto all'estero capitali e attività in violazione dei vincoli valutari e degli obblighi tributari sanciti dalle disposizioni sul cosiddetto "monitoraggio fiscale", nonché degli obblighi di dichiarazione dei redditi imponibili di fonte estera. L'"emersione" (si fa sempre per dire..) delle attività detenute all'estero poteva essere effettuata attraverso il rimpatrio oppure la regolarizzazione.

In particolare, il rimpatrio poteva essere eseguito per le attività detenute all'estero, in un qualsiasi Paese europeo ovvero extraeuropeo, e consisteva nel conferire ad un soggetto intermediario l'incarico di ricevere in custodia, deposito, amministrazione o gestione le attività medesime. In alternativa al rimpatrio, il contribuente "distrattosi per qualche tempo dai doveri tributari" poteva avvalersi della regolarizzazione delle attività che – in coerenza con i principi di diritto comunitario – intendeva comunque mantenere all'estero pur dopo la legalizzazione. Ma tale più comoda regolarizzazione (che tanto confortevole non è risultata, essendo stata la forma di scudo meno gradita perché, per assurdo, più onerosa in termini documentali e più rischiosa in termini di possibili controlli) era possibile solo se le attività erano detenute in un Paese estero appartenente alla Unione Europea oppure aderente all'accordo sullo Spazio Economico Europeo (SEE) che garantisse un "effettivo" scambio di informazioni fiscali in via amministrativa. E la ragione (che costituiva vincolo normativo espresso e non discrezionale valutazione e scelta amministrativa dell'Agenzia delle Entrate) era intuibile: in difetto di effettivo scambio di informazioni, molti avrebbero potuto abusare il difetto di trasparenza tra ordinamenti, creando e sfruttando l'apparenza dell'esistenza e/o della preesistenza presso lo Stato estero non collaborativo di risorse utili a giustificare l'accumulo, realizzato dopo l'inizio dello scudo, di disponibilità illecite, preventivamente sanate con il pagamento della comoda e conveniente aliquota oscillante tra il 5% ed il 7%. Il "nero" futuro, sicuro e scontato.

Nella circolare n. 43/E/2009 dell'Agenzia delle Entrate la facoltà di scelta tra rimpatrio e regolarizzazione veniva estesa (in via di interpretazione amministrativa) ai Paesi dell'OCSE che non avevano posto riserve alla possibilità di scambiare informazioni bancarie (ossia Australia, Canada, Corea del Sud, Giappone, Messico, Nuova Zelanda, Stati Uniti e Turchia). Si potrebbe discutere la possibilità di questa estensione (non prevista dalla legge), ma la sostanza della previsione legislativa (e la preoccupazione ad essa sottesa) appariva obiettivamente salvaguardata. Infine, per l'esecuzione delle operazioni di rimpatrio o di regolarizzazione, era necessario avvalersi dell'intervento di particolari soggetti intermediari (ad esempio, banche, poste, SIM, SGR, agenti di cambio, società fiduciarie), ai quali doveva essere presentata un'apposita dichiarazione riservata e che si premuravano di operare il versamento dell'imposta straordinaria, fungendo da sostituti di imposta, comunicando all'amministrazione finanziaria l'ammontare complessivo delle attività rimpatriate e le somme versate, senza indicare il nominativo del soggetto che aveva presentato la dichiarazione. Lo Stato, così, ha incassato 5,6 miliardi di euro senza vedere in volto i contribuenti "redenti".

Nella relazione statistica ministeriale compaiono alcuni dati di grande interesse che conviene non trascurare. Dando per scontato, d'ora in poi, che si ragiona di euro, dei complessivi 104,5 miliardi "emersi", per ben 102 miliardi (ossia il 97,6%) si è trattato di attività rimpatriate, mentre il valore delle attività regolarizzate da paesi fiscalmente collaborativi ammonta a soli 2,5 miliardi (ossia il 2,4%).

Esposto in questi termini, il dato ministeriale parrebbe evocare un davvero portentoso rientro fisico in Italia di attività (già) estere, ammontante ad oltre 100 miliardi. Nuova e trasparente ricchezza per un'economia boccheggianti! Già, parrebbe, perché in realtà la più parte delle risorse "rimpatriate" lo sono state solo in senso virtuale, vale a dire sono rimaste esattamente là dove già si trovavano. Ammesso che là davvero si trovassero e si trovino, circostanza non scontata, per quanto si segnalerà, e comunque non verificabile in via amministrativa attraverso gli strumenti della collaborazione internazionale. E già questo è un passaggio chiave.

La relazione ministeriale del giugno 2010 (p. 19 nota n. 1) chiarisce che le operazioni di rimpatrio sono state effettuate con due differenti modalità: "rimpatrio fisico", attraverso il conferimento dell'incarico da parte del contribuente alla custodia, deposito, amministrazione o gestione delle attività finanziarie presso un intermediario abilitato residente, una volta che dette attività sono state trasferite in Italia; "rimpatrio giuridico", che prevede il conferimento dell'incarico appena descritto, senza necessità di procedere al materiale trasferimento della attività nel territorio dello Stato italiano. Il che ha importato che il "rimpatrio

giuridico” (senza rientro fisico, ovvero senza liquidazione delle risorse) abbia operato anche rispetto ad attività detenute in paesi che non collaboravano (e non collaborano) in termini amministrativi con il nostro Paese, non accettando di scambiare informazioni fiscali secondo i termini, gli standard ed i criteri OCSE: anzitutto, quelli più prossimi all’Italia, quali Svizzera, San Marino e Principato di Monaco. E che in questi Paesi sono rimaste quelle risorse, se già vi erano. Miracoli delle parole...

La stessa relazione ministeriale spiega che rispetto all’importo complessivo delle attività rimpatriate (102 miliardi), il 50,3% ha avuto riguardo a 46.478 operazioni di “rimpatrio giuridico” (ossia senza liquidazione e rientro fisico delle risorse) per un valore assoluto di 51,362 miliardi. Il Ministero dell’Economia, nello stesso elaborato, si fa anche carico di spiegare alcune ragioni (ritenute necessarie) dell’introduzione in via amministrativa di tale forma di rimpatrio. Se ne dirà. Tale forma di rimpatrio, non indicata espressamente nel testo normativo primario (art. 13 bis DL 78/2009), risulta per vero essere stata già in passato praticata, sebbene unicamente per particolari tipologie di attività fisicamente non trasferibili (quali cespiti immobiliari e quote di soggetti societari), tra esse evidentemente non ricomprese le attività finanziarie, quali, anzitutto, i depositi su conti correnti.

Ciò che non viene dettagliato nella relazione ministeriale, forse per sottovalutazione del dato, è la composizione delle attività legalizzate con il rimpatrio giuridico dell’ultimo scudo fiscale. Qui, la sorpresa è pari solo allo sconcerto.

Ove si esaminano quattro paesi fiscalmente non collaborativi in termini amministrativi, quali sono la Svizzera, San Marino, il Principato di Monaco ed il Jersey, secondo rilevazioni al 28.5.2010, risultavano i seguenti valori di rimpatri giuridici espressi in miliardi, rispetto al valore complessivo del “rimpatriato”: per la Svizzera 36,4 su 63,7 complessivi, per San Marino 2,1 su 4,5 complessivi, per il Principato di Monaco 1,4 su 4,2 complessivi e per il Jersey 1,15 su 1,20 complessivi.

Ponendo attenzione alle operazioni di “rimpatrio giuridico” perfezionate in relazione ad attività detenute nella sola Svizzera (Stato che, diversamente dagli altri appena presi in esame, quantomeno risulta equivalente in termini di antiriciclaggio ai sensi e per gli effetti dell’articolo 25 d.lgs. n. 231/2007 e del DM dell’Economia e delle Finanze del 1 febbraio 2013 in G.U. Serie Generale n. 37), la composizione della attività registrava i seguenti dati, espressi in miliardi, con indicazione tra parentesi del dato percentuale rispetto al complesso delle operazioni rimpatriate virtualmente (senza liquidazione) dallo Stato elvetico: 3,9 di denaro contante (10,9%), 5,99 di depositi in conto corrente (16,44%), 12,9 di titoli obbligazionari (35,61 %), 9,0 di azioni (24,71 %). A fronte di tali valori, il valore degli immobili, delle quote di diritti reali e mul-

tiproprietà rimpatriati giuridicamente dalla Svizzera ammontava a solo 0,193 (pari allo 0,53% del complesso delle attività rimpatriate giuridicamente). Segno che il ricorso a tale forma di legalizzazione (senza rientro fisico delle disponibilità) palesava imbarazzi nuovi ed esigenze differenti da quelle passate, “solo” dieci anni prima, per lo scudo del 2001. Come indirettamente dimostrato dal fatto che altri contribuenti non hanno indugiato a realizzare, sempre in occasione dello scudo del 2009, operazioni di rimpatrio con liquidazione dalla Svizzera, effettuando movimentazioni di conti correnti e depositi dal territorio elvetico a favore di intermediari insediati nel territorio dello Stato italiano, con fisico rientro in esso di 26,7 miliardi (pari al 97,8 % del valore complessivo delle attività rimpatriate fisicamente dalla Svizzera). Ma su questo si tornerà in prosieguo.

2. L'arbitrio “in nome della legge”. Come si son trattiene i controlli.

Come si può parlare di cosa sia stato e di cosa sia ancora lo scudo fiscale ter raccontando i reali mali che ha prodotto e che continua a produrre? Dove si può trovare un linguaggio comprensibile per spiegare questa pratica di legalizzazione postuma di violazioni lucide della legge scambiate per innocue trasgressioni formali e quanto essa abbia danneggiato la nostra economia? Come resistere ad un moto di sconforto allorché ci si avvede che non ci sarà risparmiata, con pudore, la difesa dello scudo fiscale col richiamo alla salvezza delle casse pubbliche, alle aspettative di futura equità e giustizia, beninteso (neanche a dirlo...) in nome della serietà e chiarezza dei rapporti futuri tra lo Stato ed i suoi contribuenti? Il punto è proprio questo, è quasi impossibile. Confusi da commi e periodi incessanti, disorientati tra rinvii e rimandi, molti abbandoneranno la lettura delle norme di cui ci si occuperà, prima d'esser arrivati a capire come il sistema dei controlli si è inceppato, come, in fondo, non era difficile immaginare. Dietro precetti monchi, scritti per adepti, in maniera indecifrabile ad una prima lettura, con richiami parziali, “nei limiti della compatibilità”, a previsioni esplicative che esistevano quasi dieci anni prima (il decreto legge dello scudo ter del 2009 richiamava quello del 2001), in ordinamenti ormai lontani anni luce, si cela il desiderio di fare dell'interpretazione (di alcuni, gli eletti o ... i prescelti?) la norma e di fondarne il contenuto attraverso i comportamenti ammessi per prassi. Una pratica consapevolmente coltivata sfruttando la pigrizia dei più nel prendersi la briga di far domande, porsi dubbi ed attendere risposte. Non è affatto raro che pochi gestiscano quello che i più non capiscono. Trasformando in arbitrio più assoluto il nome della legge. Di una norma che pochi comprendono nel concreto funzionamento e che lascia (o comunque non impedisce) deliberatamente spazi incom-

pleti da riempire si rischia di fare quello che si vuole. Ad una lettura di stretta interpretazione letterale (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*) se ne può contrapporre una fondata sul ragionamento per similitudine (fondata sull'opposto principio dell'*ubi eadam ratio, ibi eadem dispositio*), legittimando opposte soluzioni. La scelta tra i due criteri non è mai solo giuridica. Non lo è stata neppure in questo caso.

3. *La nascita dello scudo: una disgrazia segue l'altra.*

La storia dello scudo fiscale ter, cui ci si riferirà nelle pagine a seguire, è anche la vicenda di uno Stato, arresosi per un obolo, che molti credono lontana ma che, in realtà, è ancora viva. Non solo per gli effetti che ha prodotto e che continua a produrre. Ma anche perché, ciclicamente, torna (e tornerà) di attualità come occasione, apparentemente comoda, di semplificato recupero di qualche risorsa alle esangui finanze pubbliche. Finendo per dissanguarle ulteriormente, ben oltre il gettito che nel brevissimo periodo riesce a procurarle. Non vi è ormai legislatura durante la quale, secondo buoni (ed apparentemente nuovi) propositi, il tema della regolarizzazione dei soldi nascosti all'estero non venga riproposto. Immane, in nome della lotta all'evasione ed alla corruzione.

Un valente giurista, nel corso di un recente convegno, ha ricordato che non si sentiva a suo agio allorché i termini del confronto nella materia del diritto venivano impostati secondo l'atteggiamento della "lotta", aspirando ad una discussione che fosse solo funzionale alla corretta applicazione ed ad una conveniente interpretazione delle leggi che esistono. Condividendone lo spirito, si vorrebbe aspirare in futuro a non esser parti di "combattimenti" che travolgono ogni presidio normativo, sia in punto di garanzie che di efficacia dell'azione investigativa, in nome della (dichiarata) guerra all'evasore.

Correva l'anno di grazia 2009. Il 2 aprile, a Londra, una vivace riunione del G20 si era conclusa con propositi ultimativi di guerra senza (oltre?) confini ai paradisi fiscali. Beninteso, nessuno dei grandi paesi si era considerato tale né aveva ritenuto sleali le proprie politiche fiscali e societarie, quand'anche manifestamente dirette ad attrarre i capitali degli altri Stati, autorizzando l'omissione di qualsiasi domanda sulla loro origine e promettendo sconti di imposte. Paradiso a chi? Ciascuno dei governanti di questi grandi paesi avrebbe rimproverato la sola domanda, lasciando sdegnosamente l'interlocutore senza risposta.

Così i grandi Stati avevano fatto classificare gli altri paesi in liste grigie e nere ed avevano fatto udire minacciosi tintinnii di spade e venti di tempesta. Toni di un conflitto promesso, sino ad allora davvero mai usati, i cui echi non s'erano ancora spenti la notte del 6 aprile, quando una violentissima scossa di terremoto aveva seminato terrore e morte

nella provincia dell'Aquila. 308 vittime, 1500 feriti, oltre 65000 sfollati da numerosissimi edifici crollati e lesionati.

Il consiglio dei ministri del governo italiano, per testimoniare la vicinanza alle genti di quelle terre devastate da morte e dolore e per offrire un segnale di speranza e di rilancio, scelse la città dell'Aquila quale nuova sede della riunione del G8, inizialmente progettata presso l'isola della Maddalena. Nella sofferente località abruzzese, tra l'8 ed il 10 di luglio, si svolsero numerosi incontri tra i "Grandi della Terra". Qui si discusse delle azioni per il rilancio dell'economia in una delle fasi più terribili della crisi mondiale, che gli esiti di quel terrificante terremoto, quasi plasticamente, testimoniavano. Fu così confermato l'impegno di assumere iniziative vigorose contro i paradisi fiscali, affidando un ruolo fondamentale all'OCSE. L'obiettivo, dichiarato, era evitare grossi depositi di denaro originati dall'irresistibile desiderio dei cittadini dei grandi paesi di evadere il fisco, rendere meno sicura la vita agli evasori internazionali.

Negli stessi giorni, in Italia, sul fronte interno. L'estate si era aperta con buone e silenziose speranze di sanatoria, l'ennesima, per molti prodigiosi connazionali. Costoro sono titolari di risorse e proprietà nascoste al fisco dietro intrecci di società non facilmente ricostruibili, protetti da fiduciarie, alcune delle quali disposte, per compenso, a sacrificare l'onore e la fedina penale dei loro rappresentanti in favore di quella dei loro clienti, quando questi ultimi non vengano sostituiti da prestanome seriali, talvolta inconsapevoli padroni di dissestati imperi societari, lasciati personalmente esposti all'aggressione vana dei creditori e del fisco. Sì, quello stesso genere di situazioni e di imbrogli che, in talune occasioni, alcuni chiamano, senza vergogna, "pianificazione fiscale e patrimoniale". Quella stessa realtà contro la quale si scontra l'amministrazione tributaria, non riuscendo a riscuotere 545 miliardi di imposte accertate ed iscritte a ruolo. Una somma con cui si potrebbe provvedere a sostenere il 70% dell'importo dell'intera spesa annuale dell'amministrazione statale.

Gente stravagante, questi nostri connazionali, ma di spirito ed affatto rara, fatta di parchi sovventori delle spese pubbliche che d'un lampo, immancabilmente, si accendono per divenire censori implacabili delle lacune e degli sprechi della pubblica amministrazione. Che, per vero, ben conoscono. Normalmente, infatti, accedono ai pubblici servizi, senza rossore alcuno, prima degli altri. Un po' come se un vostro conoscente si lamentasse sempre della cucina del ristorante che siete costretti a frequentare sol perché a buon prezzo ma poi fosse immancabilmente il primo a sedersi al desco, a consumare le pietanze in abbondanza e ad allontanarsi, lasciandovi l'incombenza di pagare anche il conto. D'estate, in Italia, non v'è località di villeggiatura, più o meno rinomata, che

non ne ospiti in numero ragguardevole. Ma non che d'inverno o in autunno o in primavera si nascondano. Un orologio di marca prestigiosa, un'autovettura di gran lusso, una barca di gran stile, una bella casa, nessun riguardo per il costo d'accesso a locali esclusivi. Uno qualsiasi di questi elementi può rilevarne la presenza. Assieme ad un immancabile sguardo furbo, proprio di chi ha capito come le cose funzionano e non si riguarda di darvelo ad intendere, quasi alludendo ad un desiderio di complicità. Già furbi, ma di recente riservati, riservatissimi su certi temi, addirittura suscettibili. Impossibile parlare con loro, infatti, del modo in cui sono riusciti a procurarsi e mantenere quella grazia di Dio con i miseri redditi che dichiarano di possedere. Ricchezza che, infatti per lo più non è loro intestata, formalmente.

Non arrischiatevi ad impostare e continuare il discorso accennando a concetti come equità fiscale, effettiva capacità contributiva, coerente ripartizione dei sacrifici e delle risorse. Tutto vano, prima ancora di cominciare, capitolate per tempo, senza sciuparvi l'umore della restante parte del giorno. Se non doveste riuscire a trattenervi, la vostra sorte è segnata: verreste immancabilmente investiti del loro sprezzante silenzio, espressivo dello sbigottimento con cui mostreranno di ritenere violata, da voi, la loro sacrosanta riservatezza. Finireste col sentirvi in colpa, voi. Ed inevitabilmente, malevolo e subdolo, verrebbe considerato il vostro atteggiamento, proprio di gente che parla e non capisce. Solo perché retta da invidia sociale!

Speranze di sanatoria non tradite, in quel non lontano 2009, per questa bella gente. Un po' meno per quelli che speravano in un aiuto a sopravvivere dopo averlo fatto cercando di restare in regola, che è piuttosto la sorte di molti. Quelli che Calvino chiamava gli "onesti"⁽¹⁾. *"Erano costoro onesti non per qualche speciale ragione (non potevano richiamarsi a grandi principi, né patriottici né sociali né religiosi, che non avevano più corso), erano onesti per abitudine mentale, condizionamento caratteriale, tic nervoso. Insomma non potevano farci niente se erano così, se le cose che stavano loro a cuore non erano direttamente valutabili in denaro, se la loro testa funzionava sempre in base a quei vietati meccanismi che collegano il guadagno col lavoro, la stima al merito, la soddisfazione propria alla soddisfazione d'altre persone. In quel paese di gente che si sentiva sempre con la coscienza a posto loro erano i soli a farsi sempre degli scrupoli, a chiedersi ogni momento cosa avrebbero dovuto fare. Sapevano che fare la morale agli altri, indignarsi, predicare la virtù sono cose che trovano troppo facilmente l'approvazione di tutti, in buona o in malafede".*

⁽¹⁾ Tratto da *Romanzi e racconti*, III, *Racconti e apologhi sparsi*, i Meridiani, Arnoldo Mondadori editore. Pubblicato in *Repubblica*, 15 marzo 1980, col titolo "Apologo sull'onestà nel paese dei corrotti".

E qui propriamente comincia un'altra parte di questa nostra riflessione, che merita, almeno all'inizio, un diverso tempo di narrazione.

4. Le misure anticrisi del 2009. Premesse normative, il funzionamento e gli effetti dello scudo secondo la legge istitutiva.

Il 1 luglio del 2009 comparve sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il decreto legge n. 78/2009. L'articolo 12 di quel provvedimento anticrisi, come fu chiamato, si richiamava espressamente "*alle intese già raggiunte in seno all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico in materia di emersione di attività economiche e finanziarie detenute in Paesi aventi regimi fiscali privilegiati, allo scopo di migliorare l'attuale insoddisfacente livello di trasparenza fiscale e di scambio di informazioni, nonché di incrementare la cooperazione amministrativa tra Stati*". In una parola, preannunciava che sul fronte del fisco, da allora in poi, cambiava la musica e nessuno si sarebbe potuto più nascondere!

Vennero introdotte, in coerenza con tale premessa, presunzioni fiscali di sottrazione alla tassazione per gli investimenti e le attività finanziarie detenute negli Stati e nei territori a regime fiscale privilegiato in violazione dei doveri dichiarativi previsti per la rilevazione a fini fiscali. Alla prova dei fatti, non molto più che l'esplicitazione di una intuitiva regola indiziaria: chi ha portato soldi in un paradiso fiscale e non l'ha dichiarato molto probabilmente (ma davvero!?!..) neppure ci ha pagato sopra le tasse dovute. Pur sempre qualcosa, un aiuto al fisco nell'assolvimento dell'onere della prova, una volta dimostrato il deposito estero nascosto (sì, ma come se per l'appunto i soldi sono in un paradiso fiscale?!?). Furono raddoppiati i termini per l'accertamento delle presunzioni, create unità amministrative speciali per il contrasto dell'evasione e dell'elusione internazionale e si espressero propositi (immancabili.... salvo che bisogna essere in più di uno a volerne l'attuazione e tra essi vi devono essere necessariamente quelli che i dati li possiedono o li possono acquisire) di potenziare l'acquisizione e lo scambio di informazioni. Ancora, furono introdotte misure di contrasto dei cosiddetti arbitraggi fiscali, realizzati sfruttando l'accesso a regimi che favoriscono disparità di trattamento, con particolare riferimento alle operazioni infragruppo. La musica sembrava davvero cambiata. Già, pareva.

Ma il nostro è Paese esperto, abituato a non scomporsi. Plurisecolare tradizione, troppa esperienza di cambiamenti annunciati e mai vissuti, numerose rivoluzioni di cui celebrate anzitutto le restaurazioni per destare grandi e veri allarmismi nei cittadini più navigati. E nessuno, infatti, di essi si scompose seriamente. Attesero con fiducia, consapevoli della vacuità della rigidità proclamata, costruita su fragili impalcature.

Bastò scorrere il provvedimento anticrisi per avvedersi di un altro

articolo, che, sempre in nome della lotta alla crisi, seguiva una logica significativamente diversa. Era l'articolo 13 bis.

Destava impressione rilevare come questa norma introducesse uno scudo ad immagine e somiglianza di quei contribuenti con l'orologio d'oro massiccio, in perfetta linea con la loro suscettibilità, di cui già si diceva. Uno scudo ad immagine dei furbi, in cui l'abuso è scongiurato solo in caso di abbandono volontario della persistente astuzia. Ma perché dovrebbero, se non sono costretti? Anonimato, segretezza, quasi nessun pericolo di essere controllati, estrema benevolenza nel sacrificio di modeste porzioni delle risorse di cui dispongono.

Occorre qui rivolgere una richiesta, accompagnandola ad una promessa. Non sarà possibile parlare ed intendere questa storia senza citare norme e circolari e si dovrà contare sulla coraggiosa determinazione, prima ancora che sull'attenzione, del lettore. Ma si cercherà di togliersi il dente dolente senza semplificare e senza abbandonare il lettore nel guado infido delle astruserie giuridiche.

Il decreto legge n. 167/1990, convertito con modificazioni dalla legge 227/1990, e successive modificazioni, reca la disciplina del cd. "monitoraggio fiscale". In via di estrema sintesi, in base ad essa, alcuni contribuenti (persone fisiche, enti non commerciali, società semplici e soggetti equiparati) residenti in Italia devono indicare nella dichiarazione annuale dei redditi gli investimenti e le attività attraverso cui possono conseguire redditi di fonte estera imponibili in Italia, nonché l'ammontare dei trasferimenti da, verso e sull'estero che nel corso del periodo di imposta hanno interessato i medesimi investimenti e le attività finanziarie; l'obbligo dichiarativo scatta allorché gli investimenti, le attività e i movimenti, "all'estero", abbiano registrato nel periodo un ammontare superiore a 10.000 euro. Altri doveri, poi, sono a carico degli intermediari che intervengono nei trasferimenti transfrontalieri di attività finanziarie⁽²⁾. Nessuno obbligo di monitoraggio è invece posto a carico degli enti commerciali, siano società di persone (sas, snc, società di fatto, ad eccezione di quelle semplici) o di capitali (spa, sapa, società cooperative), soggetti, per converso, tenuti a doveri di contabilità e di bilancio più stringenti, che dovrebbero valere a mantener traccia di

⁽²⁾ Il d.l. 167/90 e successive modifiche stabilisce che le banche, le società d'intermediazione mobiliare e le Poste devono tenere a disposizione dell'amministrazione finanziaria per cinque anni le evidenze relative ai trasferimenti da e verso l'estero di denaro, titoli e valori mobiliari di importo superiore a 10 mila euro effettuati per conto o a favore di persone fisiche, enti non commerciali, società semplici e associazioni equiparate, residenti in Italia (art. 1). Tali trasferimenti, qualora avvengano senza il tramite degli intermediari, devono essere indicati dalle suddette persone nella dichiarazione annuale dei redditi (art. 2).

eventuali disponibilità estere. Ebbene, all'epoca di introduzione dello scudo, la violazione dell'obbligo di presentare tale dichiarazione (anche per effetto di una precedente modifica intervenuta del 2008) era punita con una sanzione amministrativa pecuniaria dal 5% al 25% dell'ammontare dell'importo non dichiarato e con la confisca di beni di corrispondente valore.

Inoltre, se vi era desiderio di portare all'estero, sulla persona, denaro contante, titoli o valori mobiliari di importo pari o superiore a 10 mila euro, si doveva dichiararlo presso l'Agenzia delle dogane. Beninteso, nulla più che una dichiarazione, nessuna tassa, se tale non vuol considerarsi la trasparenza e qualche perdita di tempo per predisporre la dichiarazione. Ma in caso di violazione dell'obbligo, ove vi fosse stata scoperta in flagranza, l'Agenzia delle dogane o la Guardia di finanza avrebbe potuto sequestrare la somma, in quote variabili (dal 30% al 50% dell'importo eccedente i 10 mila euro). Insomma, in astratto norme severe e serie.

In questo assetto normativo intervenne lo scudo fiscale *ter*. Stando alle disposizioni normative primarie (al netto della lettura interpretative ed integrative dell'Agenzia delle entrate), le norme sullo scudo si rivolgevano proprio alle persone fisiche e agli altri soggetti fiscalmente residenti nel territorio dello Stato che, anteriormente al 31 dicembre 2008, avevano esportato o detenuto all'estero capitali e attività in violazione dei vincoli valutari e degli obblighi tributari sanciti dalle disposizioni sul cosiddetto "monitoraggio fiscale" nonché degli obblighi di dichiarazione dei redditi imponibili di fonte estera. Insomma, quei soggetti che portando o detenendo risorse all'estero le dichiarazioni proprio non avevano voluto farle. Ad essi era data la possibilità di emergere. Insomma, quasi "emergere", più o meno, diciamo piuttosto di tranquillizzarsi. Persone fisiche, in quanto titolari di reddito d'impresa o di lavoro autonomo o quali rappresentanti di enti non commerciali, di società semplici e di associazioni equiparate, fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Dunque, lo si ripete, non gli enti commerciali, né le società, sia di persone o società di capitali (ad eccezione delle società semplici), né, dunque, le persone fisiche quali rappresentanti di esse. Differenza chiara e non da poco.

Per sanare la propria posizione nell'arco temporale che andava dal 15 settembre 2009 al 30 aprile 2010, il contribuente infedele ai doveri dichiarativi previsti dalla disciplina sul monitoraggio fiscale ha versato un'imposta straordinaria pari al 5%, innalzata poi al 6% ed al 7%, sul valore delle attività finanziarie e patrimoniali detenute all'estero a partire da una data non successiva al 31 dicembre 2008. Se le attività erano detenute presso Stati non appartenenti all'Unione europea (come la Svizzera, la Repubblica di San Marino, il Principato di Monaco ed

il Jersey di cui si diceva) l'unica modalità di legalizzazione ammessa dalla norma era il *rimpatrio* in Italia; nel caso in cui le stesse erano detenute in Stati dell'Unione europea e in Stati aderenti allo Spazio economico europeo (ossia la Norvegia e l'Islanda) che garantivano un effettivo scambio di informazioni fiscali in via amministrativa, invece, il contribuente poteva, in alternativa, ricorrere alla *regolarizzazione*, evitando di procedere al rimpatrio fisico delle risorse in Italia.

L'imposta si attestava su una *aliquota* certo conveniente, tenuto conto dell'entità di quelle che gravano ordinariamente i redditi dell'impresa o del lavoro autonomo e dipendente. Con la dichiarata mira di allinearsi, almeno su questo punto, all'esperienza degli altri Stati che avevano adottato analoghi provvedimenti, essa veniva rappresentata come *prelievo sul reddito*⁽³⁾, non sul patrimonio. Corrispondeva, infatti, ad un'aliquota sintetica del 50 per cento per anno (comprensiva di interessi e sanzioni, senza diritto allo scomputo di eventuali ritenute o crediti) su un rendimento lordo presunto in ragione del 2 per cento annuo per i cinque anni precedenti il rimpatrio o la regolarizzazione, senza possibilità di scomputo di eventuali perdite. Pur così ricostruita, l'esiguità della somma chiesta per legalizzare i capitali esteri lasciava esterrefatti. Ne derivava, infatti, non solo che lo Stato dovesse astenersi dal recuperare tutto quanto gli spettava sul patrimonio (vale a dire la quota di imposte e sanzioni ordinarie non versate sul capitale evaso) ma anche che non potesse accampare pretese sui rendimenti eventualmente superiori al 2% annuo, non tassati neppure in sede di legalizzazione. Insomma, sul rendimento presunto dell'imponibile accumulato in forme illecite veniva applicata una aliquota, sostanzialmente, attestata su valori ordinari.

Al soggetto che si è valso delle facoltà concesse dal provvedimento è stata assicurata un'*ampia riservatezza*⁽⁴⁾, prolungata anche nel tempo,

⁽³⁾ Cfr. l'art. 13 *bis*, comma 1 d.l. 78/2009, Circolare 43/E/2009 e documento concernente i dati statistici relativi alle operazioni di rimpatrio ovvero di regolarizzazione delle attività finanziarie e patrimoniali detenute all'estero presentato al Parlamento dal Ministro dell'Economia in data 18.6.2010.

⁽⁴⁾ Al riguardo, la circolare n. 43E/2009 ha precisato che su tali conti potevano essere depositate esclusivamente le attività rimpatriate, restando escluso ogni ulteriore accredito non derivante dall'alienazione delle stesse attività. In caso di trasferimento tra intermediari delle attività finanziarie oggetto di rimpatrio, rimaneva fermo il regime di riservatezza di fronte al fisco, purché il nuovo rapporto fosse intestato al medesimo contribuente. Le attività, una volta rimpatriate, potevano essere destinate a qualunque finalità ed eventualmente anche essere nuovamente trasferite all'estero, nel rispetto della normativa sul monitoraggio fiscale. Con l'art. 19, commi da 6 ad 11, del d.l. n. 201/2011 (cd. decreto Monti o Salva Italia) è stata introdotta un'imposta di bollo speciale in relazione alle attività di natura finanziaria oggetto di emersione ai sensi dell'articolo 13*bis* del d.l. 1 luglio 2009, n. 78 (scudo fiscale 2009) e dello scudo fiscale 2002-2003 che beneficiavano del regime di

delle notizie comunicate agli intermediari relativi alle *attività* oggetto di emersione. Esse sono coperte per legge da un elevato grado di segretezza, essendo preclusa espressamente la possibilità per l'amministrazione finanziaria di venirne a conoscenza, ad eccezione dei casi in cui sia lo stesso contribuente a fornirle nel proprio interesse. Informazioni segrete, conti segretati e non comunicati, dichiarazioni non più dovute per le pregresse detenzioni sanate. Non risulta che altri Stati, tra quelli che in passato hanno varato misure analoghe (si pensi alla Francia, Regno Unito e Stati Uniti), abbiano garantito ai loro contribuenti distratti (o evasori) un anonimato tanto esteso e condizioni di regolarizzazione similmente convenienti. Per sanare le irregolarità, beneficiare della decadenza delle conseguenze penali e di uno sconto sulle altre sanzioni, altrove era stato sempre richiesto, almeno alla fine (come in Francia), di dichiarare la propria identità, l'ammontare dell'evasione e dell'infrazione, di spiegarne il meccanismo di accumulazione e di pagare le tasse arretrate con gli interessi. Ma in Italia le cose sono andate molto diversamente.

L'emersione delle predette attività produceva *effetti estintivi delle sanzioni amministrative, tributarie e previdenziali nonché di quelle collegate alle violazioni valutarie, relativamente alle disponibilità degli importi dichiarati*. Per intendersi, è accaduto qualcosa di non molto diverso da quello che avverrebbe se lo Stato sanasse tutte le violazioni e le contravvenzioni per esse comminabili negli ultimi cinque anni (ad esempio per trasgressioni alle regole della circolazione stradale) accontentandosi di una somma di importo inferiore agli interessi legali maturati per ciascun anno di mora. Un bengodi, che nascondeva una realtà. Lo Stato aveva bisogno di risorse e non aveva la forza di recuperarle da chi gliele aveva sottratte. La questione è se sia stato stimato davvero quanto finirà per costare questa operazione.

Con il perfezionamento dello scudo (ove avvenuto prima dell'esercizio dell'azione penale e della sua conoscenza da parte del contribuente) restava *esclusa ad ogni effetto la punibilità per molti reati tributari* (quelli di cui agli articoli 2,3,4, e 5,10 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74), *per molti reati contro la fede pubblica e societari* (previsti dagli articoli 482, 483, 484, 485, 489, 490, 491-bis e 492 del codice penale, nonché dagli articoli 2621, 2622 e 2623 del codice civile), quando commessi per eseguire od occultare i predetti reati tributari, ovvero per conseguirne il profitto e riferiti alla stessa pendenza o situazione tributaria.

segretezza, quali quelle rimpatriate fisicamente o giuridicamente. I contribuenti sono ora chiamati ad effettuare una valutazione di convenienza circa l'opportunità di rinunciare alla segretezza al fine di non pagare l'imposta.

Con l'emersione, infine, restava *precluso nei confronti del dichiarante e dei soggetti solidalmente obbligati ogni accertamento tributario e contributivo per i periodi d'imposta che avevano termine al 31 dicembre 2008, "limitatamente agli imponibili rappresentati dalle somme o altre attività costituite all'estero e oggetto di rimpatrio o regolarizzazione"*.

5. *Lo scudo, in sintesi. Un perdono senza confessione per 104,5 miliardi, 180 mila connazionali titolari in media di quasi 400 mila euro non monitorati. Più danni che gioie per l'economia nazionale.*

Dunque, in sintesi, lo scudo introduceva un'imposta straordinaria (come si diceva, più che altro per la mitezza, essendo di importo inferiore al tasso degli interessi legali), il cui pagamento valeva ad estinguere sanzioni, precludere accertamenti e sanare la detenzione di attività in passato irregolarmente trasportate e custodite all'estero. Molti dei suoi mentori hanno rigettato con sdegno la qualificazione del provvedimento come condono. Essi hanno ragione.

È stato qualcosa di più di un condono, alla prova dei fatti un'immunità soggettiva talmente estesa da essersi trasformata in una condizione di intangibilità, non limitata al passato, ma estesa anche al futuro, da segnalare in maniera quasi beffarda, se ritenuto opportuno ed al momento propizio, al dipendente pubblico intento a cercare un maggior imponibile o a procurarne la riscossione. L'incaricato della verifica molto avrebbe da chiedere ma si vede costretto a rimanersene in silenzio, come si vedrà, se non ha altri elementi (e come potrebbe averli se il privato può non collaborare e lo Stato estero dove le somme erano e, talora, restano custodite non è indicato nella dichiarazione riservata né è necessariamente tra quelli collaborativi!). Deve accontentarsi, in definitiva, di una spoglia "dichiarazione riservata" di importo anche esiguo ma superiore all'importo del maggior imponibile già accertato. Già, perché, anche se risulterà sorprendente, nella dichiarazione riservata non era richiesto fosse scritto ed indicato dal contribuente lo Stato estero di originaria e/o persistente detenzione delle somme legalizzate. Insomma un "perdono senza confessione"⁽⁵⁾.

Già si diceva, dal 15 settembre 2009 al 30 aprile 2010, la legalizzazione di disponibilità economiche detenute all'estero da soggetti residenti in Italia in violazione della disciplina sul monitoraggio fiscale ha

⁽⁵⁾ Tale impostazione è stata confermata anche dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate, n. 3 del 29 gennaio 2010, la quale ha precisato che *"ai fini dell'accesso alla procedura dello scudo non rileva, pertanto, la ricostruzione puntuale degli eventi che hanno dato origine alla fuoriuscita delle attività o alla loro costituzione all'estero né l'identificazione delle attività stesse quali frutto di evasione fiscale"*.

interessato attività per un valore di 104,5 miliardi di euro, variamente sanate presentando scarse dichiarazioni riservate e versando un'imposta benevola. Quasi 180 mila connazionali (esattamente 179.576) hanno beneficiato dei servizi e del contributo attivo offerto per tali operazioni da intermediari, rassicurati nei loro doveri e nelle loro facoltà di discrezione. In media (anche se sul punto verrebbe da dar eco ad alcune delle proverbiali osservazioni del poeta Trilussa nella poesia "La Statistica"...) essi hanno legalizzato con ciascuna operazione attività per circa 400.000 euro (esattamente la media statistica si attesta su 388.600 euro). Ben 105.792 soggetti residenti in Italia hanno perfezionato richieste di rimpatrio e di regolarizzazione dalla Svizzera; 19.967 da San Marino, 11.107 dal Principato di Monaco, almeno 508 da Singapore, almeno 391 dalle Bahamas. Insomma, un numero pari alla popolazione di un'intera città italiana di medie dimensioni. Dati tratti dal documento statistico ufficiale del Ministero dell'Economia sopra più volte richiamato e noti ai parlamentari per essere loro diretto.

Un'opera portentosa, riuscita al legislatore italiano fingendo di credere al carattere veniale delle trasgressioni perdonate, trattate come innocue dimenticanze e non come antagoniste resistenze e fughe dai doveri fiscali. Garantendo "assoluzioni" piene, senza gravose "penitenze", prive di alcuna "contrizione" e di pericolose "confessioni". O forse proprio il carattere endemico e diffuso delle violazioni fiscali che quei numeri rammentano, è una delle ragioni della resa nascosta.

Già il nome ("scudo") ne sottolinea la valenza preservatrice delle sorti di contribuenti venuti meno a doveri dichiarativi, almeno in passato, ma restati anonimi e non emersi neppure dopo la sanatoria. Esperienza prodigiosa, i cui effetti pregiudizievoli sull'efficacia dei sistemi di difesa della legalità economica, e non solo, non sono stati ancora adeguatamente analizzati, discussi e diffusi.

Al di fuori di sommarie ed indefinite critiche rette da esigenze di sterile contesa politica, l'indebolimento del contrasto all'illecito ed al crimine provenuto dallo scudo fiscale ter patisce una diffusa e persistente sottovalutazione, alimentata dal non commendevole silenzio di coloro che ne conoscono la reale gravità. Impedire l'emersione di illeciti economici, specie in danno delle società, significa creare un tessuto molle favorevole alla corruzione, sempre e quasi per intero alimentata dalla consumazione dei primi. Questo perché in Italia la corruzione è un costo economicamente deducibile, o quantomeno così viene rappresentata nei bilanci delle imprese che ne sopportano, in prima battuta, il peso sotto fantasiose (quanto fittizie) voci, il cui reale e definitivo carico è ineluttabilmente riversato sui singoli cittadini, consumatori finali privi di margini di manovra e di rivalsa. Quelli che il risultato del conto economico non possono alterarlo con costi finti.

Il problema non è solo l'iniquità sociale di un tal condono "impuro", intrinsecamente agevolativo, che, come notato da taluno⁽⁶⁾, "*favorendo soltanto una minoranza di evasori rispetto alla maggioranza di contribuenti che hanno adempiuto correttamente ai propri obblighi fiscali rileva una selettività quanto meno dubbia rispetto alle disciplina prevista dall'art. 107 e ss TFUE*". Né quale sia stato, poi, l'effettivo sostegno al sofferente tessuto economico nazionale provenuto dalle risorse effettivamente rimpatriate grazie alla procedura di sanatoria. Peraltro, ampiamente inferiore a quello creduto dai più, per il successo (alla prova dei fatti non inaspettato) della forma di legalizzazione denominata rimpatrio giuridico, che, al pari della procedura di regolarizzazione, non ha importato rientro fisico ed effettivo delle ricchezze sanate.

Si fa riferimento ai pregiudizi procurati dallo scudo, per come effettivamente disciplinato, realizzato ed inteso nella prassi, anche giurisprudenziale, rispetto alla concreta possibilità dello Stato di pervenire, anche in futuro, all'identificazione dei capitali "sporchi" di origine non fiscale (a voler assentire all'improprietà lessicale di considerare puliti quelli assicurati sottraendosi ai doveri fiscali e mantenendo il controllo dei corrispondenti risparmi ...). Deve riconoscersi, infatti, che lo scudo una capacità l'ha certamente dimostrata: quella di assicurare un pressoché decisivo nascondimento dei primi, attraverso la comoda rigenerazione nei patrimoni di anonimi privati.

E rari osservatori, peraltro, mostrano di essersi posti un fondamentale problema sistematico. Nessuno ha chiarito come possano gli intermediari aver preso serenamente parte attiva ad una "legalizzazione" in forma anonima di risorse economiche illecitamente detenute per anni dai clienti fuori del nostro territorio, talora di provenienza anche delittuosa tributaria, senza avvertire il rischio di consumare, almeno in termini oggettivi, condotte di riciclaggio. Condotte di "riservate" sostituzioni, trasferimenti e comunque operazioni idonee ad ostacolare l'identificazione della origine illecita delle risorse (questo importava l'esecuzione dello scudo) nel linguaggio penalistico vanno proprio sotto questo nome: "riciclaggio". Del resto, se una persona notoriamente incapace di intendere e volere o minore di quattordici anni (e per ciò non imputabile e non punibile) vi sottrae, sotto casa, il motorino e lo vende ad un noto e lucido ricettatore, ciascuno potrà confidare nel fatto che la non punibilità dell'autore del primo reato non pregiudicherà la possibilità di condanna del ricettatore. Chi potrebbe discutere che il bene mantiene, infatti, una oggettiva connotazione e derivazione delittuosa? E quali reali differenze

⁽⁶⁾ R. ALFANO, *Il legislatore fiscale finalmente sensibile ai dettami europei: la recente disposizione in tema di accertamenti IVA e scudo fiscale*, in www.aipdt.it.

nel caso del perfezionamento dello scudo di capitali frutto di evasione fiscale di rilievo penale? Era nota da tempo la posizione della Corte di Cassazione in merito alla positiva configurabilità dei delitti fiscali quali reati presupposto del delitto di riciclaggio⁽⁷⁾. E risaputo era anche che la Corte ritiene irrilevante, ai fini della sussistenza del delitto di riciclaggio, la non punibilità del delitto tributario (il furto dell'auto nel nostro esempio), affermata con riferimento al significativo caso di operatività di un condono tributario ex a. 9, co.10 lett. c legge n. 289/2002, per il richiamo dell'ultimo comma dell'articolo 648 bis c.p. al comma terzo dell'articolo 648 c.p.⁽⁸⁾. Causa di non punibilità del tutto omogenea a quella assicurata ai responsabili dei reati fiscali richiamati dall'articolo 13-bis. co. 4, 2° periodo d.l. n. 78/2009, nel testo risultante dalle successive modifiche e dalla definitiva conversione.

Si dirà, certo, che le banche (e gli altri intermediari abilitati) hanno esercitato un diritto riconosciuto dalla legge sullo scudo e, entro certo limiti, adempiuto ad un dovere contrattuale con il loro cliente. Ma così si dirà quello che nessuno vuol dire. Che una legge dello Stato ha legittimato operazioni che (in termini oggettivi) possono concretare riciclaggio di beni di provenienza delittuosa.

6. Un intero Stato fuori dall'economia. Si sana tutto, senza patemi, fidatevi... Il valore indiziante della "strana" previsione della non punibilità del falso in bilancio a favore di soggetti non tenuti alla redazione del bilancio e gli ostacoli alle diverse forme di contrasto degli illeciti economici.

Sembra di poter dire che lo scudo fiscale costituisce vicenda omogenea ad una tendenza normativa silenziosa, dolorosamente inarrestabile. Essa costituisce l'espressione non solo del fastidio dichiarato da più parti per l'intervento penale nella vita economica del Paese. Quello sarebbe ancora poco, vi si è abituati. Ancor prima e in termini più radicali, esso testimonia un'avversione quasi ideologica per la presenza di un controllo pubblico pur solo nella fase della difesa di beni fondamentali dell'economia e dunque della vita sociale.

Il reato di falso in bilancio è ormai simulacro pittoresco di quello che dovrebbe essere un serio presidio dissuasivo degli abusi informativi e gestori nell'ambito delle società. Costruito attorno a condotte ricoperte di avverbi, aggettivi, intenzioni manifeste, realisticamente mai riconoscibili, soglie e condizioni di procedibilità e punibilità, unitariamente utili solo a trovare ragione o appiglio all'inevitabile inapplicabilità di

⁽⁷⁾ Cfr. Cass., sent. n. 6061 del 2012; Id., sent. n. 1024 del 2008; Id., sent. n. 45643 del 2009; Id., sent. n. 49427 del 2009; Id., sent. n. 3396 del 2005.

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., sent. n. 23396 del 2005.

esse a qualsiasi immaginabile caso concreto, è ridotto a triste (quanto innocuo) reato impossibile già a livello di descrizione della fattispecie astratta. Ma il legislatore non ha inteso fermarsi. Senza mai mancare di dichiarare l'avversione per i "gravi" crimini economici, per la loro "nota e stretta interdipendenza funzionale" con i gravi fatti di corruzione pubblica e privata, non ha ritenuto possibile evitare di ostacolare la possibilità di scoperta dei precisi contenuti dei primi e con essa dei secondi, come noto, appunto, loro strettamente interconnessi. Varando, appunto, lo scudo fiscale ter e prevedendo, tra l'altro, la non punibilità di una vasta serie di reati fiscali e societari, ivi compreso, neanche a dirlo, il falso in bilancio.

Ma perché introdurre la previsione della non punibilità del falso in bilancio se allo scudo non potevano accedere le società commerciali, ma solo persone fisiche e soggetti vincolati al monitoraggio fiscale, per converso non tenuti o comunque ordinariamente non protagonisti, in quanto tali, della presentazione di comunicazioni sociali oggetto della tutela penale prevista dagli articoli 2621 e 2622 c.c.? Sembrava un non senso, apparendo incontrovertibile che lo scudo non potesse (e non dovesse) costituire un'opportunità per sanare i ricavi societari falsamente o addirittura mai contabilizzati da chi vi era tenuto. Sembrava.

Forse contribuisce a chiarire il dilemma ripercorrere la storia delle votazioni dell'emendamento "Fleres", quello che estendeva la non punibilità per l'adesione allo scudo anche a tali reati societari, eliminando nel contempo obblighi di segnalazione delle operazioni sospette ex a. 41 d.lgs. n. 231/2007 relativamente ai casi in cui si determinavano le condizioni di non punibilità. Approvato al Senato con 134 voti favorevoli, 24 contrari ed un astenuto (con la mancata partecipazione al voto del principale partito di opposizione) l'emendamento è stato varato dalla Camera con 270 voti favorevoli, 250 voti contrari e due astenuti. Fondamentale all'approvazione del testo la mancata partecipazione al voto di una quota consistente (23 parlamentari) di onorevoli dell'opposizione. Sul sito Wikipedia è tuttora possibile leggere: *"la norma ha consentito di risolvere realisticamente un problema finanziario, che in passato era stato spesso ignorato, permettendo allo Stato di recuperare circa 4 miliardi di euro, facendo rientrare nel circuito dell'economia somme che altrimenti sarebbero rimaste all'estero"*. Già, di risolvere "realisticamente" un problema finanziario. Più che il problema è la rude concretezza con cui è stato risolto che desta serie perplessità. La circostanza costituisce indizio consistente di esatte e diffuse consapevolezza antecedenti all'inizio dello scudo. Molti sapevano che l'origine delle somme di cui sarebbe stata chiesta la sanatoria era societaria (come è stato) e la connotazione più consueta sarebbe stata quella di un'appropriazione di risorse in danno di organismi societari, nascoste ai (nei?) bilanci.

L'ipotesi beneficia di un'altra significativa traccia. In base all'articolo 13-bis, co. 3 D.L. 78/2009 *“il rimpatrio ovvero la regolarizzazione non possono in ogni caso costituire elemento utilizzabile a sfavore del contribuente, in ogni sede amministrativa o giudiziaria civile, amministrativa ovvero tributaria, in via autonoma o addizionale”*.

La norma aveva un significato chiaro, condivisibile o meno che fosse. Senza detta preclusione probatoria, il contribuente, con l'attivazione della procedura di legalizzazione, avrebbe temuto di offrire all'amministrazione un elemento di per sé bastevole ed utile per innescare l'accertamento di violazioni tributarie *diverse* da quelle sanate; con evidente disincentivazione della sanatoria. Dunque, più che definire gli effetti dell'emersione, si voleva evitare che l'attivazione della procedura di scudo finisse per risultare controproducente per l'evasore (*“relativamente”*) pentito, ritenuto pur sempre più apprezzabile di quello ostinato, consentendo proprio per questo suo pur tardivo rinsavimento di scavare in altre direzioni ad esso prossime. E dall'altro lato, evitare il protrarsi di un accertamento che aveva già individuato, non solo in termini quantitativi, la somma scudata dal contribuente.

Sennonché, nell'interpretazione di questa stessa previsione offerta dall'Agenzia delle entrate, forse intuendo alcune ragioni di preoccupazione di numerosi contribuenti, la copertura soggettiva della preclusione probatoria è risultata estesa in maniera consistente ed oltre le intenzioni della stessa Agenzia. In base al chiarimento offerto dalla Circolare 43/E/2009, infatti, la salvaguardia contro il pregiudizio da emersione ricomprendeva anche le società di capitali delle quali era *dominus* (azionista di maggioranza, di riferimento o amministratore) il contribuente ravvedutosi. Anche esse, cioè, secondo l'Agenzia potevano contare sulla garanzia che non si sarebbe utilizzato lo scudo attivato dal loro amministratore o socio di riferimento, quale persona fisica soggetta al monitoraggio fiscale, come elemento utile *“ai fini dell'avvio o nell'ambito di un controllo fiscale”* nei loro confronti e scoprire (vuoi vedere...) che le disponibilità scudate da tal contribuente, quale persona fisica si ripete, provenivano proprio dalle società con cui sussisteva il legame qualificato. In realtà, allo stare della Circolare 43/E/2009, la salvaguardia contro il pregiudizio da emersione, ricomprendeva anche le società di capitali delle quali era *dominus* (azionista di maggioranza, di riferimento o amministratore) il contribuente ravvedutosi. Nulla di più e nulla di meno. Solo in tal senso si poteva parlare di preclusione degli ulteriori accertamenti e di estensione di essa alle società di cui l'evasore persona fisica era amministratore o padrone. Non certo nel senso di legittimare l'aspettativa di una sanatoria tombale di tutte le irregolarità consumate dal contribuente legalizzatosi ovvero delle irregolarità di natura gestoria consumate da quest'ultimo in danno delle società commerciali, abusando dalla detta qualificata veste.

Eppure un attento commentatore⁽⁹⁾, a tal riguardo, ha segnalato: “*le precisazioni dell’Agenzia, seppure limitate all’ambito tributario e ancorate alla non chiara definizione di dominus, sono rilevanti in quanto impediscono che lo scudo possa essere utilizzato come fonte di innesco o come elemento a supporto di un caso di controllo a carico di soggetti formalmente terzi rispetto al contribuente ma a questi riferibili. Viene così a scongiurarsi il rischio che gli importi scudati possano essere accertati come ricavi occultati in capo alle società riferibili allo scudante o che i veicoli esteri interposti possano essere considerati, proprio per effetto dell’adesione allo scudo da parte del loro dominus, soggetti esterovestiti*”. Rischi scongiurati e tutto chiaro. O quasi, per quanto si verrà segnalando.

7. La segregazione delle conoscenze in nome della trasparenza, futura: un triste risultato.

Anticipando quanto tornerà oggetto delle conclusioni dell’analisi, deve riconoscersi che nell’esperienza pratica lo scudo è stata l’occasione per recidere relazioni e comunicazioni virtuose tra i soggetti istituzionalmente coinvolti nel contrasto del crimine economico. E questa è forse una delle sue più gravi ed inconfessate colpe. Tale contrasto non risulta costruito solo sul sistema repressivo penale, che piuttosto è per lo più residuale, ma anzitutto su una vasta attività accertativa amministrativa, che sovente postula una collaborazione attiva privata (si pensi alla normativa antiriciclaggio o quella dei controlli domestici dei collegi sindacali) in uno con la possibilità ed il dovere della amministrazione pubblica di trasferire conoscenze alla magistratura inquirente, ove emergano fatti di reato, facendone oggetto di inchieste penali.

Di contro, lo scudo fiscale ha giustificato (talvolta oltre la norma) segregazioni delle conoscenze e delle informazioni all’interno delle diverse articolazioni dello Stato e dei soggetti destinatari della normativa antiriciclaggio. Mostrando di autorizzare silenziosità, mancate verifiche e omesse segnalazioni, basate su presupposti valutativi imprecisi e soggettivi, come tali non seriamente verificabili. In apparente contrasto obiettivo con la collocazione sistematica del provvedimento, inserito tra gli “*interventi antievasione ed antielusione internazionale e nazionale*”, oltre che con il dichiarato intento di preparare la individuazione di “*più efficaci strumenti di cooperazione internazionale nel settore della fiscalità finanziaria*”, ...” a fronte degli squilibri conseguenti alla crisi economica

⁽⁹⁾ A. TOMASSINI, *Copertura ampia dai controlli con l’adesione allo scudo fiscale ter*, in *Riv. giur. trib.*, 2012, n. 11, p. 876 e ss.

mondiale, per una crescita più equa secondo i principi generali sottoscritti nei vertici del G8". Quasi che per "assicurare una maggiore trasparenza bancaria su investimenti e depositi, anche per quelli detenuti nei paesi che assicurano particolari agevolazioni (i cosiddetti "paradisi fiscali") e per "rendere più efficiente lo scambio di informazioni ed incrementare la cooperazione amministrativa tra Stati" si dovesse, inevitabilmente, prima passare dalla forzata sterilizzazione dell'attenzione sulla massa impressionante di attività irregolarmente detenute e dal disconoscimento dei doveri di collaborazione attiva che reggono l'azione di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del crimine economico in genere. Finendo per ridurre a réclame tutte le parole, condite da accenti preoccupati, immancabilmente spese per giustificare le ragioni della punizione del riciclaggio.

Né la necessità di tutelare interessi patrimoniali particolari, né la doverosa salvaguardia del corretto funzionamento degli intermediari finanziari e delle altre imprese legali ed in generale dell'interesse all'ordinato funzionamento dell'economia nel suo complesso, dell'ordine pubblico generale e dell'amministrazione della giustizia (che patiscono compromissione dalle immissioni dei proventi illeciti nel sistema legale ascrivibili agli autori dei reati presupposti) sono valsi a fermare il legislatore, arresosi in termini miopi alle esigenze di finanza pubblica di breve periodo. Parole, solo parole.

L'inquinamento dell'azione di contrasto è avvenuto, anzitutto, *complicando gravemente, se non paralizzando, l'ordinato funzionamento del sistema antiriciclaggio*, con esoneri dall'obbligo di segnalazione ex a. 41 d.lgs. n. 231/2007 costruiti su presupposti in fatto del tutto generici, alla prova dei fatti, arbitrari e non controllabili. Quale intermediario coinvolto nelle procedure di legalizzazione può dire in piena coscienza che le attività legalizzate corrispondevano solamente ad proventi di illeciti fiscali ed eventualmente proprio quelli rientranti nel campo di operatività della causa di non punibilità penale connessa al perfezionamento dell'operazione di scudo? E, al tempo stesso, chi può escludere che l'intermediario, magari per pigrizia e non urtare la suscettibilità del cliente (e non perderlo), non abbia fatto domande o non abbia creduto alle corrispondenti dichiarazioni di quest'ultimo? richieste peraltro rivolte a fini extrafiscali, ossia per l'adempimento dei doveri di adeguata verifica antiriciclaggio.

Ma l'operazione è risultata funesta perché ha finito per ingenerare e diffondere *incertezze* negli stessi operatori del diritto, oltre che nei potenziali beneficiari della misura, *rispetto ai contenuti oggettivi ed all'estensione soggettiva degli effetti premiali e delle preclusioni dei controlli e fiscali*, arrivando, anche per questa via e di fatto, ad impedire accertamenti, non solo amministrativi, che di contro sarebbe stato do-

veroso compiere. Perché in nome delle imprescindibili esigenze di cassa pubblica, ha *interrotto e reciso*, di fatto, *ogni comunicazione, vitale su questi temi, tra soggetti preposti alle verifiche amministrative e Procure della Repubblica*, persuadendo nella più parte dei casi i primi a non approfondire e segnalare casi apparentemente coperti dallo scudo opposti in sede di accessi, ispezioni, verifiche o constatazioni.

Quasi tutti i meccanismi di innesco e di salvaguardia contro il rischio di abuso delle facoltà riconosciute dal provvedimento sono stati depotenziati. Basti considerare alcuni numeri. A fronte di una massa di 104,5 miliardi e di 206.608 operazioni, al 30.9.2010 (ossia dopo cinque mesi dalla chiusura dello scudo) le segnalazioni di operazioni sospette pervenute all'UIF avevano raggiunto la davvero esigua cifra di 484 unità, tramutatesi, all'esito del meccanismo di analisi previsto dalla normativa antiriciclaggio, in un minuscolo numero in notizie di reato poste all'attenzione delle diverse Procure della Repubblica. Se si considera che per quasi quattro miliardi corrispondevano a contante restato in paesi fiscalmente non equivalenti, prima di allora non custodito neppure presso gli intermediari abilitati di questi paesi, si può ben apprezzare il giudizio di insoddisfazione espresso. Qualcosa è cambiato per una serie di attività di stimolo rispetto agli intermediari svolte dall'Unità di Informazione Finanziaria, ma i tempi della segnalazione sono sovente l'elemento dirimente per il successo dell'inchiesta penale e di alcuni strumenti che le sono propri.

Sia chiaro, la bontà del sistema dell'antiriciclaggio non si misura solo attraverso il numero delle notizie di reato prodotte, né dei sequestri assunti dall'Autorità giudiziaria. Ma l'aumento delle prime e dei secondi non ne costituiscono certo la malattia, né sconfessano la salvaguardia della reputazione degli intermediari soggetti alla relativa disciplina.

8. Cosa resta da provare per il contribuente e cosa resta possibile accertare per lo Stato. A ben vedere, non molto e quasi niente. Specie per il rimpatrio giuridico attraverso le fiduciarie statiche non bancarie.

Le questioni centrali da tener presenti attengono ai contenuti dei doveri (allegativi e probatori) che incombono sul contribuente per far valere gli effetti estintivi e preclusivi riconnessi al perfezionamento dello scudo. Da essi emergeranno i confini delle preclusioni per gli accertamenti tributari e contributivi, in relazione ai loro diversi oggetti e contenuti. Cercando di distinguere norme, interpretazioni e prassi concrete.

In altre parole, si tratta di verificare cosa il contribuente dovesse e debba realmente fare per porsi nella condizione di dimostrare (i) l'effettività della detenzione fuori del territorio dello Stato delle attività finanziarie e patrimoniali indicate nella dichiarazione riservata, fino

al 31 dicembre 2008 (*ex art. 13bis*, comma 6, del D.L. n. 78/2009), (ii) l'effettività del rimpatrio o della regolarizzazione, mediante il pagamento dell'imposta straordinaria (*ex art. 13bis*, comma 4 del D.L. n. 78/2009) e (iii) la circostanza che allo stesso contribuente non sia stata già constatata la violazione degli obblighi dichiarativi della detenzione o della movimentazione delle attività patrimoniali o finanziarie all'estero e che non siano iniziati accessi, ispezioni o verifiche o altre attività di accertamento fiscale (*ex art. 14*, comma 7 del d.l. n. 350/2001). Compreso ciò, si intenderà quali vasti aspetti ed estesi ambiti dell'accertamento restino impediti all'amministrazione cui risulti opposto lo scudo e per quali tipologie di imposte. Ovvero se l'impedimento riguardi davvero solo la possibilità di redigere *atti* impositivi (coi quali determinata la pretesa erariale in rettifica o per accertamento di ufficio), ovvero anche *attività* istruttorie di controllo (alla luce dei contenuti dei doveri allegativi e dimostrativi dei contribuenti) e l'operatività delle preclusioni rispetto all'IVA.

Ebbene, per tutti coloro che avevano esportato o detenuto all'estero capitali e altre attività in violazione dei vincoli dichiarativi valutari e degli obblighi tributari e non erano stati ancora interessati da accessi, ispezioni e verifiche o altre attività di accertamenti fiscali, la previsione ha rappresentato una opportunità unica ed irripetibile (almeno lo si spera...). Essi si sono "messi a posto" senza alcun apparente dovere di spiegare il meccanismo di evasione e con indefiniti, quando davvero inesistenti, obblighi di chiarire i tempi ed i meccanismi della accumulazione delle attività irregolarmente detenute all'estero sino al 31.12.2008 ovvero, ciò che è più grave ed espone a serio pericolo di abusi, di documentare la provenienza, l'esistenza e la preesistenza delle attività.

Quanto detto è particolarmente vero per la peculiare forma di legalizzazione definita "rimpatrio giuridico", ormai più volte citato, con la quale il rientro delle disponibilità finanziarie o patrimoniali è stato di natura virtuale (o nominale) e non fisico. Come detto, si è trattato del meccanismo più utilizzato per la legalizzazione, essendo stato ritenuto praticabile dall'amministrazione finanziaria anche per le attività finanziarie in sé agevolmente liquidabili e trasferibili fisicamente, pure ove detenute nei paesi fiscalmente non collaborativi. Questa conferma espressamente è provenuta (solo a partire) dal documento concernente i dati statistici relativi alle operazioni di rimpatrio ovvero di regolarizzazione delle attività finanziarie e patrimoniali detenute all'estero presentato al Parlamento dal Ministro dell'Economia in data 18.6.2010 e non compare nella Circolare 43/E/2009 che pure si occupava di offrire le indicazioni agli uffici per organizzare lo scudo. Ammissione che, non lo si trascura, sconta qualche obiettiva ragione di perplessità a fronte del tenore letterale del primo comma dell'articolo *13bis* d.l. n. 78/2009.

Tale disposizione, innovando rispetto al passato, in un quadro normativo complessivo mutato e più sensibile alle esigenze di contrasto dei paradisi fiscali, non ammetteva una discrezionale facoltà di scelta della singola procedura di legalizzazione da parte del contribuente (né invero dell'amministrazione finanziaria) in caso di detenzione delle attività in paese fiscalmente non collaborativo. Alla prova dei fatti, il rimpatrio "virtuale" è stato praticato non solo (e non tanto) per le disponibilità patrimoniali (come gli immobili o le quote societarie⁽¹⁰⁾) ontologicamente intrasferibili in forme fisiche da detti paesi non cooperativi (ipotesi per cui era stato immaginato nella precedente versione dello scudo) ma anche (anzi essenzialmente) per le più ordinarie disponibilità finanziarie, ampiamente fungibili, liquidabili ed amovibili, quali i saldi attivi dei depositi in conto correnti, i titoli di deposito ed addirittura il contante (quest'ultimo per oltre quattro miliardi).

Il successo di tale forma di legalizzazione, venuta espandendosi silenziosamente (quasi per tacito assenso dell'amministrazione finanziaria prima della finale ed ufficiale consacrazione), desta serie ragioni di preoccupazione, specie se considerato in uno con il rilievo del ricorso generalizzato per esso all'intermediazione delle società fiduciarie non bancarie (connotate da strutture organizzative e di controllo, usualmente, esili), in luogo delle banche, nonché allo scarso utilizzo della più gravosa procedura di regolarizzazione, ammessa solo per i paesi collaborativi (ossia *Stati dell'Unione europea e Stati aderenti allo Spazio economico europeo ovvero che garantiscono un effettivo scambio di informazioni fiscali in via amministrativa*) che ha portato all'emersione di attività per il limitato importo del 2,4% (ossia circa 2,5 miliardi di euro sul complesso dei 104,5 miliardi di euro della massa legalizzata).

Il rimpatrio giuridico, infatti, ha interessato la porzione maggioritaria della massa di attività complessivamente legalizzate (50,3%),

⁽¹⁰⁾ L'indicazione contenuta nella circolare n. 49/E del 23.11.2009 (di poi richiamata nella circolare n. 6/E del 19.2.2010) con riferimento alla praticabilità del rimpatrio giuridico di quote di società civili immobiliari di diritto monegasco pareva davvero connotata in termini caratteristici dalle peculiarità dell'oggetto interessato alla procedura di sanatoria; non a caso, allorché l'amministrazione finanziaria ha risposto allo specifico quesito ("*regolarizzabilità o rimpatriabilità di quote di una società civile immobiliare monegasca*"), ha mosso dalla precisazione che il Principato di Monaco non è un Paese che consente un scambio effettivo di informazioni e dunque in tal caso non può farsi luogo a regolarizzazione in senso generale e che il rimpatrio giuridico con intestazione a società fiduciaria ovvero con conferimento a quest'ultima di mandato all'amministrazione può essere utilizzato anche "per gli immobili ed i diritti reali immobiliari", senza ulteriori dilatazioni ad altre attività (quali quelle finanziarie) detenute nel Paese non collaborativo interessato dal quesito. Del rimpatrio giuridico si occupava la circolare 9/E/2002.

di fatto non liquidata e restata fisicamente presso paesi fiscalmente non collaborativi (tra essi la Confederazione Svizzera, il Principato di Monaco e la Repubblica San Marino) previa intestazione dei depositi esteri a fiduciarie statiche italiane. Le società fiduciarie statiche hanno intermediato in occasione dello scudo fiscale una cifra davvero enorme, pari a 48,4 miliardi di euro (ossia oltre il 95% del valore delle attività complessivamente legalizzate con il rimpatrio giuridico), cresciute nell'operatività, ma non correlativamente negli assetti organizzativi e di controllo. Invero, secondo l'esperienza non rara, non si tratta degli intermediari più sensibili alle esigenze dell'adeguata verifica e degli altri adempimenti antiriciclaggio, specie per quanto riguarda l'identificazione del titolare effettivo e della gestione degli obblighi di segnalazione di operazioni sospette, se è vero che in sede di primo varo della normativa di settore non sono stati considerati meritevoli dello statuto di presidi antiriciclaggio di primo livello. E del resto, tra il 1/1/2010 ed il 15/5/2011, in un arco di tempo ancora "caldo" per lo scudo, a fronte della massa intermediata di quasi 50 miliardi (ovvero circa metà delle attività legalizzate) tali fiduciarie statiche hanno inviato solo 30 segnalazioni di operazioni sospette.

Ebbene, tale meccanismo ha consentito di mantenere all'estero le attività finanziarie scudate, tramite il conferimento a un intermediario italiano di un mandato fiduciario ad assumere in custodia deposito, amministrazione o gestione le attività stesse, senza procedere al loro materiale trasferimento nel territorio dello Stato. In concreto, il rimpatrio giuridico ha permesso di trasferire solo nominalmente in Italia le attività estere, costituendole in un sub-deposito presso un intermediario estero, intestato all'intermediario italiano. Una regolarizzazione "mascherata" (o atipica) in termini, essenzialmente, lessicali, ma trattata in termini normativi come un rimpatrio (quanto a difetto di oneri documentativi e segretezza del conto) con l'ulteriore vantaggio dell'insediamento del rapporto di custodia presso un intermediario extracomunitario non collaborativo. Un rimpatrio, più che giuridico e virtuale, miracoloso.

Ed occorrerebbe cominciare ad interrogarsi seriamente sulle ragioni della nettissima preferenza manifestata dai contribuenti per il ricorso alle fiduciarie statiche⁽¹¹⁾ non bancarie, quando la medesima operatività

⁽¹¹⁾ Come ricorda una nota dell'UIF: "L'art.1 della Legge 23.11.1939, n. 1966 definisce come "fiduciarie" le società che "comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione di beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e obbligazioni", sottoponendole alla autorizzazione e alla vigilanza del Ministero delle corporazioni (ora Sviluppo economico). All'intestazione fiduciaria dei patrimoni che caratterizza l'oggetto sociale delle società fiduciarie disciplinate dalla legge n. 1966

poteva essere offerta e realizzata da intermediari molto più strutturati in termini organizzativi e di sistemi di controllo antiriciclaggio.

In esito ad una vasta verifica amministrativa svolta rispetto a numerose fiduciarie statiche non bancarie tra il 2010 ed il 2011 in relazione alle modalità con le quali esse hanno assolto i loro compiti di collaborazione attiva antiriciclaggio, con particolare riferimento alle operazioni di scudo fiscale, sono emerse diffuse irregolarità. Se ne segnalano alcune, per intendere il significato di molte delle preoccupazioni già espresse.

Talune fiduciarie non avevano neppure acquisito il software necessario per effettuare l'inoltro delle segnalazioni di operazioni sospette, evenienza evidentemente non creduta probabile. In alcune evenienze, emergevano fattispecie che avrebbero dovuto essere valutate ai fini segnaletici, alla luce di notizie e informazioni disponibili o facilmente acquisibili da fonti aperte. Diffusa era la non approfondita conoscenza della clientela, molto spesso di nuova acquisizione, nonché della natura delle operazioni stesse. Emergevano inoltre le seguenti criticità: – omessa valutazione di informazioni rilevanti sul cliente, quali quelle desumibili da provvedimenti dell'Autorità giudiziaria o dalla richiesta di accertamenti bancari disposta dagli Organi investigativi; – mancato approfondimento dei legami tra i clienti (cointestatari, soci, delegati ecc.); – omessa verifica dell'origine/natura delle consistenze "scudate" e della relativa congruità con il profilo economico – finanziario del cliente; - affidamento, da parte di talune fiduciarie, a studi legali anche esteri della effettiva amministrazione delle attività finanziarie scudate; - conferimento del mandato a fiduciaria distante dalla zona di residenza o di attività del cliente; – istruttorie carenti di documentazione idonea ad accertare – attraverso la ricostruzione della catena "proprietaria" delle attività finanziarie – la effettiva detenzione all'estero delle attività "scudate" da parte del dichiarante alla data del 31 dicembre 2008 (data prevista dall'art. 13-bis, d.l. 78/09, per il perfezionamento dello scudo); - assenza di riscontri giustificativi di operazioni aventi a oggetto "crediti" verso soggetti esteri, sotto forma di finanziamento soci o di riconoscimento di debito fra privati; – mancata acquisizione di documentazione attestante l'origine dei fondi, in caso di operazioni in contropartita con soggetti residenti in paesi a regime non equivalente. Sono stati inoltre riscontrati afflussi di fondi "scudati" successivamente alla chiusura

del 1939, è adattabile la cd. fiducia germanistica tipica del diritto tedesco, la quale non trasferisce la proprietà ma solo la legittimazione all'esercizio del diritto (cfr. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè editore, Milano, 2000, 672 ss.). Le società fiduciarie infatti non possono disporre, né possono comunque utilizzare nel proprio interesse i beni loro affidati (così Cass., n. 10031 del 1997, in *Giur. Comm.*, 1998, II, 299 ss).

dello scudo (fissata per il 30 aprile 2010) nonché impieghi di fondi, anche tramite il rtrasferimento all'estero, pressoché contestualmente alla data dell'operazione di scudo. Non è poi escluso che il cliente, anche successivamente al conferimento del mandato fiduciario, abbia condotto in autonomia le proprie attività, ponendo in essere le cd. operazioni "franco valuta", ossia senza il preventivo assenso scritto della fiduciaria, limitatasi a redigere solamente le relative scritture contabili.

Poco interessa ormai discutere se si sia trattato di sostanziale dilatazione per via amministrativa di alcuni profili (scelti) della procedura della regolarizzazione anche alla detenzione di attività in paesi non collaborativi (che, come tali, non l'avrebbero consentita allo stare del dettato normativo primario), ammessa per non introdurre restrizioni di movimenti di capitale tra Stati membri e paesi terzi, secondo il principio dell'articolo 63 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (già articolo 56 del TCE) o, più credibilmente, per raggiungere gli obiettivi programmati di gettito erariale. Ciò che rileva è che non sono state adottate per tempo, come di contro avrebbe consentito e consigliato l'articolo 65 del TFUE (già art. 58 del TCE), misure "*per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie*", o per "*stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazioni amministrativa o statistica*", o, ancora, per *adottate misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza*". L'aver rilevato, in occasione delle verifiche anzidette, come l'adeguata verifica della clientele sia stata spesso demandata a terzi professionisti o addirittura a fiduciarie di paesi extracomunitari non equivalenti, e comunque gestita con assetti organizzativi e di controllo minimali, volti a garantire al cliente, quale finalità prioritaria, l'interposizione fiduciaria, talora schermata da altra fiduciaria estera, pare notazione tanto preoccupante, quanto ampiamente prevedibile al momento in cui quella particolare tipologia di operatività è stata, nei fatti, permessa. E una disciplina chiara poteva esser data per tempo.

Infatti, se la cd. "regolarizzazione tipica" (prevista dalla legge) costituiva una forma semplificata di sanatoria delle attività, essa poteva operare, oltre che in presenza di doveri documentativi del contribuente (del tutto taciuti, nel caso della regolamentazione atipica), in quanto ricorreva la condizione di omogeneità normativa o comunque di effettiva collaborazione (in termini di scambio di informazioni fiscali) tra autorità amministrative dei paesi interessati all'operazione che permettevano di verificare la veridicità di quanto documentato. Allo stare delle circolari dell'agenzia delle entrate precedenti alle fine del periodo dello scudo, solo nel caso di cd. regolarizzazione (non nel caso di rimpatrio, fisico o giuridico), i contribuenti erano tenuti "*ad allegare alla dichia-*

razione riservata una certificazione o altra documentazione analoga (ad esempio, estratti conto bancari) rilasciata dall'intermediario estero, avente data ragionevolmente ravvicinata a quella di presentazione della dichiarazione riservata, che sia in grado di comprovare che le attività finanziarie sono depositate o costituite presso l'intermediario medesimo e che quindi sono effettivamente detenute all'estero"; con la precisazione che *"la responsabilità circa la veridicità e la provenienza della certificazione ricade esclusivamente sull'interessato e sul soggetto che l'ha rilasciata, che ne rispondono a tutti gli effetti di legge"*. Si trattava di presidi che potevano "rassicurare", almeno in senso relativo, rispetto ad impieghi abusivi ed elusivi delle finalità dell'intervento legislativo e della procedura di legalizzazione da esso delineata. Usi illeciti, di contro, programmabili muovendo dalla considerazione del difetto di effettivo scambio informativo tra le medesime autorità nazionali amministrative, della disomogeneità normativa esistente tra gli ordinamenti nazionali rispetto ai fenomeni di devianza fiscale e criminale in generale e della carenza di una evidenza fisica della ricchezza "scudata" (carenza costituente connotato tipico della procedura di cd. regolarizzazione, tipica o atipica che sia). Tale disciplina poteva escludere o ridurre la possibilità, ad esempio, di sanare disponibilità economiche maggiori o future (dunque solo programmate) rispetto a quelle in effetti possedute o detenute dall'interessato al momento della presentazione della dichiarazione riservata e nel periodo di rilievo definito dalla normativa sull'"emersione", eventualmente incrementandole dopo di essa, proprio attraverso i benefici della definizione della pratica di regolarizzazione, con ulteriori o nuovi fondi "neri" o "sporchi" provento di delitto.

In altre parole, il rimpatrio cd. giuridico, operando nella sostanza come una regolarizzazione senza liquidazione (regolarizzazione atipica ammessa per via amministrativa) realizzata con l'intermediazione delle fiduciarie statiche (esse stesse sottoposte all'adeguata verifica degli intermediari antiriciclaggio di primo livello), nel nuovo contesto della normativa fiscale ed antiriciclaggio (delineatosi in tempi successivi a quelli in cui era sorta l'originaria nozione), avrebbe dovuto prudenzialmente essere governato per tempo, quantomeno secondo i medesimi doveri documentativi previsti per la regolarizzazione tipica. Ciò che, appunto, non è avvenuto. Sul punto, infatti, il rimpatrio giuridico ha conservato i privilegi ovvero le peculiarità della disciplina del rimpatrio tipico, ossia quello materiale, per parte sua basata sul diverso presupposto del rientro fisico e dunque empiricamente verificabile delle attività, non bisognoso della conferma documentale della loro esistenza, quanto piuttosto della loro preesistente detenzione alla data di rilievo dello scudo (31/12/2008).

L'aver sradicato il rimpatrio cd. giuridico dall'alveo della disciplina

della regolarizzazione ed averlo mantenuto in quello del rimpatrio materiale ha creato, in termini di doveri documentativi, assolute e paradossali sperequazioni, ancora non ben chiare. I titolari delle attività scudate oggetto di rimpatrio giuridico, ancora custodite materialmente in paesi non collaborativi (in termini fiscali ed amministrativi) e addirittura “non equivalenti” in termini di antiriciclaggio – e dunque con nessuna possibilità concreta di controllo da parte dell’amministrazione circa l’esistenza, l’entità, il periodo di accumulazione e l’origine dei fondi – hanno beneficiato e beneficiano di sgravi di oneri documentativi fiscali, a dispetto di coloro che hanno seguito la procedura di regolarizzazione delle risorse da paesi collaborativi. In altri termini, sia in *punto di documenti da predisporre ed allegare alla dichiarazione riservata sia di possibilità concrete di controlli* essi hanno faticato e rischiato meno, in realtà niente, guadagnando molto, tenuto conto dei formidabili effetti estintivi e preclusivi sugli accertamenti fiscali che il perfezionamento della procedura comporta (per il passato e per il futuro, a taluni effetti ed entro certi limiti, con particolare riferimento agli accertamenti sintetici). Ai fini del rispetto della disciplina primaria dello scudo essi non avevano alcun obbligo documentativo espresso; quanto a quella antiriciclaggio come visto, essi non se ne sono curati molto, assumendo una connotazione solo eventuale della consegna e della acquisizione di documentazione in funzione del rispetto della normativa antiriciclaggio⁽¹²⁾, trasferendo

⁽¹²⁾ Il carattere eventuale dell’acquisizione appare ampiamente discutibile, almeno nel caso di situazioni importanti doveri rafforzati di adeguata verifica ex art. 28 d.lgs. n. 231/2007. La circolare del Dipartimento del Tesoro del 16.2.2010 prot. n. 2166-14 sull’operatività connessa con lo “scudo fiscale-ter”, ai fini antiriciclaggio, richiamava l’intermediario a prestare una attenzione particolare a quelle situazioni che si presentano a rischio per la natura dell’operazione. *“Tra queste possono rientrare le operazioni effettuate da soggetti che non sono già clienti della banca, le operazioni in contante e che non transitano da un intermediario estero, le operazioni effettuate da clienti che non sembrano avere e non avevano mai dichiarato le disponibilità economiche, il tenore di vita, il giro di affari compatibile con l’entità delle somme rimpatriate. Poiché le operazioni di rimpatrio dei capitali possono rientrare tra quelle per le quali è necessaria l’identificazione rafforzata prevista dall’art. 28 del decreto legislativo 231/2007 (operazioni ad alto rischio di riciclaggio), gli intermediari e i professionisti sono tenuti ad acquisire altresì informazioni ed eventuali riscontri documentali sulla costituzione dei capitali oggetto del rientro dall’estero, atti a ricostruire l’origine degli stessi”. omissis. “Gli intermediari e i professionisti sono tenuti, inoltre, a conservare i documenti e a registrare le informazioni che hanno acquisito per assolvere gli obblighi di adeguata verifica della clientela. In particolare, gli intermediari “conservano la copia e i riferimenti dei documenti richiesti” e registrano i dati inerenti ai rapporti continuativi accessi e alle operazioni pari o superiori a 15.000 euro nell’Archivio Unico Informatico (AUI), mentre i professionisti conservano la documentazione, nonché gli ulteriori dati e informazioni, nel registro della clientela”.*

al più sui rappresentanti legali delle fiduciarie la responsabilità per la mancata richiesta (cfr. articolo 55/1 d.lgs. 231/2007).

La fiduciaria coinvolta nell'operazione di rimpatrio giuridico, anche allo stare dei chiarimenti della Amministrazione finanziaria, quale intermediario abilitato a raccogliere le dichiarazioni riservate presentate dalla clientela ed a controfirmare le medesime, rilasciandone copia agli interessati, non era *“tenuta a verificare la congruità delle informazioni contenute nelle dichiarazioni riservate, relativamente agli importi delle attività oggetto di rimpatrio, né la sussistenza dei requisiti soggettivi richiesti dalla norma per accedere alle operazioni di emersione delle attività detenute all'estero (tra le quali, la residenza in Italia e la detenzione all'estero delle attività alle date prestabilite)”*, né era *“obbligata a verificare i criteri utilizzati dal soggetto interessato per valorizzare le medesime attività nella dichiarazione stessa”*. Solo in caso di regolarizzazione (*“tipica”*), infatti, era previsto l'obbligo per la fiduciaria – quale intermediario abilitato alla ricezione della dichiarazione riservata – di *“prestare attenzione”* alla documentazione allegata alla dichiarazione riservata e proveniente dagli intermediari esteri (in particolare, verificando che le attività finanziarie certificate dall'intermediario non residente risultassero dalla stessa documentazione riconducibili al soggetto che presentava la dichiarazione riservata ovvero al diverso soggetto per il tramite del quale il contribuente deteneva le attività all'estero). In sostanza, le situazioni più difficili e pericolose sono state gestite, per assurdo, con la procedura meno onerosa per il contribuente, per non disincentivare il gettito atteso proprio rispetto ai fondi custoditi nei paesi non collaborativi.

Ma è tutta l'organizzazione dell'operazione di scudo ad aver registrato consistenti vuoti disciplinari, non trascurabili ritardi chiarificatori e sconsigliabili anomalie.

Al riguardo, le circolari dell'Agenzia delle Entrate, dopo l'entrata in vigore della normativa primaria, avevano anche tentato di offrire ulteriori precisazioni per riempire alcuni spazi vuoti della trama normativa, chiarendo, in particolare, la circolare n. 43/E del 10 ottobre 2009: (i) *che il contribuente che intendeva opporre agli organi competenti gli effetti preclusivi ed estintivi delle operazioni di emersione doveva farlo in sede di inizio di accessi, ispezioni e verifiche ovvero entro i trenta giorni successivi a quello in cui l'interessato aveva formale conoscenza di un avviso di accertamento o di rettifica o di un atto di contestazione di violazioni tributarie*, compresi gli inviti, i questionari e le richieste di cui agli articoli 51, comma 2, del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 e all'articolo 32 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 (dunque, *il contenuto della dichiarazione doveva opporsi per intero ed all'inizio delle verifiche fiscali* e dunque senza frazionarlo in tante ridotte dichiarazioni di im-

porto frazionato, dovendo evitarsi una loro spesa progressiva a fronte dei maggiori redditi di volta in volta accertati dall'A.F.); (ii) che con il perfezionamento della procedura di legalizzazione, *“gli accertamenti sono preclusi anche con riferimento a tributi diversi dalle imposte sui redditi, sempreché si tratti di accertamenti relativi ad “imponibili” che siano riferibili alle attività oggetto di emersione”*, con la precisazione che *“la preclusione opera automaticamente, senza necessità di prova specifica da parte del contribuente, in tutti i casi in cui sia possibile, anche astrattamente, ricondurre gli imponibili accertati alle somme o alle attività costituite all'estero oggetto di rimpatrio. Secondo l'Agenzia delle entrate “l'effetto preclusivo dell'accertamento può essere opposto, ad esempio, in presenza di contestazioni basate su ricavi e compensi occultati”* e, tenuto conto delle finalità generali del provvedimento, poteva altresì essere opposto *“anche nei confronti di accertamenti di tipo “sintetico”, come nell'ipotesi di contestazione di un maggior reddito complessivo riferibile anche astrattamente alle attività oggetto di emersione”*, ma non qualora *“l'accertamento abbia ad oggetto elementi che nulla hanno a che vedere con attività per le quali si è usufruito del regime di emersione, come nel caso, ad esempio, di rilievi sulla competenza di oneri e in altre ipotesi in cui non possa configurarsi in astratto una connessione tra i maggiori imponibili accertati e le attività emerse”*.

9. Come è andata a finire? Evidenze investigative e approdi giurisprudenziali.

Oltre cento sono stati, dunque, i miliardi di euro sanati. Cento miliardi è una cifra che si fatica quasi ad immaginare. Che offre un indizio (e forse qualcosa di più) inquietante della vastità del fenomeno dell'evasione fiscale nel Paese. Al pari dei centottantamila connazionali che hanno scudato.

Merita segnalare alcune evidenze investigative venute in rilievo in termini non episodici durante l'analisi concreta di operazioni di regolarizzazione ed alcuni approdi giurisprudenziali. Forse le prime possono aiutare a spiegare le ragioni del giudizio offerto in apertura di questo scritto, a proposito dello scudo fiscale quale operazione terribile per il contrasto dell'infiltrazione dei capitali illeciti nel tessuto economico sano.

In realtà, nella stragrande maggioranza dei casi, lo scudo fiscale è stato attivato non dalle persone fisiche o soggetti equiparati titolari di redditi di impresa o di lavoro autonomo sottratti agli adempimenti del monitoraggio fiscale, ma dalle persone fisiche che avevano sottratto beni e ricavi alle società commerciali abusando delle corrispondenti relazioni di opera qualificata. Non redditi “di” impresa, ma i redditi “dell”impresa,

acquisiti da persone che li avevano fatti propri senza rispettare le regole di una ordinata organizzazione imprenditoriale, considerando tali società di capitali come dotate di distinta e separata personalità giuridica quando faceva loro comodo (per limitare la responsabilità patrimoniale) ma “cosa loro” quando ritenuto più conveniente. Eppure, era noto a tutti che le società di capitali ed i loro rappresentanti, nella relativa veste, non potevano accedere allo scudo fiscale, non essendo tra i soggetti legittimati. Per tale ragione non avrebbero potuto invocare, né a loro favore né a favore dei loro amministratori, gli effetti estintivi e preclusivi connaturati all'emersione, o qualsiasi altra cosa sia stato lo scudo⁽¹³⁾. Anzi, gli amministratori o i soci infedeli che hanno opposto lo scudo fiscale in sede di verifica fiscale, sostenendo esplicitamente che le disponibilità finanziarie patrimoniali originavano dalle rispettive società di capitali e che di esse si erano appropriati attivando *animo domino* ed in proprio la legalizzazione, vanno considerati, quantomeno in termini di prima approssimazione, soggetti autodenunciatisi di reati patrimoniali (appropriazione indebita) e societari (infedeltà patrimoniale)⁽¹⁴⁾, non coperti dallo scudo, gravando gli uffici finanziari di un dovere di denuncia all'Autorità giudiziaria. E certo dovrebbero attivare (non inibire) doveri di verifica rispetto alla posizione fiscale delle corrispondenti imprese depredate.

Di fatto, in via generale, salvo eccezioni, nulla di tutto questo è avvenuto né sta avvenendo. Gli uffici amministrativi si sono sentiti e si sentono sovente inibiti a porre domande sulla provenienza delle somme al contribuente che aveva opposto lo scudo, alle luce anche delle pronunce giurisprudenziali, di cui pure si dirà in appresso, che

⁽¹³⁾ In una recente pronuncia (n. 44003/2013), la IV Sezione Penale della Corte di Cassazione, dopo aver ricordato come le società commerciali non potessero beneficiarie dello scudo fiscale, ha segnalato l'esistenza della pretesa di ampliare per via amministrativa l'applicabilità dello scudo alle società di cui il contribuente sia dominus, quale soggetto che ne “ha il concreto dominio e la gestione”. Ciò in base alla valorizzazione della corrispondente indicazione della circolare n. 43/E/2010, in precedenza commentata. La Corte di Cassazione, giunta a definire esplicitamente lo scudo come un “condono”, non tralasciando di notare come l'indicazione della circolare dovesse intendersi comunque limitata “ai soli effetti tributari”, non ha mancato di disconoscere in termini netti la praticabilità giuridica della pretesa estensione, osservando che “*le circolari non hanno natura normativa e non possono modificare o interpretare in modo autentico le leggi*”.

⁽¹⁴⁾ Cfr. da ultimo Cass., sent. n. 3397 del 2013: “*Integra il delitto di appropriazione indebita, e non quello di infedeltà patrimoniale previsto dall'art. 2634 cod. civ., l'erogazione di denaro compiuta dall'amministratore di una società di capitali in violazione delle norme organizzative di questa e per realizzare un interesse esclusivamente personale, in assenza di una preesistente situazione di conflitto d'interessi con l'ente, senza che possa rilevare l'assenza di danno per i soci*”.

contraddicono senza alcun problema alcune indicazioni contenute nelle circolari dell'Agenzia delle Entrate. Si sentono limitati almeno quanto gli intermediari abilitati alle operazioni di scudo, per quanto concerne gli adempimenti di verifica antiriciclaggio su di essi incombenti, che non sempre hanno posto domande per capire se oltre all'illecito fiscale c'era dell'altro. Pochi hanno mostrato di farsi carico di questioni rilevanti e molti hanno finito per accontentarsi della spoglia dichiarazione riservata. E cosa altro avrebbero potuto fare, allo stare della lacunosa normativa primaria?

Ancora. È risultato che, nei paesi ove il dato è risultato suscettibile di occasionale controllo giudiziale, alla data del 31.12.2008 molte delle somme "scudate" non erano detenute all'estero e che vi hanno trovato rifugio solo dopo il settembre 2009 (dopo l'inizio dello scudo) redditi "nuovi e neri" delle imprese, per beneficiare della lieve aliquota (inferiore a quella di importo 7 volte più alto che grava ordinariamente le imprese). Ed è facile immaginare cosa può essere avvenuto nei paesi per i quali non opera alcun scambio di informazioni fiscali e non vi è stato occasione di indagine penale.

Non solo. Si è realizzato un significativo disallineamento tra l'interpretazione della Corte di Cassazione e quella dei giudici tributari di merito con particolare riferimento, rispettivamente, all'ambito di operatività degli effetti del perfezionamento della procedura di scudo. In ambito penale, quale causa sopravvenuta di non punibilità, la Corte di Cassazione (III, 28724/2011, id. 12757/2012) ha chiarito che *"la non punibilità prevista dalla disciplina del c.d. scudo fiscale riguarda solo condotte afferenti le somme che dall'estero rientrano in Italia e non invece condotte che sono distinte e diverse e che non attengono agli importi oggetto del beneficio fiscale suddetto"*. In altri termini, ha osservato la Corte: *"Tale esonero dalla punibilità - che comunque non riguarda anche i reati di cui al D.lgs. n. 74 del 2000, artt. 10 ter ed 11, omissis - va inteso in termini rigorosamente restrittivi nel senso che si riferisce alle sole condotte afferenti i capitali oggetto della procedura di rimpatrio; ciò per non sconfinare in una sostanziale previsione di amnistia che avrebbe richiesto la maggioranza qualificata di cui all'art. 79 Cost., comma 1. La ratio di questa previsione speciale (l'art. 13 cit.) che assegna al rimpatrio dei capitali e al pagamento dell'imposta straordinaria anche l'effetto di sopravvenuta causa di non punibilità è quella di evitare che la domanda di regolarizzazione comporti anche l'emersione di una condotta di trasferimento all'estero di capitali per spontanea dichiarazione del suo autore; ciò che potrebbe costituire una remora all'utilizzo della regolarizzazione stessa che il legislatore ha invece inteso promuovere. Si giustifica allora quello che descrittivamente viene indicato come scudo fiscale: la condotta di trasferimento all'estero di quei capitali rimpatriati con la regolarizza-*

zione mediante pagamento di imposta straordinaria e lo stesso possesso all'estero di tali capitali vengono depurati di ogni rilievo penale al fine dei menzionati reati fiscali. Ma non c'è alcun effetto espansivo esterno nel senso di un'immunità soggettiva in relazione a reati fiscali nella cui condotta non rilevino affatto i capitali trasferiti e posseduti all'estero e successivamente oggetto di rimpatrio".

Sul versante degli effetti preclusivi degli accertamenti tributari e contributivi, invece, molte pronunce dei giudici di merito segnalano la natura amministrativa (dunque non normativa) delle circolari dell'Agenzia delle Entrate e se ne distaccano. Rispetto ad alcune indicazioni "integrative" delle sopra ricordate circolari, i giudici tributari hanno disconosciuto, anzitutto, la legittimità dell'apposizione di un termine per l'esibizione dello scudo per beneficiare, a pena di decadenza, dei suoi effetti estintivi e preclusivi (CTP di Livorno n. 187 del 18.10.2011).

È risultata avallata anche una prassi di frammentazione delle dichiarazioni di emersione (per importi unitari ridotti). A fronte di importi regolarizzati di valore complessivo milionario ne sono state predisposte decine, di diversa o simile pezzatura, pur riferite a singolo contribuente, da usare per quanto strettamente contestato dall'Amministrazione finanziaria e dunque se necessario, con la pretesa (la cui fondatezza non è stata disconosciuta dai giudici tributari) di farlo progressivamente, si direbbe con calma, non subito, stando a vedere prima cosa i verificatori sono stati capaci di trovare. Come dire, quale asso nella manica, da giocare alla bisogna.

Inoltre, in una nota pronuncia, la Commissione Tributaria di Rimini, disconoscendo nei fatti la necessità di un'astratta riferibilità (si potrebbe dire) anche qualitativa dei maggiori imponibili accertati a quelli oggetto delle operazioni di rimpatrio, ha affermato che lo scudo fiscale è opponibile all'accertamento fiscale anche se il contribuente non prova che le attività scudate non erano già detenute all'estero in epoca precedente al periodo di imposta oggetto del controllo (CTP di Rimini n. 237/2011). Nel caso in valutazione, il contribuente, nella fase del contraddittorio per l'accertamento IRPEF dell'anno 2005 aveva esibito la dichiarazione riservata dello scudo ter, rispondendo a tutti i quesiti dei verificatori, con una singola eccezione; non aveva offerto, come invece richiesto dalla Agenzia delle entrate, elementi documentali atti a confermare che le attività dichiarate nello scudo non fossero già detenute in epoca antecedente al periodo di imposta oggetto del controllo. Per il giudice di Rimini l'interesse dello Stato, infatti, era quello di conseguire l'emersione di attività quantitativamente più ampia. Per ottenere questo risultato non avrebbe potuto non prevedere la preclusione anche per attività antecedenti all'anno accertato. Dunque, la preclusione opera per tutto il periodo e tutte le attività antecedenti al 31.12.2008 senza che si possa o

si debba distinguere l'epoca del deposito con l'imponibile di quell'anno, dovendosi altrimenti ritenere il Fisco costretto a compiere accertamenti per ciascun anno su tutti i contribuenti e costoro a dover contestare le rettifiche anno per anno ponendo a confronto degli imponibili accertati con i depositi esteri. Operazione macchinosa, quanto impensabile, per la commissione tributaria riminese. Gli unici limiti, dunque, al prodursi della preclusione sarebbero quello di natura temporale (ossia il 31.12.2008, non potendosi ammettere che le esportazioni successive all'inizio della presentazione dello scudo potessero venire ugualmente sanate) e quello della non eccedenza *quantitativa* tra l'imponibile oggetto dell'accertamento e le somme rimpatriate. La richiesta dell'Agenzia delle Entrate (autorizzata dalla circolare 43/E/2009) al contribuente di confermare che le attività dichiarate non erano già detenute in epoca precedente al periodo di imposta oggetto del controllo veniva stimata inammissibile e sprovvista di base normativa, rammentando che *“le circolari ministeriali sono indirizzi di prassi, ossia atti interni dell'amministrazione finanziaria per regolare l'attività interna, che non hanno e non possono mai avere valore di legge (Cass. Ordinanza 05.01.2010 n. 35) per cui non possono introdurre limiti o disposizioni aggiunte a quanto si ricava dalle norme”*.

La pronuncia riminese non è rimasta isolata. Per la Commissione tributaria provinciale di Carrara, per gli stessi motivi, non vi è decadenza dall'effetto preclusivo anche se il contribuente deposita sin dalla costituzione del giudizio solo la dichiarazione riservata (CTP di Massa Carrara n. 64/2012). Con la sentenza n. 76/01/2012 la Commissione tributaria regionale di Trieste ha affermato che lo scudo fiscale sana tutti i maggiori imponibili contestati dall'amministrazione, a prescindere dal tipo di accertamento praticato dall'ufficio e dunque anche nel caso di redditometro ovvero di accertamento sintetico. Nello stesso senso altra pronuncia della Commissione tributaria di Rimini (155/2012). Ed appare obiettivo che l'indicazione delle circolari 43/E/2009 (che richiede una astratta riconducibilità dei maggiori imponibili accertati all'esportazione o alla costituzione di disponibilità estere, ammettendola anche nel caso di accertamenti sintetici) non è di facile decifrabilità nel caso di accertamenti sintetici (quale il redditometro) di maggiori imponibili evidenziati in ragione dell'acquisto di beni e della disponibilità di somme detenute in Italia, più che all'estero.

L'orientamento che ricollega la preclusione dell'accertamento alla riconducibilità (o non esorbitanza) quantitativa del maggior imponibile accertato rispetto a quello legalizzato ha patito il contrasto di alcune pronunce, tra cui quella della CTP di Varese (n. 17/2012) che ha statuito che *“la preclusione opera solo in tutti i casi in cui sia possibile ricondurre gli imponibili accertati a somme o attività, costituite all'estero, oggetto*

di rimpatrio". Del resto, seguendo la prima lettura interpretativa, ove l'esibizione della dichiarazione riservata avvenga immediatamente all'inizio di accessi, ispezioni e verifiche, non risulterebbe agevole acclarare e contestare una qualsiasi discrasia quantitativa, posto che il contribuente che ha rimpatriato (ossia il 97% degli aderenti allo scudo, senza distinguere tra rimpatrio giuridico o fisico) potrebbe limitarsi ad addurre e dimostrare il pagamento dell'imposta straordinaria rifiutando qualsiasi risposta, certo qualsiasi riscontro di natura documentale, ai verificatori. Divenendo in tal modo lo scudo non solo una franchigia spendibile contro ogni accertamento da cui emerge ogni maggior imponibile ma uno strumento inibente lo stesso permanere di un accertamento che necessita usualmente di una qualche forma di collaborazione del contribuente e che non potrebbe trarre alcuna conseguenza di natura presuntiva dall'inerte comportamento della persona verificata.

Ma quale spazio di manovra ha realmente l'interprete nell'individuare un significato ritenuto razionale e sistematico rispetto ad una normativa, per sua natura, asistemica quale quello dello scudo fiscale ter?

Certo, se gli effetti estintivi dello scudo rispetto alle sanzioni amministrative e penali operano nei limiti in cui si individuano una stretta connessione tra l'oggetto materiale delle violazioni che da esse scaturiscono e la disponibilità delle attività dichiarate (come reso evidente dal ripetuto impiego dell'espressione "*relativamente alla disponibilità delle attività finanziarie dichiarate*"), forse non costituisce lettura forzata quella di ritenere che l'effetto preclusivo degli accertamenti amministrativi opera nei limiti di una nozione qualitativa (e non quantitativa) e stretta degli imponibili accertati/dichiarati. Questo potendo essere il senso dell'espressione "*limitatamente agli imponibili rappresentati dalle somme o dalle altre attività costituite all'estero e oggetto di rimpatrio*", in linea del resto con la lettura proposta, sia pure ad altri effetti, dalla Cassazione.

Ma certo qualche meraviglia e disorientamento la desta rilevare che per contrastare le letture giurisprudenziali più estensive degli effetti preclusivi dello scudo sia dovuto intervenire il legislatore in persona, dopo essersi distratto al momento della disciplina istitutiva dello scudo ter. L'art. 8, comma 16, lettera i), del d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito dalla l. 26 aprile 2012, n. 44, ha esplicitamente stabilito che nell'ambito degli effetti del c.d. scudo fiscale «*non è comunque precluso l'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto*»; i contribuenti che hanno aderito allo scudo e che subiscono un accertamento con riferimento agli anni "coperti" dall'emersione non possono avvalersi dunque degli effetti della sanatoria ai fini dell'accertamento dell'IVA. La disposizione normativa, in linea con i dettami europei, ha scongiurato l'apertura di una procedura

d'infrazione verso l'Italia sollecitata da alcuni europarlamentari italiani proprio per il possibile contrasto dello scudo con la disciplina IVA: le Autorità fiscali italiane hanno infatti rassicurato la Commissione UE nei diversi incontri avvenuti a Bruxelles, sul fatto che non vi sarebbe stata copertura IVA, così come poi esplicitamente previsto dall'art. 8, comma 16, lettera i) del d.l. 12/2012. Ma qualche rossore forse non dev'essere sfuggito, rammentando che la circolare 43/E/2009 (paragrafo 10), emanata durante lo scudo ter, così statuiva: *“Gli accertamenti sono preclusi anche con riferimento a tributi diversi dalle imposte sui redditi, sempreché si tratti di accertamenti relativi ad “imponibili” che siano riferibili alle attività oggetto di emersione. A tal fine si precisa che la preclusione opera automaticamente, senza necessità di prova specifica da parte del contribuente, in tutti i casi in cui sia possibile, anche astrattamente, ricondurre gli imponibili accertati alle somme o alle attività costituite all'estero oggetto di rimpatrio”*.

Il punto è che l'interpretazione “estensiva” e “quantitativa”, cui si è accennato, affatto isolata e recessiva nel panorama giurisprudenziale, professionale e della dottrina, ha un obiettivo merito. Testimonia quale grave pericolo possa derivare da uno scudo disciplinato in maniera monca rispetto all'individuazione dei capitali di provenienza criminale, estendendo nei fatti, a tutte le imposte (concretamente anche a quelle armonizzate) ed a tutti i periodi antecedenti al 31.12.2008, l'impraticabilità di accertamenti amministrativi nei confronti del contribuente che ha scudato (qualunque importo abbia scudato, purché superiore a quello sin lì accertato dall'amministrazione finanziaria) e ad alcuni soggetti (anche societari) ad esso collegati. Non poter porre domande e doversi accontentare delle risposte ricevute, finisce per svalutare qualsiasi possibilità che l'accertamento amministrativo inneschi necessarie verifiche in ambito penale. E questo è ciò che è avvenuto ed avviene in gran parte del Paese. E continuerà ad avvenire sin tanto che gli effetti di un'emersione a volto coperto potranno essere opposti a fronte di ogni accertamento sintetico. E dunque per qualche anno ancora, sino a quando sarà possibile ancora giustificare acquisti di beni e disponibilità di somme disallineate rispetto ai redditi dichiarati con l'esibizione di una semplice dichiarazione riservata.

Sarebbe stato necessario apprestare per tempo una adeguata e completa disciplina delle operazioni di scudo, abbandonando un gioco di specchi tra disposizioni normative, da un lato, che non dicono tutto quello che serve e, dall'altro, circolari amministrative che finiscono per dire, in parte, cose che non possono. E che, creando corrispondenti affidamenti nei destinatari, si riducono solo a permettere, quand'anche non potrebbero, deroghe alle rare previsioni di legge.

Cosa dire, ad esempio, della circolare 52/E/2010 la quale dopo la

chiusura dello scudo ha chiesto documenti ed adempimenti che prima non erano stati domandati, forse per non spaventare. Che dire, ancora, di un'amministrazione che si preoccupa, solo a cose fatte, del rimpatrio giuridico da paesi back list avente ad oggetto denaro contante, invitando a riservarvi particolare attenzione, "*chiedendo ove ritenuto necessario, ulteriore documentazione idonea a comprovare le modalità della detenzione fino al momento del rimpatrio e la successiva formale assunzione in custodia, deposito, amministrazione e gestione in capo all'intermediario italiano*", dopo aver chiesto l'impossibile: l'acquisizione di copia della dichiarazione di trasporto al seguito rilasciata all'intermediario unitamente alla dichiarazioni riservata.

Già, una dichiarazione di trasporto al seguito che non può esistere, se di rimpatrio giuridico si parla, non essendo stata presentata né prima, al momento della occulta esportazione, né dopo, al momento della costituzione del deposito all'estero e dell'intestazione di esso all'intermediario (cfr. p. 11 Circ. 52/E/2010).

10. *Conclusioni.*

Al fine, quella che si è cercato di illustrare è la vicenda di una resa delle conoscenze, a condizioni gravose, trattata e decisa da pochi, che hanno beneficiato di molto silenzio. Testimonianza di uno Stato che, senza bisogno delle parole, invita i suoi funzionari a sano realismo, finendo per trasformare l'azione amministrativa in acritica applicazione di norme mai scritte, immaginate, ma interpretate ed applicate come se fossero impresse sulla pietra, dopo averne create di manchevoli. Se vi sono crimini che si combattono con le leggi, altri sono alimentati da esse, allorché fingono di non considerare predisposizione al crimine quello che tale è. Questo accade in un Paese in cui le inaugurazioni annuali di accreditate autorità sono piene di immancabili moniti, zeppe di considerazioni sagge e lucide nell'individuare i mali, talora anche chiare nel prospettare linee di intervento e di rimedio, ma opache nell'indicare i responsabili dell'inerzia. Così, in questa, come in altre occasioni, non è stato raccontato per tempo l'insopportabile scandalo che si doveva denunciare ed impedire.

Non sono solo le leggi contro il crimine economico a mancare, né difettano le analisi delle ragioni del male oscuro (ma per chi?!?) di uno Stato in cui l'evasione fiscale raggiunge livelli di diffusività insopportabili, attestandosi su valori assoluti e percentuali sconcertanti. Secondo i contenuti dell'audizione tenuta nell'ottobre 2012 dal Presidente della Corte dei Conti dinanzi alla Commissione Finanze del Senato, il sommerso si attesta in Italia attorno ai 180 miliardi di euro annuali. In base all'analisi svolta nel 2010 dall'ISTAT (che si occupa ufficialmente

di stimarlo), il sommerso (dati riferiti all'anno 2008) raggiunge una quota del PIL oscillante tra il 16,3 % ed il 17,5 %, ossia è stimabile tra un minimo di 255 ed un massimo di 275 miliardi di euro. Ma un lustro prima la situazione non era affatto migliore, se le stime del Ministero dell'Economia e della Finanze offerte al Parlamento nel 2007, riferite al 2004, indicavano il valore dell'economia sommersa, comunemente associata all'evasione, tra il 16,6% ed il 17,7% del PIL, raggiungendo livelli doppi rispetto a quelli registrati in Francia, Germania e Regno Unito, con un sommerso superiore di almeno il 60% rispetto alla media dei paesi OCSE. Ogni anno, sette punti di PIL di mancate entrate, con una perdita superiore a 100 miliardi di euro per le casse dell'erario.

Questa immensa area sommersa non accenna a contenersi, tanto che le stime più rosee dei volumi attesi dagli accertamenti programmati dall'Agenzia delle Entrate appaiono (in senso relativo) quasi irridenti (13 miliardi di euro annui), specie se rapportati al complesso delle imposte evase, anche quelle già accertate ma non riscosse e forse mai riscuotibili, stimate, in base alle ultime comunicazioni ufficiali, in circa 545 miliardi di euro. Secondo il bilancio semplificato dello Stato (dati della Ragioneria Generale dello Stato) per l'anno 2013 tra le previsioni di entrate quelle tributarie raggiungeranno la rilevante cifra di 452 miliardi di euro. Il loro impiego dovrà contribuire a fronteggiare una spesa pubblica ormai attestata, dal 2009, attorno ad 800 miliardi di euro.

In queste drammatiche condizioni, tra il 2009 ed il 2010, lo Stato Italiano ha sanato qualcosa come 104,5 miliardi di euro. Ciò che più grave è che sono definitivamente confuse, se non precluse, verifiche fiscali e penali per importi ancora maggiori proprio nei confronti di coloro che hanno commesso in passato violazioni fiscali, plausibilmente i più esperti e propensi a ripeterle. Una immunità soggettiva nauseante.

Tutte queste diagnosi attenderebbero terapie serie. Di contro, le analisi finiscono in niente, se ne anestetizzano i risultati, restano su qualche sito on line di buoni sentimenti civici e solo occasionalmente arrivano ad occupare le pagine interne di qualche giornale nazionale. Una volta all'anno la stima arriva sul più importante quotidiano, un paio di volte per anno studiosi e giornalisti scrupolosi rilanciano la drammaticità del dato. Ma il Paese, in parte considerevole dei suoi cittadini, corre a leggere altri fogli...

Difetta a più livelli il coraggio di raccontare la verità dei meccanismi raffinati e silenziosi con i quali le norme che dovrebbero contrastare tali fenomeni di evasione esistono inattive. Sì, inattive, utili solo per non dare a vedere che poco si muove e che sono infrante quelle più serie, con comportamenti sprovvisti di diretto fondamento normativo, legalizzati a posteriori da interpretazioni interessate e diffuse che stravolgono il significato di previsioni in sé sensate e chiare, anche se incomplete.

E in un Paese pervaso da diffuso pragmatismo, la legalità viene ridotta a seccante sentimento del quale, prima o poi, sarà necessario liberarsi, per diventare adulti e maturi. Così invece di fabbricare leggi secondo le aspettative, le speranze e l'abito mentale degli "onesti" di Calvino, il Paese si abitua a ricevere norme secondo le esigenze ed i voleri dei furbi.

A loro immagine e somiglianza.

FABIO DI VIZIO

I RIFLESSI DELLA LEGGE N. 190 DEL 2012 SULLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI.

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive.* – 2. *I nuovi reati presupposto della responsabilità amministrativa.* – 3. *Il novellato impianto dell'art. 25 del d.lgs. n. 231 del 2001.* – 4. *Il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e l'implementazione dei modelli organizzativi degli enti pubblici economici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico.*

1. *Considerazioni introduttive.*

Il recente varo della legge n. 190 del 2012, volta ad implementare l'apparato preventivo e repressivo contro la corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione ⁽¹⁾, ha prodotto effetti significativi anche sul versante della responsabilità amministrativa degli enti prevista e disciplinata dal d.lgs. n. 231 del 2001.

In particolare, il legislatore ha provveduto ad interpolare alcune delle prescrizioni che contemplano le diverse figure di illecito amministrativo in relazione alle quali la persona giuridica è perseguibile ed a rimodulare talune fattispecie di reato presupposto già in precedenza richiamate dal Decreto n. 231, dettando, al contempo, ulteriori precetti tesi a promuovere l'adozione ovvero la rivisitazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo evocati negli artt. 6 e 7 del Decreto da parte degli enti pubblici economici e delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni.

Conseguentemente ha assunto rinnovata centralità il tema degli adempimenti strumentali alla prevenzione delle specifiche condotte

⁽¹⁾ In prospettiva generale v., *ex plurimis*, DOLCINI, *La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 152; SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 7.

delittuose di cui la normativa vigente prefigura la realizzazione nell'ambito delle organizzazioni complesse, secondo una prospettiva che, in termini del tutto peculiari, interessa oggi anche gli assetti dei pubblici apparati.

2. *I nuovi reati presupposto della responsabilità amministrativa.*

La trama dei reati presupposto la cui perpetrazione da parte di soggetti apicali o dipendenti nell'interesse o a vantaggio dell'ente comporta l'applicazione a carico del medesimo dell'ingente apparato cautelare e sanzionatorio approntato dal Decreto n. 231 si è arricchita per effetto dell'introduzione delle due nuove previsioni rappresentate dall'induzione indebita a dare o promettere utilità, inserita all'interno dell'art. 25, e dalla corruzione fra privati, ricompresa tra i reati societari.

Quanto alla prima fattispecie, l'art. 319 *quater* c.p. tipizza in termini autonomi una condotta delittuosa in precedenza sanzionata dall'art. 317 c.p.⁽²⁾, la quale si caratterizza per il rilevante elemento di novità rappresentato dalla punibilità del soggetto privato indotto, cui fa seguito la collocazione del reato in questione nell'alveo delle altre condotte corruttive contemplate dal codice penale.

In estrema sintesi, il precetto codicistico, diversamente da quanto accade nell'ambito della novellata formulazione del delitto di concussione, continua ad annoverare tra i potenziali autori del reato, accanto al pubblico ufficiale, la figura dell'incaricato di pubblico servizio, preservando, al contempo, la rilevanza penale della condotta di concussione per induzione estrapolata dalla originaria previsione dell'art. 317 c.p.⁽³⁾, attribuendo rilievo all'abuso di qualità o di poteri dal quale derivi una situazione di *metus* tale da indurre il privato ad effettuare o promettere un'indebita prestazione.

Del tutto innovativa si palesa, come detto, la prescritta punibilità del privato destinatario della condotta induttiva.

Trattasi, invero, di nuova incriminazione la cui finalità è stata ravvisata nell'evitare gli abusi in precedenza legati alla non punibilità del soggetto indotto soprattutto in quelle ipotesi che si collocavano sul crinale più prossimo alla corruzione, laddove per un verso si rinveniva,

⁽²⁾ V. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, 1, 19, secondo il quale «[l]a *ratio* dell'intervento normativo pare essere quella di coprire una zona grigia, compresa tra i vecchi modelli di concussione e di corruzione, che ha sempre posto problemi nella pratica applicazione, nel segno delle indicazioni provenienti dall'OCSE e delle preoccupazioni espresse nel rapporto GRECO».

⁽³⁾ Cfr. AMATO, *Concussione: resta solo la condotta di "costrizione"*, in *Guida dir.*, 2012, 48, XV.

sul versante privato, una condizione di *metus publicae potestatis*, per altro verso si assisteva al conseguimento di un vantaggio illegittimo da parte del destinatario della condotta posta in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, in ragione dell'indebita prestazione ⁽⁴⁾.

È stato, tuttavia, ipotizzato il delinearsi di situazioni nelle quali, in ragione dell'intervento novellistico, verrebbero ad essere attinte penalmente condotte che, sul piano oggettivo, determinano esclusivamente effetti dannosi per il loro autore e, sul piano soggettivo, paiono teleologicamente orientate ad evitare un danno ingiusto ⁽⁵⁾.

Anche in considerazione delle criticità legate alle predette fattispecie si è, quindi, manifestata la necessità di definire in modo chiaro gli elementi di differenziazione tra l'induzione indebita a dare o promettere utilità ed il delitto di concussione, oggetto, anch'esso, di un significativo restyling ad opera della legge n. 190 ⁽⁶⁾.

Nel dettaglio, la vigente formulazione dell'art. 317 c.p. contempla unicamente la condotta di concussione mediante costrizione, il cui tratto saliente è stato identificato nella condizione di coazione assoluta nella quale versa il privato che, privo di alternative, è costretto a dar seguito alla pretesa indebita del pubblico ufficiale autore del comportamento prevaricatorio ⁽⁷⁾.

Ciò che caratterizza il *metus* è, in altri termini, l'effetto prodotto nella sfera del destinatario dell'abuso di poteri o di qualità, al quale viene paventato un male ingiusto ponendolo, al contempo, di fronte

⁽⁴⁾ «Si pensi ai casi, noti all'esperienza giudiziaria, nei quali, nel corso di una verifica fiscale, venivano prospettate dai pubblici ufficiali sanzioni tributarie spropositate rispetto all'entità delle infrazioni commesse ovvero infrazioni inesistenti, ciò che induceva il privato all'erogazione di utilità, con la conseguenza, secondo i casi, che non venivano applicate neppure le sanzioni dovute o che da parte del privato si perseguiva comunque il fine di evitare le sanzioni ritenute dovute. Casi nei quali il *primum movens* della condotta del privato era una condizione di timore di un danno ingiusto, ma l'effetto ottenuto, o soltanto immaginato, era un vantaggio ingiusto», così IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 20.

⁽⁵⁾ «Si pensi ai casi, anch'essi noti all'esperienza giudiziaria e tradizionalmente ricondotti alla concussione fraudolenta per induzione, nei quali un medico in servizio presso una struttura sanitaria pubblica, prospettando falsamente circostanze relative alla natura delle patologie, alla ricettività o alle modalità operative della struttura ospedaliera, determini uno stato di *metus* che induca il privato a una prestazione non dovuta», così IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 20.

⁽⁶⁾ Sulla problematica v., in termini esaustivi, MONGILLO, *L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 166.

⁽⁷⁾ V. AMATO, *La riforma della concussione: gli effetti sulla responsabilità dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, 1, 36.

all'alternativa tra l'accettarne la verifica o evitarne gli esiti pregiudizievole ponendo in essere l'indebita dazione o promessa in favore dell'agente pubblico.

L'elemento sintomatico dell'inverarsi della coercizione tipica della concussione andrebbe, pertanto, ravvisato nella finalità della condotta del privato, in quanto ove quest'ultimo abbia agito per ottenere un vantaggio indebito risulterebbe assai difficile prefigurare il concretizzarsi di quella soggezione assoluta postulata dal disposto di cui all'art. 317 c.p. Si ritiene, in definitiva, che anche nel vigore della novellata formulazione del delitto di concussione conservi valore emblematico il tradizionale brocardo in forza del quale il privato *certat de damno vitando*, proprio in ragione della struttura di una figura di reato nel cui ambito il medesimo riveste il ruolo di vittima e soggetto passivo⁽⁸⁾.

Diversamente, l'induzione indebita a dare o promettere utilità si connota per l'insussistenza di una condotta coercitiva da parte dell'agente pubblico, postulando, al contrario, il concretizzarsi di una persuasione volta ad esercitare una pressione psichica tesa a suscitare nel privato la determinazione della dazione o della promessa.

La condotta induttiva preserva, quindi, in capo al destinatario della stessa significativi spazi di discrezionalità circa la determinazione da adottare, dal momento che, difettando la prospettazione di un male ingiusto tipica della fattispecie costrittiva, il privato è spinto all'indebita dazione o promessa in favore dell'agente in modo indiretto, surrettizio e sfumato⁽⁹⁾.

In definitiva, l'evidente atipicità delle condotte costrittive e induttive evocate dal legislatore all'interno delle disposizioni in esame, unitamente al fatto che l'abuso della qualità o dei poteri da parte dell'agente pubblico rappresenta elemento costitutivo comune ai reati in questione, ha sollecitato la valorizzazione in chiave probatoria della verifica degli effetti prodottisi nella sfera del privato, in termini di sussistenza o insussistenza di un vantaggio indebito rispetto alla dazione o alla promessa di dazione, trattandosi dell'unico elemento obiettivo e dimostrabile in modo certo che consentirebbe il corretto inquadramento delle fattispecie concrete oggetto di apprezzamento in sede giurisdizionale.

In tale ottica, l'aver agito per evitare un danno risulterebbe dato suggestivo dell'avvenuto verificarsi della coercizione tipica della concussione, mentre il riscontro di una condotta tesa ad ottenere un vantaggio indebito attesterebbe che il privato, pur se destinatario di un

⁽⁸⁾ Cfr. AMATO, *La riforma della concussione: gli effetti sulla responsabilità dell'ente*, cit., 37.

⁽⁹⁾ Cfr. AMATO, *La riforma della concussione: gli effetti sulla responsabilità dell'ente*, cit., 39.

abuso, avrebbe comunque agito in modo libero, operando la scelta di accedere all'indebita dazione pur se non costretto dal timore del danno minacciato⁽¹⁰⁾.

Il rilevato elemento differenziale tra la concussione e l'induzione indebita finirebbe, peraltro, per riflettersi anche sulle dinamiche di espressione della responsabilità amministrativa dell'ente in nome e per conto del quale il privato (concosso o indotto) si sia adoperato.

Ed invero, considerando il criterio oggettivo di imputazione individuato dal Decreto n. 231, in via alternativa, nell'interesse o nel vantaggio della persona giuridica di riferimento⁽¹¹⁾ ed escludendo i casi in cui il

⁽¹⁰⁾ Cfr. AMATO, *La riforma della concussione: gli effetti sulla responsabilità dell'ente*, cit., 40. Il contrasto giurisprudenziale concernente gli elementi di distinzione tra induzione indebita a dare o promettere utilità e concussione è stato di recente risolto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, Maldera, *inedita*) nel senso di ritenere che «la fattispecie di induzione indebita di cui all'art. 319 quater c.p. è caratterizzata da una condotta di pressione non irresistibile da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, che lascia al destinatario della stessa un margine significativo di autodeterminazione e si coniuga con il perseguimento di un suo indebito vantaggio. Nella concussione di cui all'art. 317 c.p., invece, si è in presenza di una condotta del pubblico ufficiale che limita radicalmente la libertà di autodeterminazione del destinatario» (informazione provvisoria). Per una prima lettura della statuizione adottata dalla Suprema Corte, nelle more della pubblicazione delle relative motivazioni, si rinvia a GAMBARDELLA, *La "massima provvisoria" delle Sezioni Unite Maldera: le possibili conseguenze intertemporali*, in *Arch. pen.* (rivista web), 2013, 3, reperibile su *www.archiviopenale.it*.

⁽¹¹⁾ Cfr. Cass., sez. II, 20 dicembre 2005, Jolly Mediterraneo, in *Riv. pen.*, 2006, 814 secondo la quale «[i]n tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche e delle società, l'espressione normativa, con cui se ne individua il presupposto nella commissione dei reati "nel suo interesse o a suo vantaggio", non contiene un'endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse "a monte" per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio obiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato "ex ante", sicché l'interesse ed il vantaggio sono in concorso reale». Più di recente, Cass., sez. V, 26 aprile 2012, Sensi, in *Mass. Uff.*, 253355, in riferimento all'art. 25 *ter* del Decreto ha precisato, in motivazione, che l'interesse «esprime la proiezione soggettiva dell'autore (non coincidente, peraltro, con quella di "dolo specifico", profilo psicologico logicamente non imputabile all'ente), e rappresenta una connotazione accertabile con analisi ex ante. Si tratta di una tensione che deve esperirsi in un piano di oggettività, concretezza ed attualità, sì da potersi apprezzare in capo all'ente, pur attenendo alla condotta dell'autore del fatto, persona fisica». Sul tema, *ex plurimis*, v. BELTRANI, *L'interesse dell'ente al reato di false comunicazioni sociali (commento a Cass. pen., Sez. V, 15 ottobre 2012, n. 40380)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, 2, 251; VENEZIANI, *Art. 5*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi-Garuti-Veneziani, Torino, 2010, 103; BERNASCONI, *Art. 5*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di Presutti-Bernasconi-Fiorio, Padova, 2008, 97.

privato concorra nel reato proprio ⁽¹²⁾, se si conviene nel ritenere che la fenomenologia tipica della concussione sia rappresentata dal fatto che il destinatario della coercizione si attiva per evitare un danno ingiusto, sembrerebbe difficile ipotizzare la responsabilità dell'ente in nome e per conto del quale questi abbia agito, determinandosi a pagare o a promettere di pagare il pubblico ufficiale ⁽¹³⁾.

Viceversa, nell'ipotesi di induzione di cui all'art. 319 *quater* c.p., laddove il privato indotto è chiamato a rispondere penalmente in quanto abbia operato con l'intento di perseguire un vantaggio indebito, appare senz'altro plausibile un addebito di responsabilità nei riguardi dell'ente cui il medesimo afferisca, a meno che non si dimostri che, nello specifico, la persona fisica abbia operato nell'interesse esclusivo proprio o di terzi ⁽¹⁴⁾.

Nell'ambito del processo *de societate* la persona giuridica dovrà, perciò, dimostrare che l'apicale o il dipendente al momento del fatto versava in una condizione di coercizione assoluta ed ha agito al solo fine di evitare un pregiudizio per l'ente di appartenenza, laddove, al contrario, il riscontro di una condotta di induzione alla quale abbia fatto seguito la dazione o la promessa di un'indebita utilità da parte del privato, siccome finalizzata al perseguimento di un vantaggio ingiusto, offrirebbe la stura per un addebito di responsabilità amministrativa nei riguardi dell'ente medesimo.

Quanto all'ulteriore fattispecie di nuovo conio rappresentata dalla corruzione fra privati, che ha implementato il novero dei reati societari oggetto di considerazione nell'ambito del Decreto n. 231, il legislatore ha rimodellato la previsione contenuta nell'art. 2635 c.c., nel tentativo di superare i limiti legati alla pregressa tipizzazione, sul versante passivo dell'incriminazione, delle sole condotte imputabili agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci ed ai liquidatori ⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ V. D'AMATO, *Art. 25*, in *La responsabilità degli enti*, cit., 262.

⁽¹³⁾ «Sarebbe semplicistico sostenere che il concusso avrebbe pur sempre agito nell'interesse dell'Ente allorquando, pagando o promettendo di pagare, ha voluto evitare un danno ingiusto per l'Ente stesso. Infatti, l'apprezzamento prognostico dell'interesse deve essere pur sempre correlato ad un possibile accrescimento patrimoniale, che è cosa diversa dall'evitare un pregiudizio per il proprio patrimonio», così AMATO, *La riforma della concussione: gli effetti sulla responsabilità dell'ente*, cit., 41.

⁽¹⁴⁾ V. Cass., Sez. VI, 9 luglio 2009, Mussoni e altri, in *Mass. Uff.*, 244256.

⁽¹⁵⁾ Cfr. GENNARO-CALZONE, *La corruzione tra privati*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, 1, 44, i quali evidenziano come, sulla scorta della previgente formulazione dell'art. 2635 c.c., «[r]isultavano ad esempio del tutto sprovvisti di tutela i casi in cui la dazione o la promessa di utilità avevano quali destinatari le funzioni delle

La previsione riformata attinge, invero, anche «*il fatto commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma*», in tal modo ampliando il perimetro applicativo di una fattispecie di reato al cui interno, allo stato, può essere sussunta la condotta di qualsiasi soggetto che operi per conto della società, a prescindere dal ruolo ricoperto.

Il terzo comma della disposizione in esame continua a sanzionare penalmente il soggetto che dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, così come risulta confermata la previsione di una circostanza aggravante per il caso in cui l'episodio corruttivo coinvolga società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante.

Il testo della precetto vigente tipizza, pertanto, analogamente a quanto accade per tutti i reati di matrice corruttiva, una fattispecie bilaterale a concorso necessario⁽¹⁶⁾ i cui autori, nel versante della corruzione passiva, vengono identificati in figure in posizione apicale dotate di una delle qualifiche espressamente codificate ovvero in un qualsiasi altro soggetto sottoposto alla direzione o alla vigilanza delle prime, quali possono considerarsi non solo i lavoratori subordinati in senso stretto, ma anche tutti coloro che svolgano per conto della società una qualsiasi attività sottoposta alla direzione o al controllo dei vertici aziendali⁽¹⁷⁾.

La scelta compiuta dal legislatore italiano ha ridotto, tuttavia, i margini di operatività del delitto di corruzione tra privati rispetto alle previsioni contenute nelle convenzioni internazionali, in quanto tanto

direzioni acquisti o degli affari generali normalmente incaricate dell'attività aziendale a maggior rischio di commissione dell'illecito in esame, quale il processo di selezione dei fornitori».

⁽¹⁶⁾ Sottolinea al riguardo SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Soc.*, 2013, 65, come «[s]otto questo profilo risalta la differenza rispetto al modello adottato dagli atti internazionali e comunitari, ove corruzione attiva e passiva vengono ciascuna elevata a oggetto di autonoma incriminazione». Cfr. altresì PANSARELLA, *Corruzione tra privati: reato a concorso necessario, oppure fattispecie autonoma di reato?*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, 2, 32, il quale, all'esito di un articolato iter ricostruttivo, propone una lettura alternativa del disposto normativo, incentrata sulla considerazione di due fattispecie autonome di reato, «la prima (quella dei commi 1 e 2) costruita come reato di danno e finalizzata a punire il comportamento infedele dei soggetti che operano per conto della persona giuridica; e l'altra (quella di cui al comma 3) orientata a punire il fenomeno della corruzione tra privati, come fenomeno distorsivo della concorrenza nel commercio».

⁽¹⁷⁾ Cfr. SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 63, ad avviso del quale «la valenza normativa dei concetti di direzione e vigilanza esclude la loro riferibilità ai professionisti esterni alla società: ciò che segna un profilo di rilevante distacco della normativa italiana dagli atti comunitari e internazionali».

la Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo quanto la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione di Merida, nell'individuare i potenziali autori del reato in questione, evocano rispettivamente soggetti che dirigono «*un ente privato*» o «*un'entità del settore privato*» o vi lavorano, mentre l'attuale art. 2635 c.c. contempla unicamente le condotte perpetrate nell'ambito delle società, esimendosi dal sanzionare quelle realizzate nel contesto di imprese individuali, consorzi e associazioni⁽¹⁸⁾.

La *littera legis* evidenzia, peraltro, come il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice sia rappresentato dall'integrità del patrimonio della società cui sono riconducibili i soggetti corrotti, in quanto, in assenza di un nocumento arrecato alla medesima, il reato di corruzione tra privati non può ritenersi sussistente. La considerazione del predetto interesse non rende, peraltro, ragione della prevista procedibilità d'ufficio nei casi in cui dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi, ciò implicando necessariamente la ricorrenza di un ulteriore bene giuridico oggetto di tutela identificabile nell'interesse alla concorrenza leale ed allo sviluppo economico.

Sempre nell'ottica del perseguito ampliamento dell'ambito di operatività del reato originariamente rubricato come "*Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*" occorre apprezzare la rimodulazione della condotta di "corruzione passiva" nelle sue componenti oggettive, le quali, attualmente, si sostanziano nel compimento o nell'omissione di atti in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà⁽¹⁹⁾ da parte del soggetto che abbia ricevuto una dazione o una

⁽¹⁸⁾ GENNARO-CALZONE, *La corruzione tra privati*, cit., 46.

⁽¹⁹⁾ «La portata del concetto di «obblighi inerenti (...) l'ufficio», espressione già impiegata nella vecchia formulazione dell'art. 2635 c.c. relativamente al delitto di infedeltà a seguito di dazione o promessa, era stata oggetto di critiche in passato in quanto ritenuta eccessivamente ampia. In effetti, mentre alcuni autori avevano ritenuto che tale formula si prestasse ad includere qualsiasi inosservanza dei generali doveri di fedeltà, lealtà e correttezza, indipendentemente dal fatto che gli stessi trovassero riscontro in una fonte formale, aveva finito per prevalere l'interpretazione più restrittiva che riteneva che, per determinare se l'atto fosse stato adottato od omesso dal soggetto corrotto in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio, si dovesse far riferimento ai singoli e specifici doveri dell'ufficio, così come espressamente individuati all'interno di fonti formali, quali le norme di diritto civile recanti gli obblighi ed i doveri a carico dei soggetti qualificati individuati dal primo comma dell'articolo in esame. A ben vedere, alla luce della più recente riforma normativa, l'interpretazione più estensiva avrebbe probabilmente dovuto essere preferita in quanto più rispondente all'intenzione del legislatore. Il nuovo testo dell'art. 2635 non lascia infatti spazio a dubbi, prevedendo accanto all'ipotesi dell'atto adottato od omesso in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio anche il caso in cui gli atti siano posti in essere in violazione degli obblighi di fedeltà», così GENNARO-CALZONE, *La corruzione tra privati*, Cit., 47.

promessa di denaro o altra utilità per sé o per altri, i quali arrechino alla società un pregiudizio di tipo patrimoniale o anche non patrimoniale (come, ad esempio, il danno all'immagine).

L'obiettivo di uniformare l'ordinamento interno alle previsioni comunitarie ed internazionali rende, infine, ragione dell'inserimento del delitto di corruzione tra privati all'interno dell'art. 25 *ter* del Decreto n. 231⁽²⁰⁾, il quale attribuisce rilievo unicamente alla condotta prevista dall'art. 2635, comma 3, c.c., prefigurando l'insorgere della responsabilità amministrativa solo in capo all'ente cui sia riconducibile l'autore della condotta di corruzione attiva.

Precisato che, al di fuori del caso in cui ricorra l'aggravante di cui all'ultimo comma dell'art. 2635 c.c., l'instaurazione del procedimento *de societate* è condizionata all'avvenuta presentazione della querela nei confronti della persona fisica responsabile del reato presupposto stante il disposto dell'art. 37 del Decreto n. 231⁽²¹⁾, la previsione contemplata dall'art. 25 *ter* comma 1 lett. *s-bis*) si palesa pienamente coerente con i canoni ispiratori dell'intero impianto normativo nel quale la medesima risulta incastonata.

Se è vero, infatti, che il presupposto fondamentale della responsabilità *de societate* risiede nell'avvenuta perpetrazione del reato presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente di riferimento, il delitto di corruzione tra privati implica, quale proprio elemento costitutivo *sub specie* di evento, il nocumento derivato alla società cui afferisce il soggetto corrotto, il che preclude in radice la possibilità che la medesima possa, anche solo potenzialmente, trarre vantaggio dalla condotta illecita ascrivibile all'apicale o al dipendente ad essa riconducibile e, conseguentemente, risponderne in via amministrativa.

La puntualizzazione dei tratti salienti del delitto oggetto di riscrittura da parte della legge n. 190 e la delimitazione del suo perimetro di rilevanza all'interno del "sistema 231" offrono significativi spunti di riflessione in relazione alle attività che si rendono necessarie al fine di implementare i modelli organizzativi onde adeguarne l'efficacia preventiva anche in riferimento al reato in questione.

Si ritiene al riguardo che nella fase del *risk assessment*, identificati nei processi dell'ambito commerciale (es., acquisizione di nuovi clienti, consolidamento della clientela già acquisita, selezione dei fornitori) e nella gestione dei rapporti con le imprese concorrenti i settori nei quali la condotta di corruzione attiva può generare un addebito di responsabilità amministrativa a carico dell'ente⁽²²⁾, occorra prestare particolare

⁽²⁰⁾ GENNARO-CALZONE, *La corruzione tra privati*, cit., 50.

⁽²¹⁾ SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 69.

⁽²²⁾ V. IPPOLITO, *Corruzione tra privati: aggiornamento dei modelli organizzativi, tra attività sensibili e protocolli di controllo specifici*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013,

attenzione alle attività ed ai processi aziendali che, direttamente o indirettamente, vanno ad interessare ciascuno dei predetti contesti, onde pervenire ad un'esatta misurazione dei livelli di rischio di commissione del reato presupposto che ivi possono delinarsi.

Sulla scorta della mappatura del rischio in tal modo realizzata è necessario procedere in un momento successivo a dettagliare procedure di controllo che, afferendo principalmente al ciclo attivo ed al ciclo passivo, si uniformino ai principi generalmente riconosciuti nell'ambito delle *best practices* dettagliate all'interno dei codici di comportamento redatti dalle principali associazioni di categoria, pervenendo in particolare, in via esemplificativa, ad una chiara segregazione di funzioni e responsabilità nell'ambito dei processi di vendita e di spesa, alla definizione delle prerogative dei soggetti deputati allo studio delle dinamiche del settore di mercato di interesse e delle prospettive economiche e di sviluppo dei *competitors* ivi operanti, ad una ripartizione dei compiti tra le varie funzioni implicate nell'organizzazione degli acquisti, nella selezione dei fornitori, consulenti o prestatori di servizi, nella gestione degli ordini di acquisto, nell'effettuazione dei pagamenti e nel controllo di gestione e, in linea più generale, alla creazione di un sistema che garantisca la tracciabilità delle determinazioni assunte e delle operazioni effettuate ⁽²³⁾.

3. *Il novellato impianto dell'art. 25 del d.lgs. n. 231 del 2001.*

La ridefinizione della fattispecie delittuosa attualmente rubricata come *corruzione per l'esercizio della funzione* ⁽²⁴⁾ rappresenta uno dei cardini della novella del 2012, in quanto l'art. 318 c.p. cristallizza nei suoi tratti costitutivi l'archetipo del reato di corruzione passiva, rispetto al quale le altre incriminazioni integrano ciascuna un sottoinsieme ⁽²⁵⁾.

La norma codicistica, da leggersi unitamente all'art. 320 c.p., che valorizza la medesima condotta posta in essere dall'incaricato di pubblico servizio, nonché all'art. 321 c.p., che completa l'apparato sanzionatorio delineando la figura del privato corruttore, rispetto alla formulazione previgente persevera nell'attribuire rilievo di elemento costitutivo del

3, 33; PANSARELLA, *Corruzione tra privati: reato a concorso necessario, oppure fattispecie autonoma di reato?*, cit., 29.

⁽²³⁾ V. IPPOLITO, *Corruzione tra privati: aggiornamento dei modelli organizzativi, tra attività sensibili e protocolli di controllo specifici*, cit., 37.

⁽²⁴⁾ V. BARTOLI, *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 347; PADOVANI, *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 2012, 48, IX.

⁽²⁵⁾ IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 14.

reato al sinallagma corruttivo tra la ricezione della promessa o l'accettazione di utilità e l'esercizio di funzioni o poteri ⁽²⁶⁾.

La tipizzazione della condotta, oggi disancorata dal riferimento al compimento di uno specifico atto dell'ufficio, consente tuttavia, nella sua generica formulazione, di sanzionare un più ampio e composito novero di comportamenti, senza che, secondo una certa impostazione, a ciò consegua indirettamente l'esclusione dalla portata del successivo art. 319 c.p. di tutte le ipotesi in cui non si sia in presenza di un atto in senso formale ⁽²⁷⁾. Si ritiene, infatti, che opinando diversamente verrebbe tradito l'intento di accentuare la risposta sanzionatoria per i fatti corruttivi perseguiti dalla legge n. 190, in quanto attività e condotte contrarie ai doveri d'ufficio, sussumibili tra i fatti in precedenza incriminati dall'art. 319 c.p., in virtù della novella del 2012 finirebbero per essere attinte da pene connotate da minore afflittività ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ «Tale assunto si fonda sulla considerazione del tenore testuale della norma, oggettivamente inequivoco, e della rubrica, che nel mantenere il termine corruzione evoca un rapporto mercantile tra posizione pubblica e utilità. Assunto confortato dalla considerazione della gestazione parlamentare della legge», così IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 16.

⁽²⁷⁾ V. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 17. In senso contrario cfr. PADOVANI, *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, cit., X, secondo cui «per il ricorso alla più grave fattispecie dell'art. 319 del c.p. occorrerà individuare un atto in senso formale quale oggetto dell'accordo corruttivo».

⁽²⁸⁾ In ordine all'interrogativo circa la possibile sussistenza del reato di corruzione impropria in tutte quelle ipotesi in cui la dazione avvenga non già per remunerare l'effettivo esercizio della funzione, bensì semplicemente in relazione alla funzione ricoperta dall'agente pubblico, v. DI GERONIMO, *La nuova fattispecie di corruzione per l'esercizio delle funzioni e le ricadute in tema di responsabilità da reato degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, 3, 55, secondo il quale se è vero che «le scelte operate dal legislatore sembrerebbero dirette ad escludere la valorizzazione della qualifica del pubblico ufficiale quale ragione della dazione da parte del privato, appuntando l'attenzione sulla necessaria sussistenza di un concreto esercizio delle funzioni o dei poteri quale conseguenza dell'accordo corruttivo», è altrettanto evidente che «proprio l'aver svincolato la corruzione dalla specifica individuazione dell'atto del pubblico ufficiale oggetto dell'accordo rende plausibile il prospettarsi di soluzioni interpretative che individueranno essenzialmente nella qualità rivestita dal pubblico ufficiale la ragione della dazione [...]. Alla luce della riforma che ha espressamente eliso il riferimento al compimento dell'atto d'ufficio, valorizzando l'esercizio della funzione, risulta sicuramente più agevole ritenere penalmente rilevanti ex art. 318 c.p. tutte quelle condotte consistenti nel fornire al pubblico ufficiale una utilità correlata al potenziale vantaggio derivante al privato dall'esercizio dei poteri in maniera conforme al proprio interesse. In tal modo, ciò che assume rilievo è la strumentalizzazione della qualifica pubblicistica per ottenerne un vantaggio – patrimoniale o di altra natura – divenendo recessivo l'aspetto relativo all'effettivo esercizio della funzione o dei poteri. In definitiva, è lecito ritenere che potranno integrare il reato di cui all'art.

È stato, peraltro, evidenziato come il risultato complessivo ottenuto per effetto della riscrittura delle condotte di corruzione propria e impropria non si sia rivelato del tutto scevro di criticità in quanto l'aver collocato l'ipotesi del "pubblico ufficiale a libro paga" nell'area di operatività dell'art. 318 c.p. finisce per sanzionare in modo più lieve una condotta segnata da un disvalore superiore rispetto a quella sussumibile all'interno della corruzione propria contemplata dall'art. 319 c.p. ⁽²⁹⁾.

Ad ogni buon conto, l'implementazione dei fatti penalmente rilevanti scaturita dal superamento del rilievo costitutivo in precedenza ascritto al compimento di un singolo atto nella tipizzazione del reato di corruzione impropria appare foriera di un'inevitabile estensione dell'ambito di operatività del Decreto n. 231 in relazione all'illecito indicato nell'art. 25, soprattutto in considerazione del fatto che il reato di cui all'art. 318 c.p. si caratterizza oggi per modalità di commissione rispetto alle quali risulta talvolta arduo distinguere l'attività illecita rispetto a consolidate modalità di relazione tra mondo imprenditoriale e soggetti afferenti alla pubblica amministrazione ⁽³⁰⁾.

Si sostiene al riguardo che attualmente, anche in considerazione del tenore delle disposizioni contenute nel codice di comportamento dei pubblici dipendenti di recente approvazione, le tradizionali elargizioni di regalie o di *benefits* di varia natura possano integrare il delitto di cui all'art. 318 c.p. in tutte le ipotesi in cui venga accertato che l'atto di liberalità risulti connesso alla qualità del soggetto beneficiario, trovando causa, anche indirettamente, nell'esercizio della funzione in un ambito di interesse per il privato.

In definitiva, la latitudine del disposto legislativo vigente induce a considerare con maggiore attenzione rispetto a quanto accadeva prima del varo della legge n. 190 le attività di rappresentanza le quali possono

318 c.p. tutte quelle condotte connotate dalla dazione effettuata da un privato in favore di un pubblico ufficiale che vedano quale causale giustificativa la volontà del privato di garantirsi l'accondiscendenza del pubblico ufficiale, in tal modo andandone a ledere l'imparzialità e l'autonomia di esercizio dei suoi poteri».

⁽²⁹⁾ V. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 15, il quale sottolinea in maniera efficace come «piegare (o promettere di piegare) una funzione o un servizio alla realizzazione di un interesse privato è ontologicamente più grave che piegare (o promettere di piegare) a quell'interesse un atto, espressione di quella funzione o di quel servizio, ipotesi sanzionata, con pena assai più grave, nell'art. 319. Pare esservi una sorta di infelice baratto, riconducibile al paradigma poca prova, poca pena, per il quale dal minor onere probatorio per l'accusa si sia fatta conseguire una risposta sanzionatoria affievolita, quasi che i limiti edittali previsti per una fattispecie incriminatrice derivino dalla difficoltà di provarla e non dalla sua lesività».

⁽³⁰⁾ V. DI GERONIMO, *La nuova fattispecie di corruzione per l'esercizio delle funzioni e le ricadute in tema di responsabilità da reato degli enti*, cit., 59.

rivelarsi strumentali per beneficiare, anche indirettamente, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio ⁽³¹⁾, il che, sotto il profilo del contenimento del rischio di verificazione del reato presupposto in questione, impone alle società che intrattengano frequentemente rapporti con la pubblica amministrazione di monitorare in maniera costante le relazioni intercorrenti tra i propri apicali o dipendenti ed i pubblici funzionari attraverso protocolli e procedure che ne assicurino la tracciabilità.

La ponderazione degli effetti complessivi prodotti sulla conformazione dell'art. 25 del Decreto n. 231 dalla novella del 2012 consente, infine, di evidenziare alcune distonie in punto di trattamento sanzionatorio dell'illecito amministrativo ivi contemplato ⁽³²⁾.

In primo luogo, mentre la disciplina del reato presupposto di cui all'art. 319 *quater* c.p. differenzia la pena irrogabile nei confronti del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio responsabile dell'abuso da quella prevista per il privato indotto, stante il diverso disvalore riconosciuto ai fatti ascritti ai due concorrenti necessari della fattispecie di recente conio, la sanzione comminabile nei riguardi dell'ente a fronte delle predette condotte viene quantificata dall'art. 25 del Decreto in misura identica, a prescindere dalla qualità rivestita dal soggetto che abbia agito nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica.

Sotto altro aspetto, l'inserimento della fattispecie di induzione indebita tra i reati presupposto richiamati dall'art. 25 determina l'inverarsi di problematicità legate alla specifica collocazione alla medesima attribuita nel contesto delle altre figure delittuose afferenti all'illecito amministrativo in questione.

Sul punto si è evidenziato come prima dell'entrata in vigore della legge n. 190 l'impianto declinato dalla previsione del Decreto mostrasse un'intima coerenza tra entità delle sanzioni amministrative e pene previste per i reati corrispondenti, in quanto, a fronte del graduale e costante incremento dei limiti edittali delle pene comminate per le fattispecie delittuose evocate in sequenza all'interno dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 25, si riscontrava un corrispondente innalzamento delle sanzioni amministrative correlate, secondo una logica di stretta proporzione tra gravità del reato presupposto e rilevanza dell'illecito *de societate* ⁽³³⁾.

L'interpolazione operata dalla riforma del 2012 ha, invece, alterato l'andamento armonico delle reciproche relazioni tra le due suddette tipologie di sanzione.

⁽³¹⁾ Cfr. DI GERONIMO, *La nuova fattispecie di corruzione per l'esercizio delle funzioni e le ricadute in tema di responsabilità da reato degli enti*, cit., 59.

⁽³²⁾ V. RAVASIO, *Privato indotto: profili sanzionatori tra codice penale e articolo 25 d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2013, 3, 41.

⁽³³⁾ Così RAVASIO, *Privato indotto: profili sanzionatori tra codice penale e articolo 25 d.lgs. 231/2001*, cit., 44.

Ed invero, per un verso la pena comminabile nei riguardi dell'ente ai sensi del Decreto n. 231 in relazione ad una condotta posta in essere nel suo interesse o a suo vantaggio dall'apicale o dal dipendente "indotto" si manifesta più grave di quella prevista a fronte di addebiti di maggiore rilevanza eventualmente formulati a carico della persona fisica quali, ad esempio, la corruzione per l'esercizio della funzione. Una volta accertata quest'ultima, infatti, l'ente potrebbe essere condannato al pagamento di una pena pecuniaria fino a 200 quote, senza alcuna sanzione interdittiva, rispetto ad un compendio affittivo ben più cospicuo, comprensivo delle misure interdittive, destinato ad operare ove venisse accertata l'avvenuta perpetrazione della assai meno grave condotta imputabile al privato indotto.

Per altro verso, tutte le fattispecie evocate all'interno del comma 3 dell'art 25, nel quale è ricompreso il delitto di cui all'art. 319 *quater* comma 2 c.p., appaiono significativamente più gravi di quest'ultimo in quanto segnate da una superiore carica lesiva del bene tutelato e, pertanto, punite più severamente dal codice penale, laddove, al contrario, la previsione del Decreto finisce per parificare, dal punto di vista delle conseguenze che possano derivare all'ente, il contegno serbato dal 'privato indotto' con la condotta realizzata dal soggetto resosi responsabile di corruzione aggravata o di concussione ⁽³⁴⁾.

4. Il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e l'implementazione dei modelli organizzativi degli enti pubblici economici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico.

Nel delineare la strategia di contrasto al diffondersi dei fenomeni corruttivi nell'ambito della pubblica amministrazione, il legislatore del 2012, oltre ad intervenire direttamente e indirettamente, secondo le linee precedentemente esposte, sulla conformazione del Decreto n. 231, ne ha, al contempo, sancito definitivamente la centralità all'interno dell'ordinamento vigente, facendo assurgere le misure organizzative dallo stesso evocate negli artt. 6 e 7 a paradigma di riferimento della prevista rimodulazione dell'operatività dei pubblici apparati tesa al perseguimento degli obiettivi di prevenzione sottesi alla legge n. 190.

In via generale, è stato sancito l'obbligo per tutte le pubbliche amministrazioni di elaborare ed adottare piani triennali di prevenzione della corruzione, incentrati sulla valutazione ed esplicitazione del livello di esposizione al rischio di commissione del reato riscontrato nell'ambito di ogni singolo ufficio di cui si compone la struttura interessata e sulla

⁽³⁴⁾ Ancora RAVASIO, *Privato indotto: profili sanzionatori tra codice penale e articolo 25 d.lgs. 231/2001*, cit., 45.

conseguente definizione di assetti interni tesi a prevenire la perpetrazione delle condotte corruttive, imponendo al contempo la formalizzazione di procedure interne preordinate a selezionare e formare il personale operante nei settori più sensibili nonché a garantire la rotazione dei dirigenti e funzionari ad essi assegnati.

La predisposizione del piano di prevenzione, la cui adozione successiva è demandata all'organo di indirizzo politico, deve essere affidata ad un dirigente amministrativo di ruolo di prima fascia in servizio presso la struttura di riferimento, il quale è preposto alla ideazione di un sistema che, in particolare, una volta definite le aree di attività soggette a rischio corruzione, codifichi meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenirlo, unitamente a puntuali obblighi di informazione nei confronti dell'organo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del piano ⁽³⁵⁾. Lo stesso legislatore, peraltro, identifica una specifica misura dotata di valenza preventiva nel monitoraggio tanto del rispetto dei termini previsti dalla legge o dai regolamenti per la conclusione dei procedimenti, quanto dei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, da realizzare anche mediante la verifica di eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ V. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 32, il quale rileva come «la disciplina in esame conferisc[a] carattere normativo a una serie di conclusioni cui la dottrina e la giurisprudenza erano pervenute in punto di determinazione dei contenuti dei *compliance programs* ex d.lgs. n. 231/2001. Si consideri, al riguardo, la necessità che i piani di prevenzione contengano una rappresentazione dei diversi livelli di esposizione al rischio e indichino i moduli organizzativi volti alla prevenzione di esso, ciò che è stato ritenuto appartenere agli *essentialia* di un Modello Organizzativo ex d.lgs 231/2001, attività qualificate, rispettivamente, come *risk assessment* e *risk management*».

⁽³⁶⁾ Cfr. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 32, secondo cui le previsioni dettate dalla legge n. 190 «sebbene riferite al versante pubblico, possono ritenersi utili ai fini della individuazione del contenuto minimo di un Modello organizzativo idoneo, ex d.lgs n. 231/2001, in materia di prevenzione della corruzione [...] Se, per legge, il mancato rispetto dei termini normativamente previsti per un procedimento è un segnale di rischio sul versante pubblico, deve ritenersi che sul versante privato interessato a quel procedimento dovranno esistere, in un adeguato Modello organizzativo, strumenti idonei a captarlo e a gestire eventuali profili di rischio corruttivo. Simile natura presenta la previsione di cui all'art. 1, comma 9, lett. e), secondo cui i piani di prevenzione della corruzione devono monitorare i rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con essa stipulano contratti o che siano interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici, anche verificando relazioni di parentela tra dipendenti pubblici

Le ulteriori prerogative che la legge assegna al responsabile per la prevenzione della corruzione consentono di assimilarne quasi integralmente il ruolo a quello dell'organismo di vigilanza previsto dal Decreto n. 231, essendo il medesimo chiamato, tra le altre cose, a monitorare l'efficace attuazione del piano e la sua idoneità nonché a proporre la rivisitazione nel caso in cui siano accertate significative violazioni delle prescrizioni di cui il medesimo si compone ovvero quando intervengano mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione.

In termini del tutto peculiari vengono, viceversa, definite le conseguenze derivanti dall'avvenuta e accertata perpetrazione del delitto di corruzione nell'ambito della pubblica amministrazione interessata.

Ed invero, mentre all'interno del "sistema 231" la commissione di uno dei reati presupposto richiamati dal Decreto cagiona l'insorgere di una responsabilità amministrativa in capo all'ente a meno che il medesimo non fornisca dimostrazione di tutti quegli elementi in presenza dei quali può ascrivere valenza esimente al modello organizzativo dallo stesso previamente adottato, la legge n. 190 stabilisce che l'avvenuta commissione del delitto di corruzione produca effetti pregiudizievoli solo nella sfera giuridica del responsabile per la prevenzione. Il medesimo è, infatti, passibile di un addebito di responsabilità dirigenziale, formulato ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001, e di una contestazione a livello disciplinare, oltre a poter essere chiamato a rispondere per il danno erariale e all'immagine arrecato alla pubblica amministrazione, a meno che non dimostri di avere predisposto il piano di prevenzione della corruzione antecedentemente alla perpetrazione del fatto e nel rispetto delle direttive dettate sul punto dal legislatore, nonché di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza delle relative prescrizioni.

In definitiva, coerentemente all'esclusione dei pubblici apparati dall'ambito soggettivo di applicazione del Decreto n. 231⁽³⁷⁾, la normativa del 2012 commina le sanzioni derivanti dalla mancata prevenzione della pratica corruttiva non nei confronti dell'ente cui afferisce il soggetto che abbia posto in essere la condotta delittuosa, bensì di altra persona fisica cui, in ragione della funzione ricoperta e fatta salva la prova contraria cui lo stesso è abilitato, è addebitabile il deficit organizzativo manifestatosi in occasione della perpetrazione del reato.

e amministratori, soci o dipendenti degli enti privati interessati. Rovesciando la prospettiva, sul versante privato deve ritenersi che in un Modello organizzativo idoneo e adeguato ex d.lgs 231/2001 dovranno essere contenuti analoghi strumenti di controllo, in guisa tale da scongiurare il rischio corruttivo potenzialmente presente in tali rapporti».

⁽³⁷⁾ V. DELSIGNORE, *Art. 1*, in *Enti e responsabilità da reato*, cit., 82; BRUNELLI-RIVERDITI, *Art. 1*, in *La responsabilità degli enti*, cit., 78.

In ottemperanza alle prescrizioni contenute nella legge n. 190, con delibera n. 72 dell'11 settembre 2013 la Commissione indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), nella qualità di Autorità Nazionale Anti Corruzione, ha approvato il Piano Nazionale Anticorruzione predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica, il quale, oltre a dettagliare in termini puntuali gli adempimenti imposti alle pubbliche amministrazioni dalla legge n. 190, contempla prescrizioni di indubbio interesse relativamente agli oneri organizzativi che sono chiamati ad assolvere gli *enti pubblici economici* e gli *enti di diritto privato in controllo pubblico, di livello nazionale o regionale / locale*.

Nel dettaglio, trattandosi di persone giuridiche per loro natura e conformazione passibili di un addebito di responsabilità amministrativa in virtù della previsione di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 231 del 2001, si prevede che, nel caso in cui le medesime risultino dotate di un modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del Decreto n. 231, lo stesso possa valere come misura organizzativa e gestionale idonea a perseguire gli obiettivi di prevenzione sottesi alle prescrizioni della legge n. 190, purché il relativo ambito di operatività si estenda «*non solo ai reati contro la pubblica amministrazione previsti dalla l. n. 231 del 2001 ma anche a tutti quelli considerati nella l. n. 190 del 2012, dal lato attivo e passivo, anche in relazione al tipo di attività svolto dall'ente (società strumentali / società di interesse generale)*».

In altri termini, il Piano Nazionale Anticorruzione impone alle società in questione una peculiare implementazione del modello organizzativo di cui le stesse siano provviste, sollecitandole all'effettuazione di apposite attività di mappatura e gestione del rischio anche in relazione a fattispecie di reato ulteriori e diverse rispetto a quelle attualmente evocate dal Decreto n. 231, le quali, stando al tenore del generico riferimento alla legge n. 190, andrebbero a rigore individuate all'interno del comma 75 dell'art. 1 il quale, oltre ad intervenire sui reati presupposto richiamati dagli artt. 25 e 25 *ter* del Decreto, ha innovato la cornice editale del peculato e dell'abuso d'ufficio e tipizzato la condotta del traffico di influenze illecite⁽³⁸⁾.

Trattasi all'evidenza di una direttiva organizzativa e gestionale tesa ad elevare i presidi volti al contrasto dell'illegalità nei vari ambiti di attività di realtà societarie legate al settore pubblico, cui, tuttavia, non corrisponde un incremento delle fattispecie di reato presupposto potenzialmente foriere di responsabilità amministrativa tra le quali, stante

⁽³⁸⁾ Cfr. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 2, 88.

il vigore del principio di legalità canonizzato nell'art. 2 del Decreto n. 231, allo stato non sono annoverabili i delitti di cui agli artt. 314, 323 e 346 *bis* del codice penale⁽³⁹⁾.

Il Piano Nazionale Anticorruzione dispone, inoltre, che gli enti in questione forniscano evidenza sui propri siti istituzionali di «*[t]ali parti dei modelli di organizzazione e gestione, integrate ai sensi della l. n. 190 del 2012 e denominate Piani di prevenzione della corruzione*», e provvedano a «*nominare un responsabile per l'attuazione dei propri Piani di prevenzione della corruzione, che può essere individuato anche nell'organismo di vigilanza previsto dall'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001, nonché definire nei propri modelli di organizzazione e gestione dei meccanismi di accountability che consentano ai cittadini di avere notizie in merito alle misure di prevenzione della corruzione adottate e alla loro attuazione*».

Il contrasto dei fenomeni corruttivi viene, pertanto, demandato non soltanto all'adozione ed implementazione di specifiche determinazioni organizzative e gestionali di rilievo interno, sul funzionamento e l'osservanza delle quali è deputato a vigilare un responsabile che può coincidere con l'Organismo di Vigilanza designato ai sensi del Decreto n. 231, bensì anche alla creazione di procedure e sistemi che consentano una verifica dall'esterno, da parte dei cittadini, dell'adozione e dei livelli di attuazione delle misure in questione, i quali vanno ad affiancarsi ai flussi informativi di raccordo che, ai medesimi fini nonché per la segnalazione degli eventuali illeciti commessi, devono essere instaurati tra società ed ente pubblico o amministrazione di riferimento.

Un ultimo cenno merita infine l'Allegato n. 1 al Piano Nazionale Anticorruzione il quale, tra le altre indicazioni offerte, dettaglia il "contenuto minimo" che il modello organizzativo adottato dagli enti pubblici economici e dagli enti di diritto privato in controllo pubblico deve presentare onde essere ritenuto idoneo a contenere il rischio di perpetrazione di pratiche corruttive.

In particolare, le direttive in questione si declinano in una serie di prescrizioni di tenore puntuale⁽⁴⁰⁾ le quali, oltre ad arricchire ed integrare

⁽³⁹⁾ In termini critici circa l'omesso inserimento del traffico di influenze illecite tra i reati presupposto previsti dal D. Lgs. n. 231 del 2001 si esprime IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 31.

⁽⁴⁰⁾ Si fa riferimento in particolare alla necessità che i modelli di organizzazione e gestione degli enti pubblici economici e degli enti privati in controllo pubblico presentino il "contenuto minimo" di seguito dettagliato: individuazione delle aree a maggior rischio di corruzione, incluse quelle previste nell'art. 1, comma 16, della l. n. 190 del 2012, valutate in relazione al contesto, all'attività e alle funzioni dell'ente; previsione della programmazione della formazione, con particolare attenzione

il contenuto delle previsioni di carattere generale codificate nell'art. 6 del Decreto n. 231 ed a richiamare la centralità degli esiti del processo di valutazione dei rischi, sono destinate ad integrarsi con le indicazioni contenute nei codici di comportamento adottati dalle associazioni di categoria ed opportunamente validati dal Ministero della giustizia, alle quali, diversamente da quanto stabilito dalla normativa generale sulla responsabilità amministrativa degli enti, viene ascrivita valenza vincolante nella costruzione della parte del modello specificamente preordinata alla prevenzione delle pratiche corruttive.

GIUSEPPE MAGLIOCCA

alle aree a maggior rischio di corruzione; previsione di procedure per l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione al rischio di fenomeni corruttivi; individuazione di modalità di gestione delle risorse umane e finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; previsione dell'adozione di un Codice di comportamento per i dipendenti ed i collaboratori, che includa la regolazione dei casi di conflitto di interesse per l'ambito delle funzioni ed attività amministrative; regolazione di procedure per l'aggiornamento; previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; regolazione di un sistema informativo per attuare il flusso delle informazioni e consentire il monitoraggio sull'implementazione del modello da parte dell'amministrazione vigilante; introduzione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

ASPETTI CIVILISTICI DELL'AVVALIMENTO NELLE SOVVENZIONI

SOMMARIO: 1. – *I rapporti collegati alla sovvenzione.* 2. – *La messa a disposizione di risorse da parte di un terzo in favore del beneficiario.* 3. – *L'avvalimento negli appalti pubblici.* 4. – *Similitudini tra avvalimento negli appalti pubblici e messa a disposizione di risorse nelle sovvenzioni.* 5. – *Differenze tra le due discipline.* 6. – *Il fondamento comune tra avvalimento e collaborazione dei terzi nelle sovvenzioni.* 7. – *Applicazione dei principi riguardanti l'avvalimento.*

1. *I rapporti collegati alla sovvenzione.*

Sovvenzioni si possono definire quei rapporti giuridici in cui un ente pubblico o un soggetto privato, nei casi previsti dalla legge (si pensi alle fondazioni di origine bancaria), partecipano con un contributo finanziario alla realizzazione di un progetto proposto da uno o più beneficiari in attuazione di una politica pubblica ⁽¹⁾.

Il contributo viene calcolato sui costi sostenuti dai beneficiari nel rispetto delle regole stabilite dalla disciplina applicabile.

Il rapporto di sovvenzione si pone al centro di un sistema di contratti collegati ⁽²⁾, che influenza a vario titolo: rapporti tra beneficiari e ausiliari

⁽¹⁾ Cfr. la definizione contenuta negli artt. 121 ss. regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio n. 966/2012. Sulle sovvenzioni e le altre tecniche di finanziamento si permetta il rinvio a CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, Perugia- Roma, 2013; ID., *Il concetto giuridico di sovvenzione nel diritto dell'Unione europea e nel diritto nazionale*, in *Contr. e impr. / Europa*, 1/2011, 335 ss.; ID., *Gratuità e finanziamenti pubblici*, in PALAZZO e MAZZARESE (a cura di), *Contratti gratuiti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2008, 77 ss.

⁽²⁾ Si parla di collegamento negoziale come quella «particolare tecnica contrattuale mediante la quale le parti predispongono una serie coordinata di atti negoziali in

di vario genere (collaboratori, dipendenti, consulenti parasubordinati) e con altri terzi che forniscono beni e servizi per l'attuazione del progetto (subcontraenti, altri fornitori di beni e servizi).

Una particolare menzione meritano poi gli accordi tra i beneficiari di una sovvenzione per regolare i rapporti reciproci ad integrazione della convenzione di sovvenzione (Associazioni Temporanee di Impresa e altri contratti di raggruppamento)⁽³⁾.

Molti di questi rapporti riguardano soggetti che sono terzi rispetto al rapporto principale tra ente sovvenzionatore e beneficiari.

Detti terzi non hanno diritti e obblighi direttamente nei confronti dell'ente finanziatore, in applicazione del principio per cui i rapporti giuridici di carattere convenzionale non hanno effetti sui terzi (art. 1372, 2° co., c.c.).

Sono fatti salvi gli effetti eventuali previsti dalla legge sui terzi, come il potere del creditore di esercitare i diritti non personali del debitore (art. 2900 c.c.)⁽⁴⁾.

La disciplina giuridica delle sovvenzioni contiene comunque disposizioni che impongono regole relative ai rapporti collegati, stabilendo alcuni obblighi ai beneficiari.

Per quanto riguarda i dipendenti e i collaboratori, per esempio, vi sono disposizioni che obbligano i beneficiari ad applicare la normativa previdenziale o altre discipline a tutela dei lavoratori e che prevedono il rispetto delle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali.

Anche la scelta, da parte dei beneficiari, dei fornitori di beni e servizi è sottoposta al rispetto di regole come quelle in tema di trasparenza, parità di trattamento, motivazione ed economicità (art. II.9, par. 1,

vista del soddisfacimento di un risultato economico unitario» (CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, Milano, 2005, II, 1463; ID., *Manuale di diritto civile*, III, Milano, 2008, 191). Sui contratti collegati, tra gli altri, cfr. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.* 1959, I, 428; CHINE, *Il collegamento negoziale tra tipicità e atipicità*, in *Giur. civ.*, 1996, I, 1096; CONTINO, *Contratti misti, contratti collegati e meritevolezza degli interessi*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1897; FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, 127; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999. Tra i lavori monografici più recenti in tema di collegamento, v. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle*, Paris, 2007, che ribadisce la definizione tradizionale, anche se mette in luce il carattere dinamico delle relazioni tra i vari contratti coinvolti nella realizzazione della stessa operazione economica.

⁽³⁾ CIPPITANI, *Associazione temporanea di scopo e altri raggruppamenti tra i beneficiari di sovvenzioni*, in *Contratti*, 2011, 843 ss.

⁽⁴⁾ Infatti l'azione del creditore non è impedita dalla natura pubblicistica del debitore, Cass., 26 gennaio 1985, n. 396, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1677.

Convenzione-tipo per le sovvenzioni). Ciò anche se il beneficiario non è un ente pubblico⁽⁵⁾.

Inoltre, più in generale, dal rapporto di sovvenzione derivano diversi obblighi nei rapporti con i terzi, come quello di evitare accordi incompatibili in materie come la proprietà dei risultati. Nelle sovvenzioni erogate nell'ambito del Programma Quadro di Ricerca e Sviluppo tecnologico, dette regole mirano a salvaguardare il diritto degli altri beneficiari all'accesso (e cioè all'utilizzo gratuito dei risultati di un altro beneficiario) e a garantire interessi come quelli di cui è portatrice la Commissione europea.

Un particolare caso preso in considerazione dalla base giuridica delle sovvenzioni è costituito dal soggetto che, pur non essendo beneficiario, collabora con questo alla realizzazione del progetto sovvenzionato, mettendo a disposizione risorse come il proprio personale, ma anche attrezzature, beni materiali e immateriali e così via.

Il terzo può mettere a disposizione le proprie risorse (personale, attrezzature, altri beni materiali e immateriali) del beneficiario, che le userà direttamente, oppure può svolgere una parte del lavoro.

Il rapporto giuridico che si instaura tra beneficiario e terzo presenta alcune caratteristiche che potrebbe essere interessante approfondire alla luce della disciplina giuridica comunitaria e nazionale, nonché della prassi delle pubbliche amministrazioni sovvenzionatrici.

Si prenderanno a riferimento soprattutto la normativa e la prassi comunitarie (v. in particolare il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 966/2012 del 25 ottobre 2012 ed il regolamento delegato della Commissione n. 1268/2012 del 29 ottobre 2012), che nell'ambito delle sovvenzioni e degli altri contratti pubblici hanno raggiunto un livello di elaborazione sconosciuto nel diritto interno, in particolare quello italiano.

2. *La messa a disposizione di risorse da parte di un terzo in favore del beneficiario.*

Nelle sovvenzioni il beneficiario deve «cofinanziare» l'operazione (v.

⁽⁵⁾ Commissione europea, *Guide to Financial Issues relating to FP7 Indirect Actions*, cit., 30, che afferma «Private legal entities must follow the rules that they usually apply for the selection of procurement contracts, respecting in any case the terms of the ECGA [European Commission Grant Agreement]. The publication of a call for tenders is normally not necessary for private legal entities, but they must at least require submission of several quotes (usually a minimum of three), unless it has an established framework contract for the provision of those services. There must be a proportional relationship between the size in work and cost of the tasks to be subcontracted on the one hand and the degree of publicity and formality of the selection process on the other».

art. 125, par. 3, regolamento 966/2012), attraverso risorse proprie, ma può anche ricorrere a risorse fornite da terzi (artt. 122, par. 2; 126, par. 4, regolamento 966/2012).

Pertanto terzi soggetti, che non sono beneficiari dell'azione, possono mettere a disposizione del beneficiario contributi in denaro o altre risorse per eseguire il progetto.

Il regolamento 966/2012 definisce questi terzi come «affiliati».

Ai sensi dell'art. 122, par. 2, del regolamento citato sono considerati affiliati del beneficiario:

a) i componenti di soggetti collettivi, e quindi i soci, associati, consorziati, di, rispettivamente, società, associazioni, consorzi; ciò nel caso in cui questi ultimi agiscano come beneficiari di una sovvenzione;

b) altri soggetti « che hanno un legame con il beneficiario, in particolare un rapporto giuridico o di capitale, che non è limitato all'azione né istaurato al solo scopo della sua attuazione».

In alcuni programmi comunitari specifici la messa a disposizione di risorse da parte di terzi diversi dal beneficiario, al fine della realizzazione del progetto, è ulteriormente regolata.

Per quanto riguarda il Settimo Programma Quadro di Ricerca e Sviluppo, i beneficiari, ai sensi dell'art. II.3, lett. a) del «*Grant Agreement*» (Convenzione-tipo), possono rendicontare non solo i propri costi ma anche il valore delle «risorse che sono rese disponibili da un terzo per svolgere la sua parte del lavoro».

Nell'applicazione nazionale dei fondi strutturali la Circolare 2 febbraio 2009 n. 2 del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali⁽⁶⁾ afferma che il progetto può essere realizzato «Da soggetti tra i quali intercorre un vincolo associativo o societario o consortile, ovvero da consorziati di un consorzio, beneficiario o partner di strutture associative» (par. 2).

In questi casi si prevede che il beneficiario della sovvenzione sia un soggetto collettivo, che utilizza le risorse e le attività di soggetti terzi quali sono appunto gli associati, soci o consorziati.

Sempre a proposito della prassi dell'attuazione dei fondi strutturali in Italia si segnala che i bandi PON gestiti dal Ministero per l'Istruzione, l'Università e la Ricerca, chiedono che nelle proposte presentate dai candidati venga specificato «l'impegno dei singoli co-proponenti e di

⁽⁶⁾ Intitolata a «Tipologia dei soggetti promotori, ammissibilità delle spese e massimali di costo per le attività rendicontate a costi reali cofinanziate dal Fondo sociale europeo 2007-2013 nell'ambito dei Programmi operativi nazionali (P.O.N.). (pubblicata su G.U. n. 117 del 22 maggio 2009; v. anche all'indirizzo <http://www.lavoro.gov.it/Lavoro/Europalavoro/SezioneEuropaLavoro/Novita/Circolare2febbraio09.htm>).

eventuali soggetti terzi (soggetti ai quali viene affidata una quota di attività di ricerca non superiore al 20% del costo complessivo del progetto), distinto in relazione a ciascuna attività prevista nella proposta progettuale» (v., per esempio, l'art. 4, 4° co., lett. e, Invito alla presentazione di progetti di ricerca industriale nell'ambito del Programma Operativo Nazionale «Ricerca e Competitività 2007-2013» Regioni Convergenza, del 18 gennaio 2010).

Per quanto riguarda i finanziamenti nazionali, ai sensi dell'art. 5, 11° co., D.M. MIUR 8 agosto 2000, n. 593: «I progetti presentati dai soggetti di cui alla lettera e) del comma 1 [consorzi e società consortili], per i quali l'affidabilità economico-finanziaria non è soddisfatta, possono essere ammessi all'agevolazione nel caso di verifica positiva su ciascuna delle imprese o centri consorziati da effettuare suddividendo fra essi il costo in ragione dell'incidenza della quota di partecipazione al consorzio (rispetto al totale della quota detenuta dalle imprese o centri stessi)».

Nel paragrafo 6 del decreto da ultimo citato è previsto che le imprese finanziate possano rendicontare anche i costi dei soggetti con i quali intrattengono «rapporti di cointeressenza» e cioè «soci, consorziati, soggetti appartenenti allo stesso gruppo industriale, società partecipate», che sono anche definiti nel decreto imprese collegate.

Nel diritto spagnolo l'art. 11, 2° comma, *Ley General de Subvenciones* stabilisce che «*Cuando el beneficiario sea una persona jurídica, y siempre que así se prevea en las bases reguladoras, los miembros asociados del beneficiario que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades que fundamentan la concesión de la subvención en nombre y por cuenta del primero tendrán igualmente la consideración de beneficiarios*».

Altra ipotesi è quella contemplata nel diritto francese all'art. 15, 1° co., *décret-loi* del 2 maggio 1938 («*relatif au budget*»), che prevede che: «*Il est interdit à toute association, société ou collectivité ayant reçu une subvention d'en employer tout ou partie en subventions à d'autres associations, sociétés, collectivités privées ou oeuvres, sauf autorisation formelle du ministre, visée par le contrôleur des dépenses engagées*».

Comunque è necessaria l'autorizzazione dell'ente sovvenzionatore alla partecipazione del terzo (art. 15, 2° co., *décret-loi* del 2 maggio 1938).

Tutte le fattispecie prese in considerazione possono ricondursi pertanto a due ipotesi fondamentali: il beneficiario è un soggetto collettivo (società, associazione, consorzio) che utilizza le risorse dei propri membri; il beneficiario utilizza le risorse o il lavoro del terzo in base ad un altro tipo accordo di collaborazione.

3. *L'avvalimento negli appalti pubblici.*

Il fenomeno della messa a disposizione di risorse da parte di un terzo in favore di un beneficiario di una sovvenzione ne richiama un altro, ben conosciuto nel settore degli appalti pubblici, quello dell' «avvalimento».

Come è noto, detto concetto viene in un primo tempo individuato dalla Corte di giustizia. In particolare nella giurisprudenza *Ballast Nedam Groep Nv* del 1994⁽⁷⁾ e nella successiva sentenza del 2 dicembre 1999 riguardante la causa *Holst Italia Spa* contro il Comune di Cagliari⁽⁸⁾.

Le due sentenze si pongono il problema se, nella partecipazione agli appalti pubblici, un operatore economico possa avvalersi dei requisiti tecnici, economici e finanziari di un terzo.

In particolare la giurisprudenza *Holst Italia* affermò la regola per cui la direttiva appalti allora vigente (in seguito divenuta la n. 92/50/CE): «Va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto».

Successivamente detta regola è stata positivizzata e oggi è espressa negli artt. 47, 2° e 3° co., e 48, 3° e 4° co., direttiva 2004/18/CE, e, a livello nazionale, negli artt. 49 (Avvalimento, cosiddetto di singola gara) e 50 (Avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione, c.d. stabile) del d.lgs. 163/2006.

Inoltre, il regolamento delegato prevede l'applicazione dell'avvalimento agli appalti pubblici assunti con risorse appartenenti al bilancio comunitario (artt. 147, 3° co., e 148, 6° co., regolamento 1268/2012, rispettivamente per l'attestazione della capacità economica e finanziaria e di quella tecnica e professionale).

In virtù dell'avvalimento, quindi, un operatore economico (o un raggruppamento tra operatori) che partecipa ad un appalto può fare affidamento sulle capacità economiche, finanziarie, tecniche e professionali di un altro soggetto, «a prescindere dalla natura giuridica» del rapporto tra operatore economico e detti altri soggetti.

In questo caso l'operatore deve dimostrare di poter utilizzare le

⁽⁷⁾ Corte giust. 14 aprile 1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep Nv / Belgio*, Racc. 1994, I-01289.

⁽⁸⁾ Corte giust. 2 dicembre 1999, C-176/98, *Holst Italia SpA / Comune di Cagliari*, Racc. 1999 I-8607.

capacità degli altri soggetti, per esempio attraverso un impegno dei soggetti terzi. La effettiva prestazioni dei requisiti deve poi essere dimostrata, venendo altrimenti le ragioni della scelta dell'appaltatore⁽⁹⁾.

Data l'ampia formulazione normativa, le modalità con cui il terzo fornisce i requisiti di capacità all'appaltatore possono essere le più diverse.

Le capacità poste a disposizione dalla impresa ausiliaria non possono riguardare i requisiti soggettivi che sono richiesti necessariamente per la partecipazione agli appalti pubblici, come quelli di onorabilità, moralità e professionalità (artt. 38 e 39 codice appalti)⁽¹⁰⁾.

4. *Similitudini tra avvalimento negli appalti pubblici e messa a disposizione di risorse nelle sovvenzioni.*

Tra avvalimento e messa a disposizione delle risorse da parte di un terzo, si possono scorgere molte similitudini.

In ambedue le fattispecie il terzo può essere legato all'appaltatore o al beneficiario da rapporti giuridici di diverso genere. Il che appare abbastanza chiaramente dalle previsioni normative, che considerano rilevante il coinvolgimento dei terzi, indipendentemente dal rapporto giuridico che li lega al candidato.

Il soggetto ausiliario può mettere a disposizione dell'appaltatore i propri requisiti attraverso rapporti associativi e a titolo gratuito, ma anche attraverso contratti a titolo oneroso. Sono così rilevanti, tra gli altri: rapporti associativi atipici, con i quali l'avvalente collabora alla realizzazione dell'appalto, con proprio personale e strumenti; contratti di comodato di mezzi⁽¹¹⁾ o della stessa azienda o di un ramo di essa⁽¹²⁾; la cessione di azienda, mediante la quale l'impresa cedente supporta con i propri requisiti la cessionaria⁽¹³⁾. Anche il rapporto societario o consortile può essere rilevante ai fini dell'avvalimento, quando alla gara partecipa il consorzio o la società che utilizza i requisiti dei propri consorziati o soci⁽¹⁴⁾.

⁽⁹⁾ Tra le altre pronunce, v. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2013, n. 90, in *www.leggiditalia.it*.

⁽¹⁰⁾ T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 29 aprile 2011, n. 813, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹¹⁾ Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810, in *www.leggiditalia.it*, che ricorda come sia sufficiente un «prestito» di attrezzature. A meno che l'avvalimento non ricorra a forme specifiche, non ha effetti quali il distacco o un comando dei dipendenti (Cass., Sez. VI, 22 dicembre, 2011, in *CED Cassazione*, 2011).

⁽¹²⁾ AVCP, Documento di consultazione «L'avvalimento nelle procedure di gara», 2011, 12.

⁽¹³⁾ T.A.R. Lazio Roma sez. I bis, 20 maggio 2011, n. 4455, in *www.leggiditalia.it*.

⁽¹⁴⁾ V. per esempio il caso di un consorzio di cooperative di cui si occupa Cons. Stato Sez. V, 8 ottobre 2010, n. 7346, in *Dirittodeiservizipubblici.it*, 2010.

Anche la normativa e la prassi delle sovvenzioni, di cui si è offerta una sintesi nel precedente paragrafo 2, prevede che il terzo possa collaborare con il beneficiario a diverso titolo. Si prediligono i rapporti associativi o a titolo gratuito (come emerge dalla stessa definizione dell'art. 122 regolamento 966/2012), ma si considerano come «terze parti» anche i subcontraenti ⁽¹⁵⁾.

Il rapporto che si instaura tra avvalimento e appaltatore, così come quello tra beneficiario e affiliato, è considerato di tipo contrattuale.

Per quanto riguarda l'avvalimento ciò è chiaramente indicato nella lettera della legge, come nel caso del Codice degli appalti (v. l'art. 49, 2° co., lett. f, e soprattutto l'art. 88 regolamento di attuazione ed esecuzione citato, che è intitolato «contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento») ⁽¹⁶⁾. Oltre al profilo nominalistico, nella sostanza il rapporto tra concorrente e impresa ausiliaria, che ha effetti obbligatori, non potrebbe non essere basato su di un accordo, peraltro collegato al contratto di appalto ⁽¹⁷⁾.

La stessa prassi delle sovvenzioni richiede che il beneficiario presenti la prova del rapporto con il terzo, prova costituita dal contratto.

Si tratta di un rapporto del quale si possono individuare i caratteri di uno dei contratti utilizzati per attuarlo, ma comunque con una finalità caratteristica che rende detto rapporto atipico ⁽¹⁸⁾. Detta finalità è peraltro oggettivata dalla circostanza che, qualunque sia il contratto utilizzato ai fini dell'avvalimento, è poi necessario che l'ausiliario assuma l'obbligo di mettere a disposizione i requisiti necessari all'appaltatore ⁽¹⁹⁾.

In tutte e due i casi, l'ente appaltatore o sovvenzionatore deve essere a conoscenza della collaborazione del terzo.

È infatti essenziale che l'ausiliario venga identificato durante la gara (cfr. art. 49, comma 2, lett. a), d.lgs. 163/2006), non bastando una dichiarazione generica a riguardo ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁵⁾ *Guide to Financial Issues relating to FP7 Indirect Actions* (versione del 16 gennaio 2012), 45, sul sito cordis.europa.eu.

⁽¹⁶⁾ DEL PRATO, *L'avvalimento: spunti civilistici*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 646.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595, in www.leggiditalia.it.

⁽¹⁸⁾ Cfr. per es. T.A.R. Veneto, Sez. I, 6 novembre 2008, n. 3451, che avvicina l'avvalimento al mandato, ma lo considera pur sempre un contratto atipico.

⁽¹⁹⁾ V. il caso esaminato da T.A.R. Campania Napoli Sez. VIII, 16 dicembre 2010, n. 2755, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 281, con nota di FERRARI, *Contratto di avvalimento e contratto di noleggio*, dove appunto si nega che basti solo il contratto di noleggio ai fini dell'avvalimento, senza l'assunzione degli obblighi previsti dall'art. 49 d.lgs. 163/2006.

⁽²⁰⁾ T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, 23 novembre 2011, n. 2174, in www.Diritto-deiservizipubblici.it, 2011.

Allo stesso modo nelle sovvenzioni i terzi devono essere individuati nella convenzione di sovvenzione o nella decisione (art. 126, par. 4, lett. a, regolamento 966/2012).

In entrambi le fattispecie che si stanno esaminando, le risorse messe a disposizione devono essere precisate nei documenti del procedimento di evidenza pubblica (v. l'art. 49, 2° co., d.lgs. 163/2006 e l'art. 88 d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, recante il regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti), nonché nel contratto stipulato successivamente tra ente pubblico e appaltatore o beneficiario.

La responsabilità per l'attuazione dell'attività dedotta nel contratto con l'ente pubblico, per gli appalti (art. 49, 10° co., d.lgs. 163/2006) così come per le sovvenzioni, rimane dell'appaltatore o del beneficiario. Vale in tutti e due i casi la regola della incedibilità del contratto e quella per cui l'ausiliario non può svolgere attività che svuotino la posizione dell'appaltatore o beneficiario, riducendoli a meri intermediari.

Nelle fonti che regolano le sovvenzioni, parallelamente a ciò che accade per gli appalti (cfr. artt. 49, 1° co. e 50 d.lgs. 163/2006), si osserva spesso un trattamento diverso per il caso in cui il rapporto con il terzo sia instaurato per il particolare progetto finanziato, rispetto all'ipotesi in cui la collaborazione tra beneficiario e terzo sia più stabile⁽²¹⁾.

Ancora, i requisiti di moralità di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006 devono essere posseduti dall'impresa ausiliaria⁽²²⁾, così come dal terzo che mette a disposizione le risorse per il beneficiario (arg. ex art. 122, par. 2, lett. b), regolamento 966/2012) e per gli altri terzi che in qualche modo hanno a che fare con i contraenti degli enti pubblici⁽²³⁾.

5. *Differenze tra le due discipline.*

Nella disciplina applicabile, tuttavia, si possono osservare anche alcune differenze tra le due fattispecie.

Negli appalti il ruolo del terzo, afferma la giurisprudenza, non è

⁽²¹⁾ V. la base giuridica del Settimo Programma Quadro dell'Unione Europea, in cui si distinguono le «parti terze» che si limitano a mettere a disposizione del beneficiario risorse proprie e quelle che svolgono una parte dell'attività del beneficiario. Questa ultima tipologia è riconducibile solo a rapporti di medio e lungo termine come società e consorzi, rapporti di collaborazione scientifica più ampi, partecipazione allo stesso gruppo di società. In questo caso si prevedono obblighi specifici per il terzo, come quello di presentare un proprio modello di rendicontazione, allegato a quello del beneficiario.

⁽²²⁾ Cons. Giust. Amm. Sic., 22 novembre 2011, n. 889, in *www.leggiditalia.it*.

⁽²³⁾ Cfr., per es., Cons. St. sez. V, 15 novembre 2012, n. 5780, in *www.leggiditalia.it*.

quello di arricchire le competenze del concorrente, ma di fornire requisiti (economici o tecnici), senza il quale non si potrebbe partecipare alla gara⁽²⁴⁾.

La normativa sulle sovvenzioni, quando parla del contributo del terzo, fa riferimento alla sua partecipazione al cofinanziamento dell'azione insieme al beneficiario e, quindi, il suo ruolo non riguarda la messa a disposizione di qualificazioni essenziali per partecipare al bando.

Un ulteriore terreno di distinzione tra avvalimento e l'analogo fenomeno nelle sovvenzioni è il tema della responsabilità per inadempimento nei confronti dell'ente appaltatore o sovvenzionatore.

Sebbene, come si è ricordato, la responsabilità dell'esecuzione dell'appalto rimane a carico dell'appaltatore, tuttavia l'ausiliario assume, fin dalla gara, una responsabilità anche nei confronti della stazione appaltante⁽²⁵⁾ (art. 49, 2° co., lett. d), d.lgs. 163/2006). Appaltatore e soggetto ausiliario sono così considerati come responsabili in solido nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice «in relazione alle prestazioni oggetto del contratto» (art. 49, 4° co.).

Dato che l'impresa ausiliaria si impegna sia nei confronti del concorrente, sia nei confronti dell'amministrazione, assumendo una obbligazione accessoria, la giurisprudenza non la considera come terzo nei confronti della gara⁽²⁶⁾.

Nelle sovvenzioni il terzo non è direttamente responsabile dell'inadempimento. L'instaurazione di tale rapporto, tra beneficiario e terzo, inoltre non è rilevante nei confronti dell'ente finanziatore o degli altri beneficiari. Sarà il beneficiario, pertanto, l'unico responsabile per fatto di terzo per i comportamenti del soggetto che mette a disposizione risorse.

Tale responsabilità si estende al caso in cui il terzo non si assoggetti ai controlli della Commissione, della Corte dei conti e dell'OLAF (art. 126, par. 4, lett. b).

Infine, la disciplina dell'avvalimento non sarebbe applicabile nel caso in cui l'avvalente non appartenga ad un paese dell'Unione Europea o di uno Stato aderente all'accordo sugli appalti dell'Organizzazione Mondiale del Commercio o comunque non abbia stipulato particolari accordi di reciprocità con l'Unione o con l'Italia (art. 47, comma 1, d. lgs. n. 163 del 2006)⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ V., per es., Cons., St. sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439, in *www.leggiditalia.it*.

⁽²⁵⁾ Tra le altre Cons., St. sez. V, 18 novembre 2011, n. 6079, in *www.leggiditalia.it*.

⁽²⁶⁾ T.A.R. Campania Napoli Sez. VIII, 16 dicembre 2010, n. 2755, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 281.

⁽²⁷⁾ Cons., St. sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 969, in *www.leggiditalia.it*. Sull'argomento v. anche GENTILE, *Avvalimento di impresa cinese: primi dubbi sull'istituto*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 1547.

Nel caso delle sovvenzioni, invece, tale preclusione non sembra sempre vera, a meno che non ci sia una restrizione all'accesso al programma di finanziamento soltanto a soggetti comunitari.

Ora però dette differenze non appaiono tali da considerare le due fattispecie in esame così distanti.

Per quanto riguarda il fatto che nelle sovvenzioni si parla solo di risorse messe a disposizione dal terzo e non di requisiti, non impedisce che il soggetto che mette a disposizione le risorse conseguentemente fornisce al beneficiario qualità tecniche (per es. competenze di personale, macchinari necessari per lo svolgimento di una ricerca) o economiche necessarie per svolgere il progetto. Anche nelle sovvenzioni, infatti, l'ente pubblico deve scegliere il beneficiario che abbia le necessarie competenze tecniche, economiche e patrimoniali, oltre che l'onorabilità⁽²⁸⁾ (v., nel diritto comunitario l'art. 131 regolamento 966/2012 e l'art. 202 del regolamento delegato 1268/2012).

Sicuramente tra dette competenze del beneficiario verranno prese in considerazione anche quelle messe a disposizione del terzo, la cui successiva mancanza può condurre l'ente sovvenzionatore a risolvere il rapporto.

Il vero terreno di distinzione è il sistema delle qualifiche previste negli appalti. Tale sistema è molto più rigoroso e prevede la presentazione di documenti ben determinati, mentre per le sovvenzioni si prescrive, in modo più generico, che il candidato presenti tutti i documenti necessari per provare la capacità operativa, richiesta dall'ente finanziatore nel bando (art. 131, par. 3, 2° co., regolamento 966/2012).

Per quel che riguarda la responsabilità, la solidarietà imposta all'avvalente non cambia la circostanza che l'avvalente sia terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice. L'avvalente per effetto della scelta del legislatore, diventa un terzo garante⁽²⁹⁾.

Il fatto che nelle sovvenzioni, generalmente, il terzo non assume detta garanzia non sembra determinare una differenza così profonda. Peraltro non sarebbe incoerente con il rapporto in esame che la base giuridica di una sovvenzione istituisse una tale responsabilità.

⁽²⁸⁾ CIPPITANI, *Le sovvenzioni come rapporto giuridico*, cit., 62 ss.

⁽²⁹⁾ Parla di obbligazione «accessoria» dell'ausiliario, per es., Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956.

6. *Il fondamento comune tra avvalimento e collaborazione dei terzi nelle sovvenzioni.*

Da quanto detto, il fenomeno della collaborazione di terzi, che mettono a disposizione proprie risorse in favore dei beneficiari, non appare così distante dall'avvalimento.

Le differenze, che pure si osservano, sono per lo più legate alla distinzione tra appalto e sovvenzione nel sistema dei contratti pubblici.

La domanda è allora se le sue ipotesi di partecipazione dei terzi agli appalti e alle sovvenzioni sono ascrivibili al medesimo fondamento giuridico.

Per quanto riguarda la *ratio* dell'avvalimento, si ritiene che esso serva a promuovere la concorrenza degli operatori, ciò in modo da assicurare un risultato più efficiente per l'amministrazione⁽³⁰⁾.

Ciò nella prospettiva di applicare a fattispecie sempre più ampie la disciplina del mercato comunitario, di cui gli appalti pubblici costituiscono uno strumento importante al fine di sfruttarne appieno le potenzialità.

La legislazione comunitaria, come ricordava l'Avvocato generale Léger, stabilisce che «Gli operatori economici devono potersi dislocare e fornire servizi senza restrizioni riguardanti la loro origine nazionale o il luogo della loro residenza, contribuendo così, con la moltiplicazione e il confronto delle offerte di servizi, al miglioramento della qualità delle prestazioni offerte e delle condizioni economiche della loro realizzazione sul territorio comunitario»⁽³¹⁾.

Da questo punto di vista l'avvalimento appartiene a quell'insieme di strumenti giuridici, introdotti dal diritto comunitario, che estendono il novero dei soggetti giuridici che possono partecipare ai contratti pubblici. Si pensi al ruolo dei raggruppamenti temporanei, come riconosce anche la giurisprudenza⁽³²⁾, ma anche il subappalto che, con tutte le cautele del caso, viene considerato come strumento per rafforzare la partecipazione delle piccole e medie imprese (v. 32° «considerando» direttiva 2004/18/CE).

Dal punto di vista sostanziale del diritto comunitario la partecipazione ai pubblici appalti non dovrebbe essere condizionato da impedimenti formali, in modo da dare rilievo alle diverse forme di collaborazione economica tra gli operatori⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ V., es., Cons. St. sez. V, 19 marzo 2009, n. 1624, in *www.leggiditalia.it*.

⁽³¹⁾ Conclusioni relative alla causa *Holst Italia S.p.a. / Comune di Cagliari*, cit., punto 14.

⁽³²⁾ Cons. Stato Sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444, in *www.leggiditalia.it*.

⁽³³⁾ Conclusioni relative alla causa *Holst Italia S.p.a. / Comune di Cagliari*, cit., punto 20.

Anche nel caso delle sovvenzioni si è probabilmente inteso rafforzare la capacità di partecipazione dei soggetti ed in particolare valorizzare alcuni rapporti di collaborazione molto comuni nei settori coperti dalle sovvenzioni: si pensi al fenomeno della collaborazione nell'ambito dell'attività scientifica e culturale⁽³⁴⁾.

Analogamente la disciplina delle sovvenzioni prevede che i beneficiari si costituiscano in raggruppamenti per eseguire il progetto finanziato⁽³⁵⁾; nonché che il beneficiario possa ricorrere a terzi per la messa a disposizione di risorse o per acquistare beni e servizi. Al di là della forma giuridica adottata, le sovvenzioni comunitarie considerano rilevanti le forme di collaborazione che non acquistano necessariamente una soggettività distinta⁽³⁶⁾.

Il coinvolgimento di terzi nella realizzazione del progetto contribuisce al potenziamento degli effetti della sovvenzione anche al di fuori del partenariato costituito dalla stretta cerchia dei beneficiari.

Le due ipotesi rispondono quindi a un principio immanente della disciplina comunitaria dei contratti pubblici⁽³⁷⁾.

Detto principio ne attua uno più generale che riguarda l'intero diritto comunitario, che consiste nell'effetto utile e cioè nell'interpretare la norma sovranazionale nel modo che abbia l'applicazione massima possibile⁽³⁸⁾.

Inoltre, soprattutto nel caso delle sovvenzioni, il meccanismo in parola consente di rafforzare l'applicazione di altri principi, quali quello di sussidiarietà, consentendo l'aumento dei livelli coinvolti nel perseguimento dell'interesse pubblico.

⁽³⁴⁾ Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, Verso uno spazio europeo della ricerca, COM (2000) 6, del 18 gennaio 2000. Più di recente v. la Raccomandazione della Commissione del 10 aprile 2008, «Gestione della proprietà intellettuale nelle attività di trasferimento delle conoscenze e al codice di buone pratiche destinato alle università e ad altri organismi pubblici di ricerca» (notificata con il numero C(2008) 1329).

⁽³⁵⁾ Sul tema si permetta il rinvio a CIPPITANI, *Associazione temporanee di scopo e altri raggruppamenti tra i beneficiari di sovvenzioni*, cit., 843 ss.

⁽³⁶⁾ V. per es., l'esperienza delle *Joint Reserach Unit* di cui si parla nei documenti riguardanti il Settimo Programma Quadro di Ricerca, che fa rinvio alle *Unité Mixte de Recherche* (UMR) previste dalla legislazione francese (v. l'art. 2 *décret* n° 82-993 del 24 novembre 1982, disciplinante l'organizzazione e il funzionamento del CNRS e la *décision* n° 920520SOSI del 24 luglio 1992, riguardante l'«*organisation et fonctionnement des structures opérationnelles de recherche*»).

⁽³⁷⁾ Definisce principio generale dell'ordinamento l'avvalimento PAPANIA, *La partecipazione trasversale alle gare d'appalto: l'avvalimento delle capacità imprese «terze»*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1961.

⁽³⁸⁾ Cfr. CINTIOLI, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1421.

7. Applicazione dei principi riguardanti l'avvalimento.

Il fatto di ricondurre le due fattispecie alla stessa base comune può essere utile all'interpretazione di ambedue le discipline.

Ciò è ovviamente importante per il fenomeno della messa a disposizione di risorse da parte del terzo nelle sovvenzioni, che può utilizzare la maggiore elaborazione riguardante l'avvalimento.

Del resto, la disciplina degli appalti è considerata come una sorta di normativa quadro per tutti i rapporti contrattuali della pubblica amministrazione, come evidenziato dalla legge⁽³⁹⁾, dalla giurisprudenza⁽⁴⁰⁾ e dalla prassi amministrativa⁽⁴¹⁾.

Per quanto riguarda le sovvenzioni, un problema che si osserva nella pratica è che nella base giuridica di molti programmi di finanziamento nazionali non si parla della possibilità di terzi di mettere a disposizione le risorse per i beneficiari⁽⁴²⁾. Ma è anche il caso di programmi comunitari in cui la partecipazione di terzi non viene esplicitamente evidenziata, oppure di quelli per cui gli enti sovvenzionatori sembrano limitare l'ef-

⁽³⁹⁾ Oltre ai testi giuridici che recepiscono le direttive comunitarie, i principi in parola sono estesi a tutto il settore pubblico da altre disposizioni, come, per esempio: la l. 11 febbraio 2005, n. 15 contiene modifiche e integrazioni alla l. 7 agosto 1990, n. 241, che impone rispetto dei principi di trasparenza e gli altri principi del diritto comunitario alla più generale attività della pubblica amministrazione. Oppure v. art. 192, 2° co., del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, in tema di determinazioni a contrarre e relative procedure, che stabilisce che «si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa dell'Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano». Cfr., nel diritto spagnolo, l'art. 8, 3° co., *Ley General de Subvenciones*: «La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios: a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación. b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante. c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos». Nell'art. 4, 2° co., Ley 30/2007, che si riferisce ai pubblici appalti, dopo che nel primo comma indica a quali rapporti non si applica la legge, stabilisce che «Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse».

⁽⁴⁰⁾ V. l'ordinanza della Corte di giustizia del 3 dicembre 2001 nella causa C-59/00, *Vestergaard*, Racc. 2001, I-9505 e la sentenza 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*, Racc. 2000, I-10745.

⁽⁴¹⁾ Cfr. la circolare n. 8756 del 6 giugno 2002 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Politiche comunitarie, in GU n. 178 del 31 luglio 2002.

⁽⁴²⁾ È il caso del programma V., per esempio, il Programma «Industria 2015», in particolare il d.m. 15 maggio 2012, in G.U. n. 162 del 13 luglio 2012.

ficacia dello strumento. Si pensi alla citata circolare n. 2/2009 del Ministero del Welfare che sembra riferirsi soltanto ai terzi che compongono soggetti collettivi, come società e consorzi.

Anche in queste ipotesi, infatti, sembra possa richiamarsi il principio elaborato per l'avvalimento negli appalti, per cui la partecipazione dei terzi è sempre possibile, indipendentemente dalla previsione del bando⁽⁴³⁾, e anzi è illegittima qualsiasi disposizione amministrativa che ne fa divieto⁽⁴⁴⁾.

Può essere inoltre utile per le sovvenzioni, la discussione in tema di avvalimento sui requisiti che il terzo può mettere a disposizione dell'appaltante⁽⁴⁵⁾. Si può ritenere, pertanto, che il terzo non possa «prestare» qualità necessariamente legate al beneficiario. Così, per fare un esempio, se la base giuridica di una sovvenzione richiede che i beneficiari siano università, il candidato deve avere detta qualità e non può invocare la qualità di un terzo.

Dalla prospettiva dell'avvalimento, il confronto con il meccanismo analogo nelle sovvenzioni aiuta a leggere più chiaro alcuni aspetti della stessa normativa degli appalti pubblici.

Per esempio, dal confronto appare più chiara la differenza tra avvalimento e subappalto. La giurisprudenza, in materia di appalti pubblici, considera questa differenza soprattutto dal profilo procedimentale.

La distinzione tra avvalimento e subappalto consisterebbe nella circostanza che, nel primo, il concorrente deve ricorrere ai requisiti di un terzo, mentre, nel secondo, una impresa pienamente qualificata a partecipare alla gara; successivamente subappalta ad un altro imprenditore una parte dei lavori⁽⁴⁶⁾. Ciò detto il subcontratto non può concorrere ad integrare i requisiti di un concorrente.

Nelle sovvenzioni la distinzione tra subcontraenti e affiliati viene vista invece soprattutto dal punto di vista del rapporto, che si instaura con il terzo⁽⁴⁷⁾.

Secondo le fonti comunitarie, il rapporto tra beneficiari di sovvenzioni e subcontraenti è caratterizzato dal fatto che il subcontraente percepisce

⁽⁴³⁾ Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496, in *www.leggiditalia.it*.

⁽⁴⁴⁾ T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, 23 dicembre 2011, n. 990, in *Corr. merito*, 2012, 188.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Documento di consultazione «L'avvalimento nelle procedure di gara», par. 3.

⁽⁴⁶⁾ Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698, in *Urb. e app.*, 2011, 991, con il commento di USAI, *Rapporti tra subappalto e dichiarazione di avvalimento dei requisiti*.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Commissione europea, *Guide to Financial Issues relating to FP7 Indirect Actions*, cit., 27 s. che indica le caratteristiche del subcontratto in confronto ad altre tipologie di contratti con terzi.

un corrispettivo per l'attività svolta, cede la proprietà intellettuale al committente, svolge la propria attività in completa autonomia.

Il subcontraente, come si è detto, è considerato anche nelle sovvenzioni come uno dei terzi che supportano il beneficiario nella esecuzione del progetto.

Il subcontratto viene tuttavia disciplinato applicando determinate cautele (prima di tutte l'autorizzazione e in molti caso un limite all'ammissibilità), in quanto comporta che un terzo svolga una parte rilevante del progetto, senza incorrere negli obblighi del beneficiario e per di più ricevendo un corrispettivo per la propria attività.

Gli altri tipi di terzi affiliati, diverse dai subcontraenti, sono legati al beneficiari da un rapporto differente: il terzo affiliato riceve il rimborso delle spese sostenute; può concorrere alla contitolarità dei risultati; svolge la propria attività in stretta collaborazione con il beneficiario.

Si può quindi concludere che, nelle sovvenzioni, il rapporto tra subcontraente e beneficiario è un rapporto a titolo oneroso⁽⁴⁸⁾, in virtù del quale il beneficiario fornisce un servizio a fronte di un corrispettivo.

Il terzo che mette a disposizione le risorse, invece, è legato al beneficiario da un rapporto associativo, in ragione del quale i due soggetti collaborano per realizzare la parte del progetto sovvenzionato, che deve essere realizzato dal beneficiario.

Lo schema che si osserva nelle sovvenzioni si può utilizzare anche per gli appalti.

Anche in questo caso il subappalto viene indicato come uno dei rapporti che integrano i requisiti del candidato e quindi rientra nell'alveo dell'avvalimento⁽⁴⁹⁾. Come dispone l'art. 49, 10° co., d.lgs. 163/2006 « l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore » (a seguito dell'intervento correttivo del d.lgs. 26 gennaio 2007 n.6 che ha eliminato il divieto per l'ausiliario di essere subcontraente, in contrasto con il diritto comunitario).

Quando si instaura il contratto tra appaltatore e amministrazione

⁽⁴⁸⁾ Per una definizione almeno nel diritto dei contratti pubblici, v. CIPPITANI, *La nozione di contratto «a titolo oneroso» negli appalti pubblici*, in *Contratti*, 2013, 523 ss.

⁽⁴⁹⁾ In seguito della giurisprudenza Bellast e Holst sopra citate, il subappalto viene considerato uno dei rapporti con cui provare il possesso dei requisiti: v. Corte giust., 18 marzo 2004, C-314/01, *Siemens AG Österreich e ARGE Telekom & Partner / Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, Racc. 2004, I-2549, punti 41 ss.; v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale L.A. Geelhoed presentate per la causa in parola il 20 novembre 2003, punti 76 ss.; v. anche Corte giust. 18 gennaio 2007, C-220/05, *Jean Aurox e altri / Commune de Roanne*, Racc. 2007, I-385, punto 38, e le conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott, presentate il 15 giugno 2006, punto 52.

aggiudicatrice, il subappalto è però regolato in modo differente dagli altri rapporti, come dimostrano gli artt. 25 direttiva 2004/18/CE e 118 d.lgs. 163/2006, ciò per tutelare gli interessi pubblici in gioco⁽⁵⁰⁾. Soprattutto la disposizione nazionale contiene una disciplina di dettaglio che disciplina il subappalto in modo diverso da altri rapporti utili ai fini dell'avvalimento.

I subappalti sono propriamente allora i rapporti a titolo oneroso, secondo il significato stabilito dal diritto comunitario. Tutti gli altri rapporti rilevanti per l'avvalimento invece sono quelli associativi e quelli comunque a titolo gratuito (è il caso del comodato).

Soprattutto rapporti di tipo associativo fanno sì che l'ausiliario possa concretamente partecipare all'esecuzione dell'appalto, sebbene non sia subappaltatore, in virtù di un contratto con comunione di scopo.

Questo ovviamente ha conseguenze diverse, in particolare quando il beneficiario o appaltatore sono enti pubblici. Nel caso di avvalimento diverso dal subappalto non dovrebbero applicarsi le norme procedurali in materia di appalto.

ROBERTO CIPPITANI

⁽⁵⁰⁾ Cfr. T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 12 aprile 2012, n. 3346, in *Corr. merito*, 2012, 10, 961, con nota di CAVALLARI, *Il subappalto nella disciplina dei lavori pubblici: limiti e condizioni di ammissibilità*.

PROPRIETÀ E USUCAPIONE NEL SISTEMA ATTUALE

SOMMARIO: 1. *Proprietà: profili storici e giuridici.* – 2. *Usucapione.*

1. *Proprietà: profili storici e giuridici.*

L'istituto dell'usucapione costituisce uno tra i più importanti modi di acquisto della proprietà a titolo originario.

La proprietà è un istituto molto dibattuto, studiato tra i giuristi, economisti e filosofi. Nel diritto romano⁽¹⁾ si riscontra lo stretto legame tra la persona e la *res*, si verificava un'identificazione della *res* con la proprietà della *res*, inoltre è interessante rilevare, in particolare, che nel periodo antico non ci fosse un termine tecnico che identificasse la proprietà, ed invece ci fosse quello che identificasse il proprietario *dominus*, però nel periodo preclassico non si tratta solo del proprietario ma anche della proprietà (*mancipium*), il termine *dominium* invece è molto tardo.

La visione individualistica della proprietà nasce dal giusnaturalismo razionalista del XVII e XVIII sec.⁽²⁾, dalla dottrina pandettistica deriva nel sec. XIX il concetto di proprietà come “un buco nel centro di un circolo di norme”⁽³⁾, che sta a significare: dentro l'ambito delle norme che stabiliscono il contenuto del diritto di proprietà, non ci sono limiti giuridici per la fruizione del bene.

La dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 qualificava la proprietà come “sacra”, nel codice Napoleonico, l'art. 544 la definisce con la frase che poi ritroviamo nel Codice del '65: “*la propriété est le droit*

⁽¹⁾ PUGLIESE con la collaborazione di SITZIA e VACCA, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, 2ª ed., Torino, 1998, 305 ss.; CAPOROSSI BOLOGNESI, voce *Proprietà (dir. rom.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 160 ss.

⁽²⁾ Soprattutto da LOCKE, *Due trattati sul governo*, tr.it., Torino, 1948, 254 ss.

⁽³⁾ Metafora di Binding citato da WINDSCHEID, *Pand.*, § 3, si consulti anche MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 ss.

de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue” inserendo dei limiti “*pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”. Di conseguenza il codice del 1865⁽⁴⁾ dà la definizione di proprietà come “diritto di godere e disporre della cosa nella maniera più assoluta”, condividendo l’assunto fisiocratico che sostiene che esista una legge naturale che fa coincidere l’interesse individuale con quello generale, così la proprietà era intesa come inviolabile, caratteristica essenziale delle leggi di natura. Inoltre Hegel ha sostenuto la tesi della proprietà-libertà: la proprietà “appare come mezzo riguardo al bisogno; ma...dal punto di vista della libertà, essa è la sua prima forma di esistenza, e quindi è per se stessa essenzialmente fine”⁽⁵⁾.

L’istituto è inserito nella nostra Costituzione del 1948 esattamente all’art. 42⁽⁶⁾, nel titolo III dedicato ai rapporti economici, la proprietà non è più vista come diritto personalissimo⁽⁷⁾ e viene specificata la funzione sociale, cioè funzione che è vista di interesse comunitario che “soddisfa un’istanza generalmente sentita”⁽⁸⁾. Inoltre proprio la suddetta funzione sociale è “incompatibile con l’inquadramento della proprietà (e degli altri diritti patrimoniali) nella categoria dei diritti umani fondamentali, parametrata sui diritti di libertà (di cui all’art. 2 e agli artt. 13 ss.)”⁽⁹⁾, non c’è più unione tra la proprietà dei beni e la libertà della persona⁽¹⁰⁾.

La Carta di Nizza, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha il medesimo valore giuridico dei Trattati⁽¹¹⁾ ed affronta la tematica della proprietà all’art. 17, che si trova all’interno del capo secondo intitolato libertà: “1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L’uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall’interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta”.

⁽⁴⁾ Il codice del 1865 era formato da tre libri: il primo riguardava il diritto delle persone e della famiglia, il secondo si intitolava “dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni” il terzo invece, “Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e delle sue modificazioni”.

⁽⁵⁾ HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., Bari, 1954, § 45, 59.

⁽⁶⁾ Per un approfondimento sul tema v. BARCELONA, voce *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. disc. priv.*, 457 ss.

⁽⁷⁾ RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, 289 ss.

⁽⁸⁾ SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim.*, 1972, 476.

⁽⁹⁾ SALVI, *La proprietà privata e l’Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 412.

⁽¹⁰⁾ RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1986, 492 s.

⁽¹¹⁾ Ai sensi dell’art. 6 del Trattato sull’Unione Europea.

Il codice civile italiano, che risale al 1942, dedica un intero libro, il terzo, alla proprietà, c'è ormai però da chiedersi se sia invece più esatto parlare "delle proprietà", in quanto esistono tanti diversi istituti quanti sono gli statuti delle singole categorie di beni, infatti la disciplina dei beni di consumo è molto diversa da quella ad es. dei suoli edificabili⁽¹²⁾.

L'art. 832 c.c.⁽¹³⁾ specifica che il proprietario ha il diritto di godere, consistente nella facoltà di utilizzare il bene seguendo i suoi scopi, e di disporre del bene, cioè ha la facoltà di alienarlo o di costituire su di esso diritti reali minori a favore di terzi, in modo pieno, in quanto il proprietario può compiere tutto ciò che non è espressamente vietato, infatti il proprietario può escludere tutti coloro che non sono forniti di un titolo concorrente o poziore per esercitare poteri. Tutto ciò può essere compiuto però entro i limiti, per ragioni di interesse pubblico, e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

La proprietà si acquista a titolo originario ed a titolo derivativo, in quest'ultimo caso il soggetto acquirente acquista solo i diritti e gli obblighi che vengono trasmessi dal dante causa, né più né meno, invece nel primo caso il soggetto acquista il bene pieno di tutti i diritti e senza pesi.

I modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo sono la compravendita e la successione a causa di morte etc., mentre a titolo originario⁽¹⁴⁾

⁽¹²⁾ PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Torino, 2012, 148.

⁽¹³⁾ Tra la numerosa dottrina si ricorda RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 267 ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2009, 554 s.

⁽¹⁴⁾ Ci sono state molte critiche sulla distinzione dei modi di acquisto a titolo originario "utile per esigenze di sintesi e di praticità" secondo ALBANO, PESCATORE, *Della Proprietà*, in ALBANO, GRECO e PESCATORE, *Commentario del codice civile, Libro III, I (artt. 810-956)*, Torino, 1968, 464, una parte della dottrina sostiene che è più corretto distinguere tra i modi di acquisto che non presuppongono né la proprietà dell'acquirente né di altri (occupazione ed invenzione) e quelli che presuppongono invece la proprietà o un diritto analogo dell'acquirente (accessione; specificazione e tesoro, per quanto riguarda il proprietario della materia e del fondo; unione e commistione) e poi quelli che presuppongono la proprietà di un terzo, ma non un trasferimento (acquisto del tesoro per quanto riguarda l'inventore, acquisto di cose smarrite; usucapione) v. DE MARTINO, *Della proprietà. Artt. 810-956*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, 463. Altra dottrina sostiene che gli acquisti originari si differiscono in base se si verificano a causa di un certo comportamento dell'acquirente o in maniera indipendente da questo, nella prima fattispecie insieme all'occupazione, invenzione, usucapione sono presenti l'acquisto di beni mobili dal non proprietario e la specificazione, nella seconda, invece, vengono collocate l'accessione, l'unione, la commistione, insieme alla separazione di frutti v. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1975, 223; SALARIS, *L'acquisto della proprietà*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1982, 626.

sono, oltre all'usucapione⁽¹⁵⁾, il possesso vale titolo (art. 1153 c.c.)⁽¹⁶⁾, l'invenzione (art. 927 c.c.)⁽¹⁷⁾, tesoro (art. 932 c.c.)⁽¹⁸⁾, occupazione (art. 923 c.c.)⁽¹⁹⁾, accessione⁽²⁰⁾, unione e commistione⁽²¹⁾, specificazione (art. 940 c.c.)⁽²²⁾.

2. Usucapione.

L'istituto della usucapione (art. 1158 c.c.)⁽²³⁾ è collocato all'interno

⁽¹⁵⁾ Parte della dottrina ha osservato che l'usucapione, avendo degli aspetti molto particolari, è difficile da inquadrare fra i modi di acquisto a titolo originario e derivativi sul tema v. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, VIII, 1982, 499; RUPERTO, *Usucapione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1024; SACCO, voce *Usucapione*, in *Dig. civ.*, XIX, Torino, 1999, 562.

⁽¹⁶⁾ Per una disamina completa sul tema si consulti ARGIROFFI, *Del possesso di buona fede di beni mobili artt. 1153-1157*, in *Cod. civ. Comm.* diretto da Schlesinger, Milano, 1988, *passim*.

⁽¹⁷⁾ BUCCISANO, *Invenzione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 642; DE CUPIS, *In tema di acquisto per invenzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 172; MONTEL, *Cosa ritrovata*, in *Noviss. dig. it.*, IV, 1959, 1031; DE CUPIS, *Teoria dell'acquisto per invenzione*, in *Scritti giuridici in onore di Scialoja*, III, Bologna, 1953, 171.

⁽¹⁸⁾ AZARA, voce *Tesoro*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973.

⁽¹⁹⁾ MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2001, 178 ss.; A. TRABUCCHI, voce *Occupazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 616 ss.

⁽²⁰⁾ ALPA, voce *Accessione*, in *Dig. civ.*, I, 1987, 28; MONTEL, voce *Accessione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino 1957; BRANCA, voce *Accessione (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 261, questi due ultimi Autori sottolineano in particolare che le situazioni presenti negli artt. 934 ss. hanno dei caratteri simili, anche perché nel codice si può notare una certa unitarietà, l'accessione è un concetto ampio che contiene al suo interno altri istituti come l'unione e la commistione.

⁽²¹⁾ BONILINI, *Commistione*, in *Dig. civ.*, III, 1988, 10; Pozzo, *Unione*, in *Dig. civ.*, XIX, 1999, 519, DELL'AQUILA, *L'acquisto della proprietà per accessione, unione, commistione e specificazione*, Milano 1979, MAIORCA, voce *commistione*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959.

⁽²²⁾ GAMBARO, *Specificazione*, in *Dig. civ.*, XVIII, 1988, 665; CORRADI, *Sul criterio di acquisto della proprietà per specificazione: la creazione di una res nova*, in *Giur. it.*, I, 1, 1945; BUCCISANO, *Specificazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 270; TABET, *Specificazione (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, 1970, 1089.

⁽²³⁾ GUERINONI, *L'usucapione*, in *Tratt. dei diritti reali* diretto da GAMBARO e MORELLO, I, Milano, 2009; RUPERTO, *L'usucapione*, Milano, 1992, *passim*; POLA, *L'usucapione*, Padova, 2011, *passim*; DE GIORGI, *L'usucapione, Aspetti sostanziali e profili processuali controversi*, Milano, 2011, *passim*. Inoltre per fare un confronto con il sistema di *common law* perché si verifichi l'usucapione il possesso deve essere "open, notorious and hostile" e durare per venti anni. Se i possessori sono in *good faith*, cioè per coloro che credevano di essere proprietari, sono stabiliti termini inferiori. Per quanto riguarda *adverse possession* in Inghilterra, cfr. MOCCIA, *Prescription, Limitation e adverse possession; ovvero il problema della prescrizione acquisitiva nel sistema inglese della real property*, in *Scritti in onore di Sacco*, 1994, I, 813. Per una

del titolo del possesso in quanto questo istituto è sì un modo di acquisto della proprietà, ma anche perché mediante il possesso continuato si acquistano altri diritti reali.

La prescrizione⁽²⁴⁾ e l'acquisto per usucapione hanno questo in comune: grazie al trascorrere del tempo le situazioni si consolidano; infatti il mancato esercizio di un diritto ne implica la perdita, cioè la prescrizione, con l'esercizio della situazione di fatto, diventa diritto, tramite l'usucapione.

Sia la prescrizione che l'usucapione esistono perché è importantissima la certezza nelle situazioni giuridiche, è di fondamentale importanza l'inerzia del titolare del diritto sia nell'usucapione che nella prescrizione.

In particolare nell'usucapione si dà importanza all'interesse che il soggetto ha dimostrato di avere per il bene per un lungo lasso di tempo: si favorisce quindi chi usa il bene, contro il titolare assenteista.

Dal punto di vista economico quando il proprietario è assente da molto tempo sta a significare che quest'ultimo valuta poco il suo diritto rispetto al possessore che ci dedica più tempo; una parte della dottrina a conclusione di questo ragionamento sostiene che i tempi per usucapire dovrebbero essere più brevi⁽²⁵⁾.

L'orientamento maggioritario sostiene che l'usucapione sia un modo di acquisto della proprietà a titolo originario, anche se l'istituto presenta aspetti singolari, che rendono difficile classificarla, infatti in merito ci sono dottrine discordanti ed il momento su cui sorgono dubbi è quando ci si domanda se colui che usucapisce acquisti un diritto di proprietà originario quindi libero di pesi, oppure acquisti lo stesso diritto che aveva il precedente titolare con tutti i possibili limiti, la giurisprudenza comunque non segue quest'ultima teoria.

Tra i requisiti fondamentali dell'usucapione ritroviamo l'inerzia del titolare ed inoltre non sono usucapibili i beni che non sono disponibili ai privati come per es. i beni demaniali⁽²⁶⁾.

visione dell'usucapione in altri paesi si v. MOCCIA, *Figure di usucapione e sistema di pubblicità immobiliare. Sintesi di diritto privato europeo*, Milano, 1993. In Francia per usucapire sono necessari 30 anni, vent'anni per quella abbreviata, art. 2262 Code Nap. In Germania sono necessari 30 anni per usucapire, § 927 BGB.

⁽²⁴⁾ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 243 ss.; PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, cit., 500 ss.

⁽²⁵⁾ MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2001, 198 s.

⁽²⁶⁾ MATTEI, *I diritti reali*, 1, cit., 198; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, e continuato da Mengoni, VIII, t. 2, p. 848; v., per la giurisprudenza recente sul tema, Cass., 29 luglio 2013, n. 18215, inedita.

Gli elementi, quindi, affinché si possa verificare l'istituto dell'usucapione di un bene immobile, sono il possesso continuato, ininterrotto, pacifico e pubblico⁽²⁷⁾ per venti anni⁽²⁸⁾.

Analizziamo i vari requisiti: il possesso è una situazione di fatto⁽²⁹⁾ rispetto alla proprietà che è il diritto reale per eccellenza, il possessore⁽³⁰⁾ deve avere sia *l'animus rem sibi habendi* (cioè si deve comportare come il proprietario⁽³¹⁾) sia la *res*, cioè il bene.

Un altro requisito è il possesso continuato ed ininterrotto⁽³²⁾, questi due termini non sono sinonimi per possesso continuato si intende che il

⁽²⁷⁾ Cioè in maniera oggettivamente palese e non violenta v. Cass., 17 luglio 1998, n. 6997, in *Rep. Foro it.* 1998, voce *Usucapione*, n. 6. perché si realizzi l'usucapione il possesso deve essere "esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile e non occulto, così da palesare l'animo del possessore di volere assoggettare la cosa al proprio potere e senza che sia necessaria l'effettiva conoscenza da parte del preteso danneggiato".

⁽²⁸⁾ Come ribadito anche da recente giurisprudenza Trib. Vicenza, 27 febbraio 2013, inedita.

⁽²⁹⁾ SACCO CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, e continuato da Mengoni, Milano, VII, 2000, 45 ss.

⁽³⁰⁾ Trib. Roma, 1° gennaio 2013, inedita, ribadisce che "la detenzione (nel caso in specie di un terreno) è incompatibile con il possesso *ad usucapionem* (il conduttore è infatti il titolare di un diritto reale di godimento che connota il suo rapporto con il possessore ciò esclude, in mancanza di un *interversio possessionis* che elimini il predetto titolo, la ricorrenza di un possesso *uti dominus*)".

C'è la detenzione quando manca *l'animus* di esercitare la proprietà o altro diritto sulla cosa, v. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 580 s.

⁽³¹⁾ Cass., 27 maggio 2010, n. 13002, in *Riv. giur. sarda*, 2010, 527, con nota di PERRECA in cui si sottolinea che "*l'animus possidendi* si presume in colui che esercita il potere di fatto sulla cosa corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o di altro diritto reale, non è escluso dalla consapevolezza del possessore di non avere alcun valido titolo che legittimi tale potere, posto che *l'animus possidendi* consiste unicamente nell'intento di tenere la cosa come propria indipendentemente dall'effettiva esistenza del relativo diritto o dalla conoscenza del diritto altrui, dal punto di vista psicologico, sussiste la volontà del possessore di comportarsi come titolare del diritto reale sul bene, anche se c'è la consapevolezza dell'altrui qualità di proprietario", Cass., 1 luglio 1996, n. 5964, in *Rep. Foro it.*, voce *Usucapione*, n. 9, Cass., 18 febbraio 1980, n. 1172, in *Rep. Foro it.*, voce *Usucapione*, n. 5.

⁽³²⁾ Recente giurisprudenza sostiene che per interrompere i termini dell'usucapione può essere sufficiente una semplice ma univoca diffida o richiesta scritta dal proprietario verso l'occupante, non è quindi necessaria la proposizione di una domanda giudiziale v. Cass., 3 aprile 2012, n. 5338, in *Rep. Foro it.*, voce *Usucapione*, n. 20, inoltre vale come interruzione del possesso un atto che implica per il possessore la perdita materiale del potere di fatto sulla cosa, oppure un atto giudiziale che ha il fine di ottenere *ope iudicis* la privazione del possesso nei confronti del possessore usucapente, Cass., 5 novembre 2010, n. 22599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 429, nota di D'AURIA, in dottrina v. SACCO, CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VII, Milano 2000, 505.

sogetto non ha mai abbandonato il bene, la continuità non si riscontra⁽³³⁾ se viene utilizzato in modo occasionale e designa in termini positivi il costante esercizio del possesso, la continuità inoltre non ha bisogno di una prova specifica; mentre per ininterrotto si intende che non c'è stata ad esempio da parte del proprietario l'azione di rivendicazione (art. 948 c.c.)⁽³⁴⁾, che è l'azione principale tra le azioni a difesa della proprietà, imprescrittibile come la proprietà.

Inoltre gli ultimi due requisiti sono "pacifico" e "pubblico": se il possesso è stato acquistato in modo violento o clandestino, la violenza e la clandestinità devono essere cessate da vent'anni, affinché si abbia usucapione (art. 1163 c.c.)⁽³⁵⁾.

Elemento essenziale è quindi il possesso prolungato nel tempo, secondo il principio "*tantum praescriptum quantum possessum*".

Per i beni immobili è prevista anche l'usucapione abbreviata: il soggetto acquista da chi non è proprietario⁽³⁶⁾, ma sono necessari la buona fede e un titolo astrattamente idoneo, e l'usucapione si compie in dieci anni⁽³⁷⁾, che decorrono dalla data della trascrizione.

Se analizziamo tutti i requisiti si può notare come solo nell'usucapione abbreviata, e non in quella ordinaria, è necessaria la buona fede⁽³⁸⁾, che

⁽³³⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, 807 s.; in giurisprudenza Cass., 13 dicembre 1994, n. 10652, in *Rep. Foro it.*, voce *Usucapione*, n. 16, l'elemento della continuità si basa sulla necessità che il possessore esprima in modo costante il potere di fatto corrispondente al diritto reale posseduto e lo dimostri con il comportamento puntuale di atti di possesso conformi alla qualità ed alla destinazione della cosa e tali da manifestare, anche al di fuori, un indiscussa "signoria" di fatto sulla cosa al contrario dell'inerzia del titolare del diritto.

⁽³⁴⁾ SALARIS, *L'azione di rivendicazione*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, VII, Torino, 1982, 684, AMENTA, *La prova nell'azione di rivendicazione*, Torino, 2006; FERRERI, voce *Rivendicazione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 49 ss.; in giurisprudenza v. Cass., 21 febbraio 1994, n. 1650, in *Rep. Foro it.*, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 7; Cass., 5 giugno 1991, n. 6359, in *Rep. Foro it.*, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 3; Cass., 11 novembre 1986, n. 6592, in *Rep. Foro it.*, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 3; Cass., 18 marzo 1981, n. 1603, in *Rep. Foro it.*, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 10.

⁽³⁵⁾ MATTEI, *I diritti reali 1, La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2001, 197.

⁽³⁶⁾ Non si verifica l'usucapione abbreviata in relazione agli acquisti posti dal *falsus procurator*, Cass., 20 marzo 1982, n. 1813, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1818; Cass., 26 marzo 1968, n. 947, in *Giust. civ.*, 1968, I, 991; Cass., 9 maggio 1960, n. 1060, in *Rep. Foro it.*, voce *Usucapione*, n. 11; e da ultimo v. Cass., 26 marzo 2012, n. 4851, inedita.

⁽³⁷⁾ Il termine è diminuito a tre anni, quando riguarda un analogo possesso di beni mobili registrati.

⁽³⁸⁾ La giurisprudenza molto recente sottolinea che non sussiste buona fede, in forza dell'art. 1147, 2° comma, nel momento in cui si accerti che l'ignoranza di ledere un altrui diritto dipenda da colpa grave, non è in colpa grave il soggetto che, andato presso un notaio per la redazione di un atto traslativo, senza averlo esonerato dal

è di tipo soggettivo, cioè il soggetto non sa di ledere un altrui diritto⁽³⁹⁾, inoltre è fondamentale un titolo⁽⁴⁰⁾ astrattamente idoneo⁽⁴¹⁾, cioè un negozio traslativo compiuto da chi non era legittimato (*non dominus*)⁽⁴²⁾; la trascrizione in questo contesto non è una pubblicità dichiarativa, ma una pubblicità costitutiva⁽⁴³⁾, in quanto l'usucapione abbreviata incomincia a decorrere dalla data della trascrizione stessa⁽⁴⁴⁾.

compiere visure catastali ed ipotecarie, compia l'acquisto in base alle garanzie di titolarità del bene e di libertà dello stesso date dall'alienante, o apparente tale, e nella ragionevole presunzione che l'ufficiale rogante abbia fatto tutte le verifiche necessarie v. Cass., 20 luglio 2005, n. 15252, in *Vita not.*, 2005, 990, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 34, 53, con nota di LEO, in *Foro it.*, 2006, I, 437, con nota di PALMIERI; Cass., 14 marzo 2012, n. 4063, in *Rep. Foro it.*, voce *Usucapione*, n. 11.

⁽³⁹⁾ La buona fede oggettiva, invece, è la correttezza che ritroviamo all'interno dei rapporti obbligatori, v. in giurisprudenza Cass., 26 marzo 1980, n. 2011, in *Banca borsa tit. cred.*, 1981, II, 48 in cui si evince che per buona fede oggettiva si intende comportamento onesto. Per uno studio approfondito sul tema v. SASSI, *Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno*, in *Diritto privato del mercato*, a cura di A. PALAZZO, SASSI, Perugia, 2007, 20 ss., BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatori*, Milano, 1968, *passim*, C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede come regola del comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss. La distinzione netta tra buona fede soggettiva ed oggettiva si ritrova chiaramente in GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, t. 2, Milano, 1995, 715 s.

⁽⁴⁰⁾ L'atto non deve essere viziato da una causa di nullità o inefficacia, Cfr. Cass., 20 dicembre 1985, n. 6544, in *Rep. Foro it.*, voce *Usucapione*, n. 8 e Cass., 8 giugno 1982, n. 3466, in *Rep. Foro it.*, voce *Usucapione*, n. 2. Cfr. SACCO CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, 2^a ed., VII, Milano, 2000, 502.

⁽⁴¹⁾ Cass., 14 ottobre 2010, n. 21227, in *Rep. Foro it.*, voce *Usucapione*, n. 24: "un titolo che deve essere idoneo in astratto e non in concreto a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare".

⁽⁴²⁾ Sul tema v. giurisprudenza recente Cass., 7 giugno 2013, n. 14440, in *Riv. not.*, 2013, 1018 ss., in cui si specifica che non è applicabile l'art. 1159 c.c. quando "l'acquisto è stato effettuato dal vero proprietario ma in forza di un atto la cui relativa nota di trascrizione sia risultata errata ed in opponibile ai terzi, siccome tale da determinare una obiettiva incertezza sulla persona del dante causa idonea ad escludere la validità della trascrizione stessa". Quest'ultimo provvedimento ha seguito la giurisprudenza precedente Cass., 20 ottobre 1975, n. 3429, in *Giur. it.*, 1976, 928 e Cass., 1^o agosto 1995, n. 8441, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 1463.

⁽⁴³⁾ MESSINEO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1967, 402, sostiene che in questa fattispecie la trascrizione ha funzione di pubblicità costitutiva.

⁽⁴⁴⁾ AMBROSINI, *La buona fede soggettiva in presenza di trascrizione e profili dell'usucapione decennale*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 439; MOCCIA, *Figure di usucapione e sistemi di pubblicità immobiliare*, Milano, 1993; BARBERO, *Titolo e buona fede nella usucapione abbreviata*, in *Giust. civ.*, 1959, 1081; GENTILE, *Il momento della buona fede nell'usucapione abbreviata*, in *Dir. e giur.*, 1960, 229; PROTETTI, *Momenti dell'esistenza della buona fede ai fini dell'usucapione abbreviata*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 79.

Inoltre chi possiede fondi rustici, con annessi fabbricati, in comuni classificati montani, usucapisce in quindici o dieci anni, a seconda che sia o meno in buona fede (art. 1159 *bis*)⁽⁴⁵⁾; ancora, si verifica usucapione anche quando un soggetto possiede in buona fede un bene mobile, e sono trascorsi 10 anni, anche se non c'è il titolo idoneo (art. 1161, comma 1), e se il possessore è in mala fede l'usucapione si verifica in 20 anni.

Per quanto riguarda i diritti reali di godimento su beni altrui, l'usufrutto⁽⁴⁶⁾ si può costituire anche per usucapione (art. 978 c.c.), oltre che per volontà dell'uomo, con atto tra vivi o *mortis causa* o per legge; inoltre, solo le servitù apparenti, al cui esercizio vengono destinate opere visibili e permanenti (come per es. la servitù di acquedotto: art. 1062, 2° comma c.c.), si possono costituire per usucapione⁽⁴⁷⁾.

ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI

⁽⁴⁵⁾ L'art. 1159 *bis* è stato introdotto grazie alla l. 10 maggio 1976, n. 346, preceduta dalle ll. 26 agosto 1949, n. 702 e 14 novembre 1962, n. 1610, si consulti in dottrina BELLONI PERESSUTTI, *Usucapio brevis nell'agricoltura*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 129; LENER, *Usucapione speciale e riconoscimento della proprietà nella legge 10 maggio 1976, n. 346*, in *Riv. not.*, 1977, I, 905.

⁽⁴⁶⁾ Tra i numerosi contributi v. DE CUPIS, voce *Usufrutto (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XLV, 1992, 1116; PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, cit., 174 in cui l'Autore sottolinea che frequentemente si verifica l'usucapione in "forma abbreviata".

⁽⁴⁷⁾ Tra i numerosi studi sul tema si v. COMPORI, voce *Servitù (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XLII, 1990, 298; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 614 s. V., per la giurisprudenza recente sul tema, Cass., 30 dicembre 2011, n. 30591, inedita.

IL PAGAMENTO AGEVOLATO DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE PECUNIARIE TRA VANTAGGI E DIFFICOLTÀ APPLICATIVE

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *Riforma dell'art. 202 del codice della strada e problemi applicativi* – 3. *Considerazioni conclusive*

1. *Premessa.*

La legge di conversione ⁽¹⁾, con modificazioni, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. decreto-legge *Del fare*) ⁽²⁾, entrata in vigore il 21 agosto 2013, ha introdotto, tra le altre, alcune modifiche all'art. 202 c.d.s. ⁽³⁾, consentendo al trasgressore e all'obbligato in solido il pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria in misura ridotta con lo sconto del 30% se effettuato entro cinque giorni dalla contestazione ⁽⁴⁾ o dalla notificazione ⁽⁵⁾ del verbale.

La riduzione è consentita anche per le violazioni commesse dopo le ore 22,00 e prima delle 7,00 e deve ritenersi applicabile anche ai casi di pagamento immediato obbligatorio previsti dall'art. 202, comma 2 *bis*,

⁽¹⁾ L. 9 agosto 2013, n. 98, pubblicata in G.U., serie gen., n. 194 del 20 agosto 2013, suppl. ord. n. 63.

⁽²⁾ D.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. d.l. *Del fare*), recante *Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*, pubblicato in G.U., n. 144 del 21 giugno 2013, suppl. ord. n. 50.

⁽³⁾ D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, in G.U., 18 maggio 1992, n. 114, suppl. ord.

⁽⁴⁾ La contestazione è la procedura che segue all'immediato accertamento dell'infrazione da parte dell'agente, in sostanza quando il conducente viene fermato immediatamente e portato a conoscenza dell'infrazione commessa, con rilascio di copia del verbale.

⁽⁵⁾ La notificazione consiste nella ricezione all'indirizzo di residenza dell'intendentario del veicolo di un verbale per una violazione del c.d.s. commessa e non contestata subito al conducente.

per violazioni commesse da un conducente titolare di patente di guida di categoria C, C+E, D e D+E nell'esercizio dell'attività di autotrasporto di persone o cose.

In realtà, il pagamento agevolato è applicabile a tutte le infrazioni del codice della strada, in particolare esso è escluso qualora si tratti di violazioni per le quali non è ammesso il pagamento in misura ridotta ⁽⁶⁾, nel caso di violazioni della disciplina giuridica della circolazione stradale, c.d. complementare, non compresa nel codice della strada ⁽⁷⁾ e qualora si tratti di violazioni per cui è prevista la sanzione accessoria della confisca amministrativa del veicolo o della sospensione della patente di guida.

Due esempi tipo per i quali non è possibile lo sconto sono il caso di conducente con tasso di alcol nel sangue superiore ai limiti indicati dalla legge o del conducente che supera i limiti di velocità, oltrepassando la soglia dei quaranta chilometri orari. In questi casi per le sanzioni non è contemplata alcuna riduzione e le stesse vanno estinte per l'intero ammontare.

Si riporta, di seguito in corsivo, il testo dell'art. 202 c.d.s., con le modifiche apportate dal decreto *Del fare* evidenziate in grassetto:

1. *Per le violazioni per le quali il presente codice stabilisce una sanzione amministrativa pecuniaria ferma restando l'applicazione delle eventuali sanzioni accessorie, il trasgressore è ammesso a pagare, entro sessanta giorni dalla contestazione o dalla notificazione, una somma pari al minimo fissato dalle singole norme* ⁽⁸⁾.

Tale somma è ridotta del 30 per cento se il pagamento è effettuato entro cinque giorni dalla contestazione o dalla notificazione. La riduzione di cui al periodo precedente non si applica alle violazioni del presente codice per cui è prevista la sanzione accessoria della confisca del veicolo, ai sensi del comma 3 dell'art. 210, e la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida.

2. *Il trasgressore può corrispondere la somma dovuta presso l'ufficio dal quale dipende l'agente accertatore oppure a mezzo di versamento in conto corrente postale, oppure, se l'amministrazione lo prevede, a mezzo*

⁽⁶⁾ V. art. 202, commi 3 e 3-bis del c.d.s.

⁽⁷⁾ E pertanto diversamente disciplinate anche per il pagamento in misura ridotta dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 *Modifiche al sistema penale*, salvo che non vi sia in tali norme un espresso rinvio alle disposizioni del titolo VI dello stesso codice della strada.

⁽⁸⁾ Comma modificato dall'art. 104 d.lgs. 10 settembre 1993, n. 360. Ai sensi dell'art. 387, comma 1 del d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 *Regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada* «per ogni pagamento in misura ridotta deve essere rilasciata una quietanza dell'organo al quale il pagamento è effettuato. Per i pagamenti a mezzo posta o banca valgono le ricevute dei versamenti».

di conto corrente bancario, **ovvero mediante strumenti di pagamento elettronico**. All'uopo, nel verbale contestato o notificato devono essere indicate le modalità di pagamento, con il richiamo delle norme sui versamenti in conto corrente postale, o, eventualmente, su quelli in conto corrente bancario, **ovvero mediante strumenti di pagamento elettronico**.

2.1. Qualora l'agente accertatore sia munito di idonea apparecchiatura il conducente, in deroga a quanto previsto dal comma 2, è ammesso ad effettuare immediatamente, nelle mani dell'agente accertatore medesimo, il pagamento mediante strumenti di pagamento elettronico, nella misura ridotta di cui al secondo periodo del comma 1. L'agente trasmette il verbale al proprio comando o ufficio e rilascia al trasgressore una ricevuta della somma riscossa, facendo menzione del pagamento nella copia del verbale che consegna al trasgressore medesimo.

2 bis. In deroga a quanto previsto dal comma 2, quando la violazione degli articoli 142, commi 9 e 9 bis, 148, 167, in tutte le ipotesi di eccedenza del carico superiore al 10 per cento della massa complessiva a pieno carico, 174, commi 5, 6 e 7, e 178, commi 5, 6 e 7, è commessa da un conducente titolare di patente di guida di categoria C, C+E, D o D+E nell'esercizio dell'attività di autotrasporto di persone o cose, il conducente è ammesso ad effettuare immediatamente, nelle mani dell'agente accertatore, il pagamento in misura ridotta di cui al comma 1. L'agente trasmette al proprio comando o ufficio il verbale e la somma riscossa e ne rilascia ricevuta al trasgressore, facendo menzione del pagamento nella copia del verbale che consegna al trasgressore medesimo ⁽⁹⁾. **Qualora l'agente accertatore sia dotato di idonea apparecchiatura, il conducente può effettuare il pagamento anche mediante strumenti di pagamento elettronico.**

2 ter. Qualora il trasgressore non si avvalga della facoltà di cui al comma 2 bis, è tenuto a versare all'agente accertatore, a titolo di cauzione, una somma pari **al minimo** ⁽¹⁰⁾ della sanzione pecuniaria prevista per la violazione. Del versamento della cauzione è fatta menzione nel verbale di contestazione della violazione. La cauzione è versata al comando o ufficio da cui l'agente accertatore dipende ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Comma aggiunto dall'art. 37, l. 29 luglio 2010, n. 120 (modifiche in vigore dal 13 agosto 2010).

⁽¹⁰⁾ Nella versione antecedente alle modifiche apportate dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, era previsto il versamento di una somma «pari alla metà del massimo della sanzione pecuniaria prevista per la violazione».

⁽¹¹⁾ Comma aggiunto dall'art. 37, l. 29 luglio 2010, n. 120 (modifiche in vigore dal 13 agosto 2010).

2-quater. *In mancanza del versamento della cauzione di cui al comma 2 ter, è disposto il fermo amministrativo del veicolo fino a quando non sia stato adempiuto il predetto onere e, comunque, per un periodo non superiore a sessanta giorni. Il veicolo sottoposto a fermo amministrativo è affidato in custodia, a spese del responsabile della violazione, ad uno dei soggetti individuati ai sensi del comma 1 dell'art. 214 bis* ⁽¹²⁾.

3. *Il pagamento in misura ridotta non è consentito quando il trasgressore non abbia ottemperato all'invito a fermarsi ovvero, trattandosi di conducente di veicolo a motore, si sia rifiutato di esibire il documento di circolazione, la patente di guida o qualsiasi altro documento che, ai sensi delle presenti norme, deve avere con sé: in tal caso il verbale di contestazione della violazione deve essere trasmesso al prefetto entro 10 giorni dall'identificazione* ⁽¹³⁾.

3 bis. *Il pagamento in misura ridotta non è inoltre consentito per le violazioni previste dagli articoli 83, comma 6; 88, comma 3; 97, comma 9; 100, comma 12; 113, comma 5; 114, comma 7; 116, comma 13; 124, comma 4; 136, comma 6; 168, comma 8; 176, comma 19; 216, comma 6; 217, comma 6; 218, comma 6. Per tali violazioni il verbale di contestazione è trasmesso al prefetto del luogo della commessa violazione entro dieci giorni* ⁽¹⁴⁾.

Si sottolinea che l'art. 20 della legge di conversione del d.l. 69/2013, con il comma 5 bis, va a motivare le modifiche apportate all'articolo 202 c.d.s., come segue: **«Al fine di garantire l'efficacia del sistema sanzionatorio relativo alle violazioni del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e l'effettiva disponibilità delle risorse destinate al finanziamento dei programmi annuali di attuazione del Piano nazionale della sicurezza stradale, di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo...»**.

A seguire, ai commi 5 ter e 5 quater, viene così disposto:

5 ter. **Il Ministero dell'Interno, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, promuove la stipulazione di convenzioni con banche, con la società Poste italiane Spa e con altri intermediari finanziari al fine di favorire, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, la diffusione dei pagamenti mediante strumenti di pagamento elettronico previsti dall'art. 202 del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, come da ultimo modificato dal comma 5 bis del presente articolo.**

5-quater. **Con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti,**

⁽¹²⁾ *Ibidem.*

⁽¹³⁾ Comma modificato dall'art. 104 d.lgs. 10 settembre 1993, n. 360.

⁽¹⁴⁾ Comma aggiunto dall'art. 23 d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507.

dell'economia e delle finanze e per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sono disciplinate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, le procedure per la notificazione dei verbali di accertamento delle violazioni del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, tramite posta elettronica certificata nei confronti dei soggetti abilitati all'utilizzo della posta medesima, escludendo l'addebito delle spese di notificazione a carico di questi ultimi.

2. Riforma dell'art. 202 del codice della strada e problemi applicativi.

Come possiamo notare, dal 21 agosto 2013, per effetto delle modificazioni e integrazioni apportate dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, il trasgressore, ovvero l'eventuale responsabile in via solidale, di una violazione del codice della strada ha la possibilità di addivenire al pagamento agevolato con la riduzione del 30% calcolato sul minimo edittale della sanzione amministrativa pecuniaria prevista per la specifica violazione.

La riduzione del 30% spetta, in dettaglio, nel caso in cui all'interessato sia contestata immediatamente la violazione, mediante rilascio di copia del verbale, entro cinque giorni dalla contestazione o, nel caso in cui l'interessato riceva il verbale, mediante notificazione a mezzo posta, entro 5 giorni dal ricevimento dell'atto.

Tuttavia, per usufruire della riduzione del 30% sulle sanzioni amministrative pecuniarie, non basta che si paghi entro cinque giorni dalla contestazione o dalla notifica, in altri termini tale condizione richiesta dall'art. 202 c.d.s. riformato non è l'unica. Infatti, occorre, come già evidenziato in premessa, che l'infrazione commessa non comporti né la sospensione della patente né la confisca del veicolo ⁽¹⁵⁾.

Restano altresì escluse dal beneficio le sanzioni pecuniarie penali (per esempio quelle per guida in stato di ebbrezza media e grave, cioè quando il tasso alcolemico supera gli 0,8 grammi/litro) e quelle per le quali è escluso il pagamento in misura ridotta (come la circolazione contromano e l'inversione su autostrade e strade extraurbane principali).

In caso di circolazione in violazione dell'obbligo di copertura assicurativa, di cui all'art. 193, comma 2 c.d.s., il trasgressore può usufruire del beneficio dello sconto, solo se entro 60 giorni dalla contestazione del verbale stipuli una valida polizza assicurativa.

⁽¹⁵⁾ Sull'argomento, per chiarimenti, v. la circolare del Ministero dell'Interno n. 300/A/7065/13/101/20/21/1 del 16 settembre 2013, ai punti 2. e 3., consultabile in www.piemmenews.it.

In caso contrario, invece il veicolo è oggetto di confisca amministrativa e la sanzione pagata con lo sconto non ha effetto sull'estinzione dell'obbligo di pagamento della sanzione pecuniaria. Nel caso ulteriore previsto dall'articolo 193, comma 3 c.d.s., cioè di scadenza della copertura assicurativa da meno di 30 giorni o di rottamazione del veicolo entro i 30 giorni successivi all'accertamento, lo sconto del 30% si applica sulla somma dovuta già ridotta a un quarto, sempre se il pagamento avvenga nel limite dei cinque giorni ed entro 30 venga riattivata la copertura assicurativa ⁽¹⁶⁾.

Il Ministero dell'Interno ⁽¹⁷⁾, prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge di conversione del c.d. *Decreto del fare*, sostanzialmente con due circolari ⁽¹⁸⁾ ha fornito le prime indicazioni operative per applicare le modifiche al codice della strada e, in particolare, le innovazioni sul pagamento delle sanzioni amministrative.

Il primo punto di entrambe le predette circolari riguarda proprio la riduzione del 30% ⁽¹⁹⁾ per chi paga le sanzioni pecuniarie amministrative entro cinque giorni dalla contestazione o dalla notifica del verbale. A tale proposito, come già sottolineato ⁽²⁰⁾, il Ministero dell'Interno ⁽²¹⁾ ci ha fornito dei chiarimenti importanti, rammentando che il termine dei cinque giorni decorre dal giorno successivo la contestazione su strada, ad esempio, nel caso di un verbale redatto e contestato il 21 agosto 2013, il termine utile per usufruire del pagamento agevolato cade il giorno 26 agosto 2013 e se cade in un giorno festivo, il termine si sposta al primo giorno feriale successivo. Si può comunque pagare anche il giorno stesso della contestazione.

In caso di notificazione a mezzo posta del verbale, quando il destinatario risulta assente, il computo dei cinque giorni decorre dall'undicesimo giorno successivo a quello in cui gli viene spedita la comunicazione di

⁽¹⁶⁾ Sull'argomento v. chiarimenti forniti dalla circolare del Ministero dell'Interno n. 300/A/7065/13/101/20/21/1 del 16 settembre 2013, al punto 1., consultabile in www.piemmenews.it.

⁽¹⁷⁾ Dipartimento della Pubblica Sicurezza Direzione Centrale per la Polizia Stradale, Ferroviaria e delle Comunicazioni e per i reparti speciali della Polizia di Stato Servizio Polizia Stradale.

⁽¹⁸⁾ N. 300/A/6333/13/101/20/21/1 del 12 agosto 2013 e n. 300/A/6399/13/101/20/21/1 del 19 agosto 2013, consultabili entrambe in www.piemmenews.it.

⁽¹⁹⁾ «Vale a dire: sanzione al minimo edittale – 30%= somma da versare entro 5 giorni per estinguere il procedimento amministrativo», così come specificato nella nota n. 1 di entrambe le circolari del Ministero dell'Interno indicate nella nota (18) del presente lavoro.

⁽²⁰⁾ CAPRINO, *Lo sconto del 30% sulle multe parte senza card e bancomat*, in *Il Sole 24 ore* del 21 agosto 2013.

⁽²¹⁾ V. nota n. 6 di entrambe le circolari del Ministero dell'Interno indicate nella nota 18 del presente lavoro.

avvenuto deposito (c.d. cad ⁽²²⁾), sempreché l'interessato non ritiri l'atto prima del termine dei dieci giorni della compiuta giacenza presso l'ufficio postale.

Nel caso di irreperibilità del destinatario e quindi di notificazione tramite esposizione presso la Casa Comunale, i cinque giorni previsti per il pagamento in misura agevolata del 30% decorrono dopo dieci giorni dalla spedizione della raccomandata di avviso, o dalla data di ritiro del plico se anteriore, quando il verbale è depositato ai sensi dell'art. 140 c.p.c., ovvero dopo 20 giorni se depositato ai sensi dell'art. 143 c.p.c.

Pertanto la legge in argomento richiede, per beneficiare dello sconto, che la multa sia notificata o contestata al trasgressore. Perplessità sono di conseguenza sorte relativamente al verbale lasciato sul parabrezza (o preavviso), proprio perché la norma, non prevedendo l'agevolazione dello sconto per questo caso, automaticamente sembrerebbe escluderla.

E proprio per questo motivo qualche comando di polizia, in un primo momento, ha trovato difficoltà ad applicare la riforma anche al preavviso e ha deciso di attendere che sul punto si pronunciasse per chiarimenti il Ministero dell'Interno.

Tuttavia, la logica vuole che, anche in questo caso, la norma più favorevole venga applicata.

In realtà, se condizione necessaria per usufruire dello sconto è l'avvenuta notifica del verbale, per il preavviso verrebbe meno il concreto beneficio dello sconto. Tuttavia, considerato che la norma ammette al pagamento agevolato con la riduzione del 30% entro 5 giorni dalla data di contestazione o di notifica del verbale, come sarebbe possibile non estendere tale beneficio a chi intendesse pagare nella fase precedente la notifica?

E proprio per questo già la maggior parte dei comandi di polizia ha fornito l'indicazione di concedere lo sconto anche per il preavviso, nel pieno rispetto della *ratio* che ha animato la modifica dell'art. 202 c.d.s. e, in tal senso, si è ritenuto di dover procedere, pur in assenza di una diversa interpretazione da parte del Ministero dell'Interno, che sul punto non si è pronunciato.

A tale proposito, facciamo infatti l'esempio della violazione di un divieto di sosta, la cui relativa sanzione pecuniaria in misura ridotta ammonta ad € 41,00, che può essere pagata nei dieci giorni successivi alla data di accertamento del verbale senza l'aggravio delle spese di

⁽²²⁾ La c.d. cad è la comunicazione inviata dalle Poste subito dopo il mancato recapito, che precede la raccomandata in cui si informa dell'avvenuta notifica per compiuta giacenza, che si perfeziona, per l'appunto, dopo dieci giorni di deposito del plico presso l'ufficio postale, in base all'art. 8 della l. 20 novembre 1982, n. 890, pubblicata in G.U., 4 dicembre 1982, n. 334.

notifica. Il Comando impiega risorse umane per ricerche relative all'individuazione del proprietario, sostiene spese per visure presso i pubblici registri automobilistici, spese per la notificazione dell'atto, che deve avvenire entro 90 giorni dalla data di accertamento della violazione, ai sensi dell'art. 201 c.d.s. e attendere, per incassare il *quantum* dovuto con l'agevolazione dello sconto, ulteriori 5 giorni dalla data di notificazione del verbale.

In questo modo trascorrerebbero alcuni mesi dalla data di accertamento della violazione e, se poi si verifica il caso in cui il proprietario risulti al portalettere 'trasferito', 'sconosciuto' o 'irreperibile' o venga comunicato al Comando il nominativo di un proprietario diverso, si riaprirebbero i tempi (ulteriori novanta giorni da quando la pubblica amministrazione venga messa nella condizione di conoscere il nominativo dell'intestatario del veicolo ⁽²³⁾) per procedere alla notificazione dell'atto al nuovo indirizzo conosciuto o al nuovo proprietario.

Attivando il contenuto della nuova norma fin dalla fase del preavviso, l'utente avrebbe effettivamente il 30% di sconto, in quanto l'importo agevolato nella fattispecie in esame (esempio del divieto di sosta) ammonterebbe ad € 28,70 e il Comune incasserebbe subito.

Si sottolinea che la riduzione del 30% si applica solo sulla sanzione prevista dal codice della strada, quindi non sulle spese di notifica. L'importo non è stato arrotondato, a differenza di quanto accade con l'aumento biennale ⁽²⁴⁾ ex art. 195, comma 3 c.d.s. ⁽²⁵⁾.

Qualora l'interessato non si avvalga del pagamento agevolato della riduzione della sanzione del 30% nei termini sopra indicati, potrà comunque provvedere al pagamento in misura ridotta della sanzione, corrispondente al minimo edittale previsto per la specifica violazione, dal sesto al sessantesimo giorno dalla contestazione o dalla notificazione a mezzo posta del verbale.

Comunque, nella fase di prima applicazione delle nuove disposizioni

⁽²³⁾ Si consulti l'art. 201, comma 1-bis, c.d.s.

⁽²⁴⁾ Nel caso dell'aumento biennale delle sanzioni amministrative pecuniarie si provvede all'arrotondamento all'unità di euro, per eccesso se la frazione decimale è pari o superiore a 50 centesimi di euro, ovvero per difetto se inferiore a detto limite.

⁽²⁵⁾ Art. 195, comma 3 c.d.s.: «La misura delle sanzioni amministrative pecuniarie è aggiornata ogni due anni in misura pari all'intera variazione, accertata dall'ISTAT, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati (media nazionale) verificatasi nei due anni precedenti. All'uopo, entro il 1° dicembre di ogni biennio, il Ministro di grazia e giustizia, di concerto con i Ministri del tesoro, dei lavori pubblici, dei trasporti e per i problemi delle aree urbane, fissa, seguendo i criteri di cui sopra, i nuovi limiti delle sanzioni amministrative pecuniarie, che si applicano dal 1° gennaio dell'anno successivo. Tali limiti possono superare quelli massimi di cui al comma 1».

tutti i comandi di polizia si sono trovati a predisporre i nuovi bollettini, a seconda dei casi, compilati a mano dagli agenti.

Inoltre, nelle more della ristampa dei verbali destinati alla contestazione immediata, che riporteranno le necessarie indicazioni e avvertenze aggiornate, il personale operante deve inserire a mano nei verbali, in modo chiaro e leggibile, anche l'indicazione dell'importo del pagamento agevolato, ridotto del 30%, quando consentito, così come l'indicazione del minimo edittale da versare dal sesto al sessantesimo giorno dalla contestazione della violazione.

Ovviamente, sarà cura dell'agente spiegare correttamente al trasgressore e/o obbligato in solido che il beneficio è stato applicato e le modalità con le quali l'interessato potrà accedervi.

Ove non sia ammesso il pagamento in misura ridotta, si continuerà a non inserire nei verbali l'indicazione della somma da pagare, indicando tale impossibilità ⁽²⁶⁾; ove il pagamento in misura ridotta sia ammesso, ma non possa essere applicata la riduzione del 30% perché la violazione prevede la sospensione della patente di guida, l'agente riporterà la sintetica informazione «riduzione del 30% non ammessa», onde evitare che l'interessato vada ad applicare la riduzione sull'erronea supposizione di essere legittimato a fruire del beneficio.

Ci si è posti il quesito se con la modifica dell'art. 202 c.d.s. la somma sulla quale si vada a richiedere la rateizzazione ⁽²⁷⁾ sia quella ridotta del 30%, ovvero rimanga il minimo edittale ordinario, anche se la richiesta di rateizzazione sia effettuata entro 5 giorni dalla contestazione o notificazione del verbale. La risposta ci è stata fornita dal Ministero dell'Interno ⁽²⁸⁾: «Il pagamento con lo sconto del 30 per cento previsto dall'art. 202, comma 1, c.d.s., non è applicabile in caso di rateizzazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 202 *bis* c.d.s. Infatti, in tali casi, la stessa richiesta esclude la volontà di provvedere al pagamento immediato entro il termine di 5 giorni che, ai sensi della citata disposizione, costituisce il presupposto per l'applicazione del beneficio».

A tale proposito è da ritenersi infatti che la *ratio* della norma, peraltro annunciata espressamente nello stesso art. 20 della legge di conversione del d.l. 69/2013, sia incoerente con l'istituto della rateizzazione, che è

⁽²⁶⁾ V. art. 202, commi 3 e 3-*bis*, o art. 210, comma 3.

⁽²⁷⁾ L'istituto della rateizzazione è disciplinato dall'art. 202-*bis* c.d.s., introdotto dalla l. 29 luglio 2010, n. 120, pubblicata in G.U. 29 luglio 2010, n.175, suppl. ord. n. 171, che al comma 1 dispone che «I soggetti tenuti al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria per una o più violazioni accertate contestualmente con uno stesso verbale, di importo superiore a 200 euro, che versino in condizioni economiche disagiate, possono richiedere la ripartizione del pagamento in rate mensili».

⁽²⁸⁾ V. circolare n. 300/A/7065/13/101/20/21/1 del 16 settembre 2013, al punto 4., consultabile in www.piemmenews.it.

teso a dilazionare e peraltro ad allontanare nel tempo il momento del pagamento. Al contrario, la misura adottata con la riforma dell'art. 202 c.d.s. punta in sostanza, alleggerendo il carico della sanzione, ad incentivarne il pagamento in tempi brevi, rendendolo più conveniente.

La nuova normativa ha introdotto anche la possibilità di effettuare immediatamente il pagamento agevolato nelle mani dello stesso agente accertatore (pagamento *brevi manu*) con carta di credito o bancomat, ma per questo è necessario che la pattuglia su strada sia munita del collegamento di idonea apparecchiatura (*Pont Of Sale - POS*).

Stante l'attuale indisponibilità, da parte di quasi tutti i comandi di polizia, di detta strumentazione, ad eccezione di qualche comando di polizia stradale, non è possibile, al momento, ammettere il trasgressore a tale modalità di pagamento. In ogni caso, permangono i soliti canali di pagamento, poste, banca, e, in alcuni casi, ricevitorie Sisal.

Infine la nuova normativa prevede che, entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, vengano disciplinate con apposito decreto interministeriale le procedure per la notificazione, tramite posta elettronica certificata, dei verbali di accertamento delle violazioni del codice della strada. In questo modo i soggetti abilitati all'utilizzo della posta certificata potranno evitare le spese di notificazione.

3. Considerazioni conclusive.

Vi è stato chi ⁽²⁹⁾ ha definito il decreto *Del fare* un «provvedimento-mostro», un «fritto misto» che va dalle semplificazioni al comitato permanente per la *spending review*, dallo sconto sulle multe al taglio degli stipendi dei dirigenti pubblici, dal lavoro alla giustizia.

In realtà si tratta di un corposo provvedimento, suddiviso in tre titoli recanti, rispettivamente, misure rivolte alla crescita, misure in materia di semplificazione e misure per l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso civile ⁽³⁰⁾.

Per le sanzioni amministrative pecuniarie si è parlato di cambiamenti relativi ai tempi, alle cifre da pagare e alle procedure. Dello sconto possono beneficiare tutti gli automobilisti, indipendentemente dal numero di punti sulla patente e dall'esperienza, quindi anche i neopatentati. Chi non volesse avvalersi di questa possibilità (ovviamente laddove consentita), potrà comunque pagare nella misura del minimo edittale dal sesto al sessantesimo giorno dalla notifica o contestazione.

⁽²⁹⁾ CORRAO, *Manager, multe, cantieri: è la legge del Fare*, in *Il messaggero*, 10 agosto 2013.

⁽³⁰⁾ Si consulti sull'argomento CHINÈ, *Un mese in 5 minuti*, in *Dir. e prat. amm. va*, 7/8, 2013.

Ad ogni modo, una volta pagata una sanzione con o senza sconto, viene meno il diritto a presentare ricorso al giudice di pace o al prefetto.

La logica della riduzione è spingere il trasgressore a sanare immediatamente, permettendo alle amministrazioni locali di incassare subito, evitando così spreco di denaro, tempo e risorse umane per attività che vanno da quanto è richiesto per la notificazione dei verbali, gestione del contenzioso al prefetto e avanti al giudice di pace fino all'iter previsto per l'iscrizione a ruolo in caso di mancato pagamento. Ciò anche nell'interesse del cittadino, che mediante il pagamento agevolato, ottiene l'estinzione immediata della procedura sanzionatoria a suo carico ⁽³¹⁾.

È all'evidenza che le problematiche di carattere operativo non sono mancate, atteso che la legge in argomento è entrata in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione. Di conseguenza si è trattato di una modifica che ha reso necessario un complesso adeguamento del sistema informativo per la gestione dei verbali e dei pagamenti, adeguamento che non è stato possibile avviare prima di avere certezza del testo definitivo del provvedimento entrato in vigore.

E proprio per questo sono state particolarmente utili le prime linee guida fornite dal Ministero dell'Interno, anche se non hanno tardato ad arrivare le prime perplessità circa il fatto che lo sconto potrebbe vedere diminuite le risorse incassate e, comunque, ancora non possono trarsi conclusioni. In ogni caso bisognerà aspettare per avere riscontri al riguardo, perché pagare di meno potrebbe far aumentare la percentuale di chi salda le sanzioni, con conseguente eliminazione di contenzioso e pratiche iscritte a ruolo.

Indubbiamente in tempi di recessione, non si può non tenere conto delle difficoltà economiche che stanno attraversando sia privati cittadini che imprenditori.

È proprio il caso di affermare che le opinioni pubbliche sono sempre più allarmate per l'incubo di recessione, disoccupazione, tasse crescenti, calo dei redditi e dei risparmi.

Ed è in tale contesto socio-economico che il legislatore attuale ha mostrato maggiore flessibilità nelle procedure di riscossione dei verbali di accertate violazioni del codice della strada.

Tutto questo sta a significare che allo stato odierno, la pretesa creditoria, dovendo fare i conti con le crescenti difficoltà economiche che vivono i cittadini, non possa che agire con cautela e, soprattutto, secondo ragionevolezza.

STEFANIA TUCCANI

⁽³¹⁾ V. sull'argomento MATTIELLO, *Multe con sconto del 30%: le novità del decreto del fare*, in *www.altalex.com*.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – sent. 7 gennaio 2014
– Cusan e Fazzo c. Italia – *Requête* n. 77/07

Tutela della vita privata e familiare – Cognome del figlio matrimoniale – Non discriminazione nella trasmissione del cognome

Rientrando la scelta del nome del figlio nella sfera privata dei genitori, alla pari del diritto del figlio al nome, quale strumento di identificazione personale e di collegamento ad una stirpe, viola gli artt. 8 e 14 della Convenzione la legislazione, ispirata alla tradizione di manifestare l'unità della famiglia attraverso l'attribuzione a tutti i suoi membri del cognome del marito, che discrimina la donna impedendo che sia trasmesso il suo cognome ai figli, pur quando sussista accordo tra i genitori. Il pregiudizio non è escluso dalla possibilità di aggiungere il cognome materno a quello paterno originariamente attribuito con decreto prefettizio, in quanto dipendente dalla discrezionalità amministrativa e comunque inidoneo ad eliminare il pregiudizio. La Corte ritiene che sia necessario adottare riforme nella legislazione e nella prassi italiane, al fine di assicurare il rispetto della decisione e della Convenzione (1).

(1) Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma

SOMMARIO: 1. *Oggetto del giudizio e precedenti nella giurisprudenza statale.* – 2. *Il cognome dei figli matrimoniali e non matrimoniali nella riforma.* – 3. *Il panorama europeo.* – 4. *Prospettive di riforma.*

1. La vicenda familiare oggetto della domanda interessa da oltre un decennio la giurisprudenza interna, sia di merito che di legittimità e costituzionale, ed ha destato vasta attenzione in dottrina: all'origine del contendere si pone il rifiuto delle autorità italiane di accogliere la concorde richiesta di due coniugi milanesi di attribuire alla propria figlia il solo cognome materno, fin dalla formazione dell'atto di nascita.

Ricevuto il rifiuto dell'ufficiale di stato civile, i genitori proponevano azione di rettificazione dell'atto di nascita della propria figlia minore nel senso che le fosse imposto il cognome materno in luogo di quello paterno, ma tanto il Tribunale di Milano che la Corte d'Appello territoriale rigettavano la domanda, in applicazione della norma consuetudinaria⁽¹⁾, saldamente radicata nella coscienza sociale, che impone la trasmissione del cognome paterno ai figli di genitori coniugati.

La Corte di Cassazione⁽²⁾ interessata del gravame sollevava invece questione di legittimità della disposizione, da intendersi desumibile e presupposta dall'art. 237, secondo comma c.c., col porre tra gli elementi costitutivi del possesso di stato l'aver portato sempre il cognome del padre che si pretende di avere, dall'art. 262 sul cognome del figlio non matrimoniale riconosciuto contestualmente dai genitori, dall'art. 299 c.c. che attribuisce all'adottato maggiorenne il cognome del padre, e dagli art. 72, primo comma 1, R.D. n. 1239 del 1939, e art. 34, primo comma, D.P.R. 396 del 2000 contenenti Regolamento dello stato civile, che vietano di imporre al figlio lo stesso nome del padre vivente allo scopo di evitare omonimie, presupponendosi che ne porti anche il cognome. Nello stesso senso, ed in considerazione della parificazione al figlio legittimo, deporrebbe l'art. 33, comma 1, del citato D.P.R., che attribuisce al figlio legittimato, salva l'opzione esercitabile dal soggetto maggiorenne, il cognome del padre.

Ad avviso della prima sezione della Cassazione, tale norma di sistema si sarebbe posta in contrasto con gli artt. 2, 3 e 39 Cost. perché lesiva del diritto all'identità personale e al nome, nonché del principio di eguaglianza e pari dignità dei genitori, rispetto ai quali ha carattere gravemente discriminatorio l'inderogabilità del patronimico. Sostanzialmente analoga la posizione espressa nello stesso anno della giurisprudenza amministrativa, che in sede di apprezzamento della legittimità del diniego di aggiunta del cognome materno aveva definito la regola della riconoscibilità dell'individuo attraverso il solo cognome paterno una «scelta legislativa contingente e modificabile»⁽³⁾.

⁽¹⁾ App. Milano, 4 giugno 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, 175 ss., con nota di FIGONE, *Sull'attribuzione del cognome del figlio legittimo*; Trib. Lucca, 1° ottobre 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1878 ss., aveva sollevato questione di legittimità costituzionale della disposizione consuetudinaria *contra legem*; Trib. Trento, 7 maggio 1987, in *Dir. fam. e pers.*, 1988, 102; Trib. Lucca, 9 ottobre 1987, *ibidem*, 107 ss.

⁽²⁾ Cass., sez. I, ord. 17 luglio 2004, n. 13298, in *Guida al dir.*, 2004, 31, 32 ss. con nota di FINOCCHIARO, *Se il figlio prende anche il nome della madre situazione ingovernabile in poche generazioni*; in *Fam. e dir.*, 2004, 457 ss., con nota di CARBONE, *Quale futuro per il cognome?*

⁽³⁾ Cons. Stato, 27 aprile 2004, n. 2572, in *Giur. it.*, 2004, 2177; in *Vita not.*, 2004, 907 ss.

La Corte Costituzionale⁽⁴⁾, pur apprezzando la questione alla stregua degli obblighi nascenti dall'adesione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e non mancando di censurare la regola quale retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, che affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, incompatibile tanto col principio di parità di cui agli artt. 3 e 30 Cost., quanto con le fonti internazionali pertinenti, aveva tuttavia rinunciato ad eliderne l'efficacia, per rimettere alla discrezionalità del legislatore la scelta tra le differenti opzioni praticabili, ed effettivamente ipotizzate da diversi progetti di legge⁽⁵⁾ sostanzialmente diretti ad eliminare l'obbligatorietà riconoscendo facoltà di scelta ai genitori o introducendo il doppio cognome cosiddetto patriarcale⁽⁶⁾.

Pur avendo ottenuto l'aggiunta del cognome materno con decreto del Prefetto di Milano, cui la competenza era stata trasferita con d.p.r. n.54 del 13 marzo 2012, in luogo di quella previgente del Ministro dell'Interno, i ricorrenti non abbandonavano le speranze, e introducevano ricorso presso la Corte di Strasburgo lamentando il permanere della violazione del proprio diritto di imporre ai figli il cognome materno, nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art.8 della Convenzione, e in attuazione del divieto di discriminazione di genere, di cui all'art 14. Non è infatti comunque possibile, in forza della legislazione vigente, imporre ai figli di genitori coniugati il solo cognome materno, fin dalla nascita, ma solo aggiungerlo, eventualmente ed all'esito di un procedimento amministrativo caratterizzato da discrezionalità, a quello, nativo, paterno.

Nel silenzio della riforma del 1975, e nonostante il rigetto di diverse questioni di costituzionalità, motivato dalla considerazione per cui l'innegabile limite all'uguaglianza tra i coniugi fosse giustificato dall'esigenza di salvaguardare l'unità della famiglia⁽⁷⁾, dopo l'apertura contenuta nella

⁽⁴⁾ Corte cost. 16 febbraio 2006, n. 61, in *Foro it.*, 2006, I, 1673 ss.; in *Giur. cost.*, 2006, 552, con nota di PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia: la Corte Costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*. V. anche NICCOLAI, *Il cognome familiare tra marito e moglie. Come è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell'uguaglianza*, *ibidem*, 558 ss.

⁽⁵⁾ Su cui v. DE CICCO, *La normative sul cognome e l'uguaglianza tra genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 960 ss.; Id., *Disciplina del cognome e principi costituzionali*, *ivi*, 1991, 191 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. CIERVO, *Dal cognome patriarcale al cognome "patriarcale"? Evoluzioni giurisprudenziali in tema di doppio cognome del minore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 153 ss.

⁽⁷⁾ Corte Cost., ord. 11 febbraio 1988, n. 176, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1811 ss.; Corte cost. (ord.), 19 maggio 1988, n. 586, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1649 ss. L'opinione trova anche di recente riscontro nelle pagine di DE SCRILLI, *Il cognome dei figli*, in COLLURA,

più recente decisione della Consulta, che non mancava di notare come le esigenze di unità della famiglia potessero essere salvaguardate da regole più rispettose del canone di cui agli artt. 3 e 30 Cost., la Corte di Cassazione ha inaugurato un nuovo orientamento, ispirato alla collaborazione con le Corti Europee, rimettendo alle Sezioni Unite la questione circa l'ammissibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina vigente, che consenta la trasmissione del cognome materno o di quello di entrambi i genitori allorché sussista una richiesta concorde in tal senso. Domanda la prima sezione «se possa essere adottata un'interpretazione della norma di sistema costituzionalmente orientata ovvero – se tale soluzione sia ritenuta esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa – la questione possa essere rimessa nuovamente alla Corte Costituzionale», proprio in considerazione dell'interpretazione della Corte di Strasburgo, assumendo a parametro di legittimità l'art. 117, comma 1, Cost, sul presupposto che, «con la ratifica del trattato di Lisbona di cui alla l. 2 agosto 2008, n. 130, si dovrebbe aprire la strada

LENTI, MANTOVANI, *Filiazione*, II, in ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, 2^a ed., Milano, 2012, 528 s., in considerazione della «coloritura pubblicistica» del concetto di unità della famiglia, di cui sarebbero «indici, tra l'altro, la mera rilevanza in negativo, ossia quale limite dell'eguaglianza dei coniugi, della predetta unità, e la considerazione di ordine generale per cui un'unità che la legge (quindi un atto sovrano, generale ed astratto) si propone di garantire, appunto, con limiti predeterminati, alla comunità più naturale, intima ed irripetibile fra le comunità, non può che investire l'esclusiva proiezione esterna della medesima, ossia il suo manifestarsi e rapportarsi alla società. La pari dignità giuridica dei coniugi verrebbe limitata per assicurare, già sotto il profilo del cognome, l'unitaria percezione della compagine familiare cui, tra l'altro, ricondurre notevoli vantaggi di ordine pubblico, visto che il patronimico si è tramandato nei secoli». L'opinione ha il proprio ascendente in PASSARELLI, *Diritti e doveri reciproci dei coniugi*, in CARRARO, OPPO e TRABUCCHI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1977, I, 1, 234, giustificava la mancata esplicita previsione codicistica in considerazione dell'immanenza dell'obbligo del cognome paterno al concetto stesso di unità familiare; la regola è ovvia e indiscutibile anche per CATTANEO, *Filiazione legittima*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1988, 24 ss., nonché ID., *Il cognome della moglie e dei figli*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 693 ss. Negli stessi termini DELL'ONGARO, *Ancora sul nome della famiglia e sul principio della parità*, in *Dir. famiglia persone*, 1988, 1583 ss., secondo cui l'art. 29, comma 2, Cost., assicura al principio di unità familiare tale preminenza che «non si accontenta che esso sia favorito o difeso, ma vuole che sia addirittura garantito e di conseguenza riceva, anche a costo di veder infranto il rapporto di eguaglianza tra coniugi, il massimo della protezione possibile». L'opinione di GIACOBBE, *Le persone e la famiglia*, Torino, 2011, 652, si incentra, invece, sulla considerazione per cui le ragioni che fondano l'attribuzione del cognome materno al figlio non matrimoniale riconosciuto dalla sola genitrice non sono spendibili nella filiazione in matrimonio, «laddove, all'opposto, sono le ragioni che militano a favore dell'attribuzione al figlio legittimo del *nom de famille*, ad aver suggerito al legislatore – anche della riforma – di adottare soluzione analoga anche per il figlio naturale contemporaneamente riconosciuto da entrambi i genitori».

all'applicazione diretta delle norme del trattato stesso e di quelle alle quali il trattato fa rinvio e, comunque, al controllo di costituzionalità che, anche nei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, non può essere escluso: a) quando la legge interna è diretta ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza dei trattati della comunità in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi, b) quando venga in rilievo il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona, c) quando si ravvisa un contrasto fra norma interna e direttiva comunitaria non dotata di efficacia diretta»⁽⁸⁾.

La rinuncia all'azione ha escluso la statuizione delle Sezioni Unite da più parti attesa, ma proprio sulla derogabilità del patronimico in caso di accordo tra i genitori si accentra l'apprezzamento della ricevibilità del ricorso nel procedimento in oggetto: la Corte, concordando con quanto prospettato dai ricorrenti, ritiene che il cambiamento del cognome paterno originariamente attribuito, che realizzi l'aggiunta di quello materno per effetto di un provvedimento amministrativo, non determina il venir meno del pregiudizio lamentato, né assicura il rispetto degli artt. 8 e 14 della Convenzione, in quanto non consente l'attribuzione del solo matronimico, fin dalla costituzione dell'atto di nascita.

Non facendo mistero della consapevolezza che la propria decisione avrebbe orientato i giudici interni, né della novità della questione riguardo alla normativa italiana, la Corte richiama e rafforza il proprio costante orientamento in favore della «progressiva piena eliminazione di qualsiasi discriminazione tra padre e madre nella scelta del nome da imporre ai figli», a dispetto della tradizione di manifestare l'unità della famiglia attraverso l'obbligatoria trasmissione del cognome paterno, che al contrario realizza il differente trattamento di due situazioni identiche – quelle dei genitori coniugati nell'esercizio della facoltà di scelta del nome da attribuire ai propri figli – consentendo all'uno e non all'altra l'attribuzione al figlio del proprio cognome di famiglia.

La pronuncia travolge in questi termini l'inderogabilità della regola del patronimico, in quanto eccessivamente rigida e discriminatoria verso le donne, sebbene ne riconosca l'utilità pratica, e si rafforza attraverso l'apprezzamento del sostanziale isolamento della disciplina nostrana

⁽⁸⁾ Cass., sez. I, ord. 22 settembre 2008, n. 23934, in *Famiglia e diritto*, 2008, 1093, con nota di BUGETTI, *Attribuzione del cognome e principi costituzionali*; in *Dir. famiglia persone*, 2009, 1075 ss., con nota di ALCURI, *L'attribuzione del cognome materno al vaglio delle Sez. Un. della S.C.*; in *Corriere giur.*, 2009, 489 ss., con nota di AUTORINO STANZIONE, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa*. Cfr. anche, in termini critici, DONATI, *La cognominazione dei figli legittimi da parte della madre*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 341 ss.

rispetto a quelle vigenti negli altri Stati aderenti, aperte alla scelta concorde dei genitori, coniugati o meno, circa il cognome dei figli ed, eventualmente, di quello familiare.

La prospettiva sull'evoluzione delle legislazioni statali nel loro complesso, e non soltanto di quella denunciata, vale nell'apprezzamento della Corte a misurare la ragionevolezza del margine di discrezionalità riconosciuto dagli artt. 8 e 14 agli Stati nell'introduzione di un trattamento differenziato per talune situazioni protette dalla Convenzione, ma solo allorché sussista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi prescelti e lo scopo perseguito, da valutarsi anch'esso «alla luce dei principi generalmente prevalenti nelle società democratiche»⁽⁹⁾.

Riveste funzione determinante per l'esito del giudizio l'aver annoverato il nome tra gli aspetti della vita privata e familiare, quale strumento di identificazione personale e di collegamento ad una stirpe⁽¹⁰⁾, e l'attrazione della facoltà di scelta del nome da imporre ai figli alla sfera privata dei genitori⁽¹¹⁾, piuttosto che ad esclusive esigenze giuspubblicistiche di identificazione delle persone⁽¹²⁾: secondo il costante orienta-

⁽⁹⁾ Sull'applicazione del principio di proporzionalità «dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti», e sulla sua applicazione spesso appaiata a quello di ragionevolezza tanto nel giudizio di legittimità costituzionale che nel controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati Corte ad opera della Corte di Giustizia, cfr. da ultimo Corte Cost. 13 gennaio 2014, n. 1, in *www.giurcost.it*. Sull'applicazione del medesimo principio si fonda, nell'apprezzamento della Corte di Strasburgo, causa *S.H. c. Austria*, decisione del 1 aprile 2010, ricorso n. 51813/00, la condanna della legislazione austriaca in materia di fecondazione eterologa, e la successiva decisione nel senso opposto della Grande Chambre, 9 novembre 2001.

⁽¹⁰⁾ Sulla scorta dei precedenti specifici nei casi *Burghartz c. Svizzera*, ric. n.12163/90; *Stjerna c. Finlandia*, ric. n. 18131/91; *Ünal Tekeli c. Turchia*, ric. n. 29865/96; *Daróczy c. Ungheria* n. 44378/05, su cui cfr. FERRANDO, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Questa Rivista*, 2009, 1049 ss.; STEFANELLI, *Il nome delle persone tra padri, madri, Corti e Stati*, in CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, 147 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. *Guillot c. Francia*, ric. n.22500/93, *Salonen c. Finlandia*, ric. n.27868/95, *Johansson c. Finlandia*, ric. n. 10163/02.

⁽¹²⁾ Cfr. Trib. Novara, decr., 12 novembre 2009, in *www.novaraius.it*; Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *Güzel Erdagoz c. Turchia*, ricorso n. 37843/02; sulla lenta evoluzione da una lettura «pubblicistica», nella quale il nome rileva come strumento di identificazione dei consociati, ad una «sociale», che evidenzia nel nome l'appartenenza alla comunità familiare cfr. HONORATI, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali*, in Id., *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, 2010, 4. In questi termini anche Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, 1668 ss., per

mento della Corte, gli articoli 8 e 14 della Convenzione ostano al rifiuto dell'autorità nazionale all'aggiunta del cognome materno o comunque diverso da quello scelto come nome di famiglia, posto che il principio dell'unità della famiglia può essere realizzato anche in maniera diversa dalla trasmissione di un unico cognome⁽¹³⁾, seppure debbano essere attentamente vagliate le ragioni di interesse pubblico statale a limitare i nomi composti, pur utilizzati nei rapporti sociali⁽¹⁴⁾.

2. La pronuncia in commento costituisce un precedente di notevole rilievo, e di altrettanto prevedibile impatto, sulla disciplina italiana del cognome dei figli, che da tempo raccoglie la critica quasi unanime della dottrina ed alcune interessanti aperture della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e della giurisprudenza di merito, ma resta sconosciuta al legislatore della riforma, anche all'esito dell'approvazione della l. 219 del 19 dicembre 2012 sullo stato giuridico unitario dei figli, e del relativo decreto delegato, n. 154 del 28 dicembre 2013.

In particolare, l'intervento del decreto delegato sul testo dell'art. 262 c.c., dedicato al cognome del figlio nato fuori del matrimonio, si limita a chiarire la regola della precedenza del riconoscimento, esplicitando attraverso l'apprezzamento del cognome quale autonomo segno dell'identità personale⁽¹⁵⁾ il criterio al quale ancorare la scelta circa l'aggiunta,

cui il nome è « strumento identificativo della persona che, in quanto tale, costituisce parte essenziale ed irrinunciabile della personalità»; conforme C. Cost. 11 maggio 2001, n. 120, in *Giur. it.*, 2001, c. 2238 ss., e in dottrina CAROTA, *Il diritto al nome e all'immagine*, in SESTA e CUFFARO, *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 75 ss.; RICCI, *Il diritto al nome*, in FINOCCHIARO, *Diritto all'anonimato: anonimato, nome e identità personale*, Torino, 2008, 77 ss.

⁽¹³⁾ Caso *Burghartz c. Svizzera*, cit.

⁽¹⁴⁾ Caso *Rehlingen c. Germania*, 6 maggio 2008, n. 33572/02.

⁽¹⁵⁾ Si sostiene infatti che l'atto di nascita, nel determinare il nome, cognome e cittadinanza, arricchisce l'identità personale e determina l'individualità giuridica del nuovo soggetto: LENTI, *L'identità del minorenne*, in CINQUE, *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, Supplemento a *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 55 ss. Ritiene DONATI, *La cognominazione dei figli da parte della madre*, cit., *passim*, che l'art. 29 Cost. sia fondato su una visione pubblicistica della famiglia, sulla preminenza del marito, e che la cognominazione da parte del padre realizzi l'interesse dei figli ad essere riconosciuti socialmente come legittimi, oltre a "cognoscere" il proprio padre, "ciò che avviene mediante l'attribuzione del relativo *cognomen*". V. anche GUERRA, *Scelta genitoriale e tutela dell'identità della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 166 ss.; DI ROSA, *Attribuzione del nome e dignità della persona*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, 101 ss.; ZIINO, *Diritti della persona e diritto al (pre)nome - Riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 355; CIONTI, *Considerazioni sull'evoluzione del nome*, in *Riv. dir. in*

l'anteposizione o la sostituzione del cognome paterno con quello materno originariamente attribuito.

Nonostante tutti i figli siano uguali, godendo di identico *status* a prescindere dalle qualità personali dei genitori e dal relativo vincolo coniugale, ai sensi dei novellati artt. 315 e 315 *bis* c.c., non sono uguali i cognomi dei figli nati in matrimonio o fuori di esso: l'obbligatoria imposizione del cognome paterno, inderogabile per i figli matrimoniali, trova applicazione solo allorché i genitori non coniugati provvedano all'atto costitutivo dello *status* contemporaneamente, con dichiarazione ricevuta dall'Ufficiale di stato civile o dal direttore sanitario dell'ospedale in cui è avvenuto il parto, ma non è eccezionale che il figlio non matrimoniale porti inizialmente il solo cognome materno, per poi aggiungervi quello paterno in conseguenza del riconoscimento ritardato proprio allo scopo di consentire la cristallizzazione di tale segno identificativo, e di orientarne di conseguenza il mantenimento, secondo l'apprezzamento giudiziale dell'interesse del minore all'identità personale.

La decisione è rimessa all'ampia discrezionalità del giudice ordinario, competente *ex art.* 38, secondo comma, disp. att. c.p.c., nell'esercizio del «potere-dovere di prendere in esame ognuna delle soluzioni in detta disposizione previste, avendo riguardo all'unico criterio di riferimento dell'interesse del minore e con esclusione di qualsiasi automaticità nell'attribuzione del cognome, pure in ordine all'assunzione del patronimico»⁽¹⁶⁾. La previsione non è, in altri termini, in alcun modo ispirata all'esigenza di celare la nascita fuori del matrimonio attraverso l'assimilazione alla cognominazione dei figli di genitori coniugati, quanto invece alla tutela dell'interesse del figlio a conservare il cognome originario che sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale, ed in tal senso si dirige l'ascolto del minore dodicenne o comunque capace di

dustriale, 1990, 68 ss.; CLAUDIO, *Diritto al prenome e diritto alla scelta del prenome*, nota a Cass., 9 maggio 1981, n. 3060, in *Riv. giur. scuola*, 1985, 759 ss.; FINOCCHIARO, *Ancora sulla potestà dei genitori e sull'imposizione del prenome al neonato*, nota a Cass., 9 maggio 1981, n. 3060, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1226; NUZZO, *Nome (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 304; VISSALLI, *Sulla possibilità di imporre come secondo prenome quello del padre vivente*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 550 ss. Sull'ascrivibilità della scelta del nome del figlio alla responsabilità genitoriale cfr. DOSSETTI, *La disciplina del nome nella famiglia legittima ed il suo rapporto con il principio di eguaglianza tra i coniugi: la giurisprudenza italiana*, in HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale*, Milano, 2010, 34; così anche FINOCCHIARO, *Ancora sulla potestà dei genitori e sull'imposizione del prenome al neonato*, loc. cit., in dissenso con la tesi che ne ravvisa il fondamento nell'art. 144 c.c., come questione relativa all'indirizzo della vita familiare, da cui deriverebbe la tutelabilità attraverso l'esecuzione in forma specifica, dell'accordo intervenuto tra i genitori prima della nascita o del concepimento.

⁽¹⁶⁾ Cass., sez. I, 29 maggio 2009, n. 12670, in *Giust. civ.*, 2009, 1858 ss.

discernimento, introdotto dal nuovo terzo comma dell'art. 262 c.c.

Il descritto differente regime evidenzia un elemento critico e di conflitto con il pari statuto riconosciuto ai figli⁽¹⁷⁾, realizzando una disparità di trattamento di situazioni soggettive analoghe censurabile ai sensi dell'art. 3 e 30 Cost., distinta da quella, più strettamente attinente alla decisione in commento, che si suole rintracciare rispetto ai genitori, discriminati anch'essi per ragioni di genere ma unicamente ove siano coniugati, poiché il ritardato riconoscimento paterno finisce per realizzare, per le coppie non coniugate, quella facoltà di scelta che resta sempre preclusa ai coniugi.

L'obbligatoria trasmissione del cognome paterno è altresì incompatibile con disposizioni di ordine sopranazionale, apprezzabili nel sindacato di costituzionalità ex art. 117 Cost.: segnatamente, oltre gli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, assunti a parametro dalla decisione in commento, l'art. 16, comma 1, lettera g, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, ratificata con L. 132 del 14 marzo 1985; gli artt. 12 e 17 del Trattato CE, con riguardo alla discriminazione in base alla nazionalità realizzata dalla rettifica del cognome attribuito secondo la legge del Paese dell'Unione di cui il soggetto abbia (anche) la cittadinanza; la risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 27 settembre 1978, n. 376, e le raccomandazioni del Consiglio d'Europa del 28 aprile 1995, n. 1271, e del 18 marzo 1998, n. 1362.

Tanto fonda, in dottrina, la severa quanto condivisibile condanna dell'opzione accolta dal ordinamento nazionale, perché «decisamente datato e superato nel tempo odierno del pluricentrismo normativo e della tutela multilivello dei diritti»⁽¹⁸⁾.

3. La regola dell'obbligatoria imposizione del cognome paterno appare effettivamente avere, come rileva la Corte, una dimensione regionale ed isolata. Il *code civil* francese, artt. 311-21 e ss., riconosce ai genitori, in sede di simultanea dichiarazione di nascita, ed indipendentemente dal vincolo di coniugio tra gli stessi, la facoltà di scelta del cognome da attribuire al figlio, che sia quello del padre, quello della madre o entrambi, nell'ordine preferito. In difetto di scelta concorde, si trasmette

⁽¹⁷⁾ Cfr. BERNARDINI DE PACE, *La navigazione della legge 219/2012 tra scogli e nuovi orizzonti*, in CIPPITANI, STEFANELLI, *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-Mexico, 2013, 44 s.; TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 243 ss.; PALAZZO, *La filiazione*, 2ª ed., nel *Tratt. dir. civ. Cicu Messineo Mengoni Schlensinger*, Milano, 2013, 559 ss

⁽¹⁸⁾ TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, cit.

il cognome del genitore nei cui confronti la filiazione venga per primo stabilita, anche con accertamento giudiziale, ed il patronimico è regola sussidiaria solo nell'accertamento simultaneo. Il doppio cognome, o il mutamento di quello singolo originariamente attribuito, possono altresì derivare dalla dichiarazione congiunta successiva all'accertamento del secondo legame di filiazione, con il consenso necessario del minore che abbia compiuto i tredici anni. Il cognome prescelto per il primogenito si estende agli altri figli della coppia, ed identiche regole valgono anche per l'adozione di minorenni⁽¹⁹⁾.

Il BGB tedesco, §1616-1618 e § 1355 risolve la questione attraverso l'assegnazione ai figli del cognome coniugale (*Ehename*) prescelto dai genitori al tempo del matrimonio tra quelli delle famiglie di origine, ed eventualmente aggiunto ad essi. In difetto, ove la potestà spetta ad entrambi, i genitori possono, con dichiarazione resa all'Ufficiale di stato civile, assegnare ai figli il cognome paterno o quello materno; in difetto di accordo entro un mese dalla nascita del figlio, il Tribunale della famiglia (*Familiengericht*) assegna termine ad uno dei genitori per la scelta, e nella sua perdurante inerzia il figlio assume il cognome del costui. Se i genitori non portano alcun cognome coniugale, ovvero non sono coniugati e comunque allorché lo *status filiationis* sia stabilito nei confronti di uno solo dei genitori, il figlio riceve il cognome che porta tale genitore al momento della nascita del figlio (§1617a)⁽²⁰⁾.

Parzialmente difforme è l'opzione accolta dal codice civile elvetico, artt. 270 e 270a riformati con l. 30 settembre 2011, in vigore dal primo gennaio 2013, con la limitazione della scelta del cognome coniugale a quello di uno solo degli sposi o dei *partner* dell'unione domestica registrata, cognome che viene trasmesso ai relativi figli; la scelta può essere modificata entro l'anno dalla nascita del figlio, in favore del cognome di uno dei genitori. Al cambiamento, conseguente anche all'applicazione del diritto transitorio, deve consentire il minore dodicenne. La regola per il figlio di genitori non coniugati è il matronimico, con facoltà di derogare per accordo tra i genitori nei cui confronti sia stabilita la filiazione, entro il medesimo termine annuale; il padre a cui spetti esclusivamente l'autorità parentale ha identica facoltà di scelta.

⁽¹⁹⁾ Cfr., in termini critici avverso una «uguaglianza ad ogni costo», FURGHUELE, *Della recente novella al Code civil in tema di uguaglianza tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 413 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. su tale evoluzione CATTANEO, *Il cognome della moglie e dei figli*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 691 ss.; JAIME, *Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca (con spunti di diritto comparato)*, *ivi*, 1995, I, 73 ss.; ID., *Cognome e protezione dell'identità della persona (con particolare riguardo alla legislazione tedesca e con spunti di diritto internazionale privato)*, *ivi*, 1994, II, 853 ss.

Il matronimico vige in difetto di accordo ovvero qualora non sia accertata la paternità, e infine allorché il padre sia coniugato con donna diversa dalla madre, anche in Belgio, ai sensi dell'art. 335 c.c.

Nel Regno Unito, sono i genitori, investiti della *parental responsibility*, ad esercitare la potestà di scelta, attribuendo al figlio, in sede di dichiarazione della nascita ed a prescindere dall'eventuale loro *status* coniugale, il cognome del padre, della madre o di entrambi i genitori, ovvero anche un cognome diverso dal proprio. Una nuova registrazione è necessaria in caso di successivo matrimonio dei genitori. L'adozione o l'accertamento della filiazione producono, con l'accordo dei genitori ovvero per statuizione giudiziale, la modifica del cognome originario con la formazione di un nuovo atto di nascita.

L'art. 109 del *codigo civil* spagnolo ha introdotto, fin dal 1999, la regola del doppio cognome dei figli, derivato dal primo cognome di entrambi i genitori coniugati, nell'ordine deciso dal loro accordo. In difetto, è data precedenza al primo cognome paterno, con facoltà di modifica su istanza del figlio maggiorenne. Identica la cognominizzazione dei figli naturali, ove la filiazione sia stabilita nei confronti di entrambi i genitori, mentre nell'alternativa il figlio assume entrambi i cognomi del genitore che lo abbia riconosciuto. Analoghe disposizioni regolano l'attribuzione del cognome del figlio adottato da una coppia o da una persona singola. In Portogallo (art. 1875 c.c.) vige analoga disciplina, ma i cognomi possono essere anche quattro, due da ciascuno ramo genitoriale, ed i fratelli germani possono portare cognomi differenti⁽²¹⁾.

L'art. 1505 del codice civile greco accoglie l'opzione del cognome coniugale, da scegliersi per i coniugi e per i figli tra quelli portati da ciascuno degli sposi o nell'accostamento degli stessi, nella mancanza di accordo prevale il patronimico.

4. I ricorrenti, evidenziando il potere discrezionale riconosciuto all'amministrazione prefettizia in sede di apprezzamento delle ragioni che fondano la domanda di modifica del cognome, anche per aggiunta⁽²²⁾,

⁽²¹⁾ Analoga la disciplina dei Paesi latino americani, compreso il Brasile, rispetto al quale si legga la vicenda di una bambina, di cittadinanza italiana e brasiliana, alla quale spetta il doppio cognome paterno e materno, in forza dei principi fondamentali dei due ordinamenti statali e di quello comunitario secondo Trib. Lamezia Terme, decr. 25 gennaio 2010, in *Questa rivista*, 2010, 1043 ss., con nota di BOVA, *Il cognome del figlio legittimo con doppia cittadinanza: confronto tra l'ordinamento interno, il diritto sovranazionale e le legislazioni degli stati europei*. Sul mantenimento del doppio cognome attribuito secondo la legislazione di altro Stato cfr. da ultimo Cass., sez. I, 17 luglio 2013, n. 17462, in *Foro it.*, 2013, I, 2807 ss.; Circ. Min. Interno, 18 febbraio 2010, n. 4.

⁽²²⁾ Su cfr. TAR Liguria, 13 gennaio 2012, n. 57, in *Famiglia e diritto*, 2013, 379

domandavano alla Corte di invitare il Governo a introdurre le riforme legislative necessarie a garantire la parità tra i sessi e gli sposi.

In attuazione dell'art. 46 e secondo la riconosciuta consuetudine di identificare l'origine dell'inadempimento accertato nella legislazione nazionale, allo scopo di aiutare lo Stato contraente ad adottare la soluzione appropriata ed il Comitato dei Ministri dell'Unione a verificarne l'adeguamento alla sentenza sanzionatoria⁽²³⁾, la Corte non manca di rilevare come «debbono essere adottate nella legislazione o nella prassi italiana le riforme necessarie a rendere la legislazione e la prassi compatibili con le conclusioni cui è giunta questa decisione, assicurando il rispetto delle esigenze di cui agli artt. 8 e 14 della Convenzione», ed in sintesi per garantire l'eguaglianza tra i sessi e tra gli sposi rispetto alla trasmissione del cognome familiare ai figli.

L'ampia eco della decisione sembra aver impresso una sensibile accelerazione al processo di innovazione della disciplina, che ha visto pendere all'esame delle Camere, nelle ultime Legislature, numerosi progetti di iniziativa parlamentare, sui quali non si è registrata alcuna sostanziale convergenza. Il Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2014

ss.; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 21 febbraio 2011, n. 283, in *Leggi d'Italia Banche dati* 2011; Trib. Varese, 23 luglio 2010, in *Famiglia e diritto*, 2011, 161 ss.; Trib. Milano, sez. I, 12 gennaio 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 917 ss.; Cons. St., sez. IV, 5 febbraio 2009, n. 668, in *Leggi d'Italia Banche dati* 2009; Cons. St., sez. IV, 26 giugno 2002, n. 3533, in *Foro amm.*, 2002, 1423 ss.; Cons. St., sez. IV, 4 ottobre 1999, n. 1510, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1537 ss.; Cons. St., sez. IV, 3 giugno 1997, n. 615, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1746 ss.; TAR Liguria, 11 aprile 1988, n. 287, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 275 ss.; Cons. St., sez. III, 13 novembre 1984, n. 1374, in *Cons. St.*, 1986, I, 1706 ss.

⁽²³⁾ In caso di inottemperanza è il Comitato dei Ministri a scegliere le misure da adottare, ai sensi del richiamato art. 46 della Convenzione, tra le possibili sanzioni si annoverano l'adozione di una risoluzione, ma anche la sospensione dei diritti di rappresentanza e perfino l'espulsione dal Consiglio D'Europa. Cfr. anche Cass., 1° dicembre 2006, 25 gennaio 2007, ric. Dorigo, su cui GUZZAROTTI e COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *www.forumcostituzionale.it*, secondo cui «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, ai sensi dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo». La decisione della Corte di Strasburgo potrebbe, altrimenti, essere apprezzata nel giudizio di incostituzionalità eventualmente promosso avverso la disposizione censurata, al pari di quanto avvenuto rispetto alla disciplina del segreto della paritoriente, su cui cfr. Corte Europea dei diritti dell'Uomo 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, n. 33783/09 e Corte Cost. 22 novembre 2013, n. 278, in *www.giurcost.it*.

ha annunciato il primo articolato testo di un disegno di legge attuativo della decisione in commento, da perfezionarsi attraverso la partecipazione di un gruppo di lavoro costituito presso la Presidenza del Consiglio, con i rappresentanti dei Ministeri dell'Interno, degli Affari Esteri, della Giustizia e delle Pari Opportunità.

Allo stato, è nota l'intenzione di attribuire all'accordo dei genitori coniugati la scelta, in sede di dichiarazione di nascita, del cognome da attribuire ai figli, indicando tra le opzioni quello materno, paterno o anche entrambi. In difetto di scelta concorde prevarrebbe il patronimico. Identica previsione dovrebbe regolare il cognome del figlio non matrimoniale: la disposizione dovrebbe, allora, intendersi applicabile ai casi in cui la filiazione risulti dal contemporaneo riconoscimento dei genitori, giacché solo in questa ipotesi può sussistere la dichiarazione congiunta di nascita e l'accordo, mentre l'eventualità di un riconoscimento ad opera della sola madre da cui derivi, però, l'attribuzione del patronimico confliggerebbe col principio, dettato dall'art. 250 c.c., in forza del quale il riconoscimento produce effetti solo nei confronti del genitore che lo effettui, e non può comunque contenere la menzione dell'altro genitore *ex art. 258 c.c.*

Sostanzialmente analoga la disposizione relativa al cognome dell'adottato, di cui all'art. 3 della bozza di d.d.l. diffusa: «Se l'adozione è compiuta da coniugi l'adottato assume il cognome del padre, ovvero, in caso di accordo fra i coniugi risultante da dichiarazione scritta allegata al ricorso per adozione o ad altro atto, anche successivo, fino alla pronuncia del decreto di adozione, quello della madre o quello di entrambi i genitori».

L'applicabilità delle disposizioni sarebbe limitata alle dichiarazioni di nascita rese o alle adozioni pronunciate con decreto emesso in data successiva all'entrata in vigore della legge, ma la clausola sembra meritare approfondimento, in considerazione dell'eventualità che fratelli germani, nati dalla stessa coppia genitoriale, possano portare cognomi diversi per conseguenza della vigenza delle nuove disposizioni, in aperto contrasto con la residua operatività del principio di unità formale della famiglia, che impone l'attribuzione di un unico cognome per tutti i figli, prestabilito al momento del matrimonio o al più tardi prescelto per il primo nato, ed imposto di diritto ai successivi⁽²⁴⁾. Mancano, infine,

⁽²⁴⁾ Nota PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, nel *Commentario al cod. civ. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2012 162 s., che il cognome non viene trasmesso dai genitori, ma acquisito dai figli a titolo originario come attributo della personalità, e criterio della scelta legislativa deve essere «l'interesse dei figli a che il cognome rispecchi, e renda palese poi, l'appartenenza a una determinata comunità familiare. Il cognome, allora, deve rispecchiare tale realtà di fatto e rispettare

previsioni dirette ad attuare il vincolo, esplicitato dalla decisione in commento, dell'introduzione di strumenti limitativi della discrezionalità amministrativa in sede di autorizzazione alla modifica del cognome originariamente imposto.

Si dirige invece all'introduzione del doppio cognome altro disegno di legge di iniziativa parlamentare⁽²⁵⁾, di cui si segnala la vocazione sistematica, esplicitata dall'inserimento di detta previsione in un novellato art 315^{ter} c.c., in coerenza con la parificazione degli *status* di filiazione dettata dalle disposizioni che precedono. Al figlio non matrimoniale si applica la medesima regola in caso di riconoscimento congiunto o per conseguenza dell'accertamento successivo della filiazione, ove il giudice rilevi l'interesse ad aggiungere il cognome del secondo genitore a quello di colui che per primo ha riconosciuto il figlio. Manca comunque la previsione circa l'irrevocabilità della scelta, l'estensione a tutti i figli della coppia, e qualsiasi disposizione di carattere transitorio, della cui opportunità non può dubitarsi.

L'opzione, cui va riconosciuto rispetto alla precedente il merito di evitare di rientrodurre, per il tramite il mancato accordo – che rimette in fin dei conti al padre la scelta di consentire all'imposizione del cognome materno – un sostanziale privilegio paterno, non esplicita tuttavia l'ordine di attribuzione dei cognomi che rileva non soltanto per la prima generazione, ma soprattutto per la trasmissione del cognome ai discendenti. Sarebbe paradossale ritenere, nel silenzio della disposizione ed in forza della sua applicazione letterale, che costoro debbano portare i quattro cognomi dei genitori, che ai loro figli ne debbano spettare otto, e così via in una progressione geometrica allucinante. Deriva che, ove si trasmetta solo il primo dei cognomi dei genitori come negli ordinamenti dei paesi di lingua e tradizione spagnola, per l'ordine della loro attribuzione non è indifferente per la perpetuazione del cognome familiare e l'attuazione della parità tra i genitori, dalla seconda generazione in poi. Più coerente sembrerebbe l'attribuzione della scelta irrevocabile non solo dei cognomi da trasferire ma anche del loro ordine ai coniugi in sede di celebrazione del matrimonio, ed ai genitori coniugati in sede di dichiarazione della nascita del primo dei loro figli. In difetto di scelta, il criterio alfabetico eviterebbe l'ulteriore discriminazione di genere.

il diritto degli individui alla "verità del rapporto" da cui hanno avuto origine. Se così è mi sembra indubbio anzitutto che il cognome debba essere unico per tutti i figli della coppia. Quanto alla sua determinazione, possono darsi in astratto regole diverse». Identità della famiglia e verità della discendenza potrebbero garantirsi anche con la scelta del matronimico, in sede di celebrazione del matrimonio, ed in tal modo precostituito.

⁽²⁵⁾ D.d.l. S. 1230, comunicato alla Presidenza l'8 gennaio 2014, di iniziativa dei Senatori Mussolini, Esposito ed altri.

Altra proposta di legge⁽²⁶⁾ anch'essa introduttiva della facoltà di scelta genitoriale, in caso di doppio cognome si differenzia per la precedenza accordata a quello materno, in mancanza di accordo tra i genitori o di loro irreperibilità o incapacità, scelta motivata dalla Relazione esplicativa sulla base della considerazione per cui «nessuno può mettere in dubbio l'inalienabile priorità della relazione della madre con i figli, pur nella condivisione con il padre della responsabilità della loro educazione». La scelta effettuata per il primo figlio si trasmette agli altri, ed è preclusa ai genitori che abbiano altri figli viventi alla data di entrata in vigore della legge. Raggiunta la maggiore età il figlio può domandare la modifica del cognome entro gli stessi limiti.

L'articolato non supera l'obiezione sopra formulata con riguardo alla precedenza accordata al cognome paterno dal testo di iniziativa governativa, palesando l'opposta primazia materna difficilmente coniugabile con l'aspirazione alla parità tra i sessi. Non contiene disposizioni di carattere transitorio che in attuazione del canone di pari trattamento aprano almeno una finestra temporale per la modifica del cognome già assegnato ai figli, derivandone anzi la preclusione della scelta per i futuri nati. Criticabile appare soprattutto l'omessa considerazione di quanto disposto dell'art. 30 del Regolamento di stato civile per i casi di «irreperibilità o incapacità» dei genitori, e segnatamente della madre, ai quali l'art. 3 del disegno di legge riconnette l'attribuzione dei «cognomi di entrambi i genitori, con l'indicazione, quale primo cognome, di quello materno».

In tali circostanze mancherebbe la dichiarazione materna di nascita, e per conseguenza non possono operare, ove la partoriente sia coniugata, le presunzioni di matrimonialità⁽²⁷⁾, mentre l'esercizio dell'anonimato ed il celamento della nascita preclude al padre l'autonomo riconoscimento del figlio non matrimoniale⁽²⁸⁾, anche in virtù della previsione di consenso

⁽²⁶⁾ D.d.l. C.1943, di iniziativa dei deputati Nicchi, Di Salvo ed altri, presentato il 10 gennaio 2014.

⁽²⁷⁾ PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 2, 245 ss., spec. 254 ss., anche in considerazione dell'orientamento, risalente a Cass. 2 aprile 1987, n. 3184, in *Nuova giur. comm.*, 1987, I, 702 ss., ed accettato anche dalla *Nota* del Ministero di grazia e giustizia del 13 dicembre 1988, in *Stato civile italiano*, 1990, I, 887 ss., per cui la presunzione di paternità del marito opera solo subordinatamente alla formazione dell'atto di nascita, e così la madre può riconoscere il proprio figlio nell'atto di nascita, mentre risponderebbe del reato di alterazione di stato quando dichiarasse il figlio come legittimo.

⁽²⁸⁾ Discute, in proposito di «privilegio della maternità», ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in FERRANDO, FORTINO, RUSCELLO (a cura di), *Tratt. dir. famiglia Zatti*, I, *Famiglia e matrimonio*, cit., 55; analogamente, di «signoria» di cui sembra investita la donna-madre nell'attribuire la «qualità» di padre legittimo al proprio marito», CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova,

materno a quello prenatale⁽²⁹⁾. Non potrebbe pertanto trovare applicazione la previsione del doppio cognome, in conseguenza dell'ineroperatività di un principio di automatismo della maternità⁽³⁰⁾ che realizzerebbe quella priorità della relazione con la madre che l'ordinamento non solo pone in dubbio ma, allo stato, non accoglie⁽³¹⁾.

2008, 165., e di «signoria femminile sullo *status*» FERRANDO, in FERRANDO e LAURINI, *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie. Atti del convegno tenutosi a Genova il 4 maggio 2012*, Milanofiori Assago, 2013, 10, di «preminenza della donna in ordine alla costituzione dello *status*» MANTOVANI, *Il primato della maternità nell'accertamento dello status di figlio*, in AA.VV., *Liber amicorum per Dieter Heinrich*, I, Torino, 2012, 138 ss., e ID., *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 328 e *ivi*, nt. 22 Sotto diverso aspetto, CHECCHINI, *Una singolare fase della maternità, tra il parto e l'atto di nascita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 83 ss., evidenzia come la dichiarazione e il contemporaneo riconoscimento del solo padre ponga la partoriente in una situazione di «debolezza giuridica», poiché le «viene preclusa la libertà di fondare ab origine il proprio *status* nei confronti del figlio», in considerazione dei riflessi della priorità del riconoscimento, in caso di filiazione fuori dal matrimonio, sul cognome del figlio, sull'assenso al secondo riconoscimento, e sull'affidamento ex art. 317 *bis* c.c., posto che il neonato non può dirsi «convivere» con alcuno dei genitori.

⁽²⁹⁾ Il riferimento è all'art. 254, comma 1, c.c., ai sensi del quale il riconoscimento può realizzarsi con apposita dichiarazione «posteriore al concepimento», resa all'ufficiale di stato civile. Sussistono dubbi sulla sovrapponibilità di tale dichiarazione con quella, da contenersi in atto pubblico, cui fa rinvio l'art. 29, co. 2., DPR. 396/2000, quando menziona l'indicazione, nell'atto di nascita, dei genitori che hanno espresso, con atto pubblico appunto, il proprio consenso ad essere nominati: cfr. CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, cit., 175 s.

⁽³⁰⁾ Il principio di automatismo della maternità è dettato dal § 1591 BGB, e vige negli Stati europei che si sono conformati al dettato dell'art. 3 della Convenzione europea sullo *status* giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio, STCE n. 085, entrata in vigore il 15 ottobre 1975, sottoscritta con riserve dall'Italia l'11 febbraio 1981, non ancora ratificata, disponibile, con l'elenco degli strumenti di ratifica, nel sito internet dell'Ufficio dei Trattati, all'indirizzo <http://conventions.coe.int>. Così in Olanda, art. 1:198 cod. civ.; in Svizzera, art. 252 c.c.; in Portogallo, art. 1796 c.c.; in Spagna, art. 120 c.c.; in Svezia, *Chap. 1, sect. 7, Föräldracalk*, in Norvegia, *Chap. 2, sect. 2, Lov om barn og foreldre-Barnelova*, per i quali si vedano le indagini di CUBEDDU, *La disciplina dell'accertamento dello status di figlio nei principali paesi europei*, in *Famiglia*, 2006, 869 ss., e di BOLONDI, *Il diritto della partoriente di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio: l'ordinamento italiano nel contesto europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 281 ss.; RENDA, *Filiazione biologica, adottiva e artificiale in Scandinavia: sistema dell'accertamento e principio di verità*, in *Famiglia*, 2004, 363 ss. L'art. 311-25 del *code civil* vigente in Lussemburgo prevede, invece, che la filiazione è stabilita con riguardo alla madre dalla sua designazione nell'atto di nascita.

⁽³¹⁾ Il principio di automatismo è contenuto nell'art. 2 della Convenzione europea sullo *status* giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio, rivolta allo scopo di migliorare il trattamento riservato ai figli nati al di fuori del matrimonio, riducendo le differenze con quello dei figli nati durante il matrimonio che si traducevano in

Rispetto a tutti gli articolati esaminati sembra determinante la considerazione conclusiva dell'opportunità di un approccio riformatore che sia in grado di coniugare il necessario trattamento paritario delle posizioni soggettive dei genitori circa un aspetto fondamentale della procreazione, quale è il cognome del figlio, con l'altrettanto prioritario diritto di costui all'identità personale, di cui il cognome costituisce aspetto qualificante rispetto all'inserimento in una comunità familiare, accomunata nella sua proiezione sociale proprio da tale elemento onomastico. In tanto il cognome si differenzia dal prenome, identificativo del soggetto pur nei confronti della famiglia, ed è per tale ragione che l'art.4 d.p.r. n. 396/2000 ne disciplina i limiti, escludendo l'imposizione di quello del padre o il fratello vivente, allo scopo di evitare la confusione

svantaggio legale e sociale per i primi, ed all'obiettivo di contribuire, attraverso fasi successive, alla progressiva armonizzazione delle legislazioni delle Parti in questo ambito. Per l'ipotesi, poi effettivamente realizzatasi, in cui tale risultato non potesse essere raggiunto nell'immediato da tutte le Parti, la Convenzione prevede un sistema di riserve che permettono agli Stati interessati di realizzarlo gradualmente, attraverso un sistema di adesione con riserve, relativamente ad un massimo di tre dei nove articoli che prevedono degli obblighi, riserve aventi efficacia per un periodo non superiore ai cinque anni, eventualmente rinnovabili per uguale periodo. Dovrebbe pertanto ritenersi decaduta la riserva formulata dall'Italia con riguardo all'art. 2, perché non reiterata, ma il dettato dell'art. 30 d.p.r. n. 396/2000 si pone in aperto contrasto con tale previsione, e dell'aporia tra norme di rango differente non è stata risolta neppure nella sede della recente riforma degli *status* di filiazione. Né sembrerebbe avere rilievo risolutorio l'osservazione circa la mancata ratifica della Convenzione, alla luce di quanto deciso da Sul punto della vincolatività delle relative disposizioni è tranchant l'argomentazione di Cass. Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, 3025; in *Giur. civ.*, 2007, 2366; in *Fam. e dir.*, 2008, con nota di CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*, con riguardo a quella di Oviedo sulla biomedicina: «Ora, è noto che, sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la l. 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione di Oviedo non è stata a tutt'oggi ratificata dallo Stato italiano. Ma da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme. Del resto, la Corte costituzionale, nell'ammettere le richieste di referendum su alcune norme della l. 19 febbraio 2004, n. 40, concernente la procreazione medicalmente assistita, ha precisato che l'eventuale vuoto conseguente al referendum non si sarebbe posto in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, recepiti nel nostro ordinamento con la l. 28 marzo 2001, n. 145 (Corte cost., sentenze n. 46, 47, 48 e 49 del 2005): con ciò implicitamente confermando che i principi da essa posti fanno già oggi parte del sistema e che da essi non si può prescindere».

che deriverebbe dall'identità dei due elementi onomastici, prenome e cognome familiare.

Di tale appartenenza familiare può discutersi anche per la filiazione adottiva, solo con riguardo al nucleo fondato sul matrimonio, tale essendo la sola famiglia per la quale sia predicabile un principio di precostituzione del segno identificativo⁽³²⁾ comune ai *partner* ed ai figli, destinato appunto a palesare il vincolo, nel suo riconoscimento non solo normativo ma sociale. In tanto si realizza la tutela dell'unità familiare, in quanto sia impedito il suo frazionamento attraverso l'attribuzione ai fratelli germani di cognomi diversi per effetto dell'eventuale ripensamento dei genitori nella scelta di quello attribuito al primo nato, ovvero dell'introduzione della facoltà di scelta, ed a tale risultato sono funzionali ed imprescindibili disposizioni dirette ad introdurre, in via transitoria e per un limitato periodo, la facoltà di modifica del cognome entro gli stessi limiti posti alla facoltà di scelta di quello dei nuovi nati.

Dal canone di eguaglianza dello stato giuridico dei figli discende, invece, l'applicazione della medesima disciplina al cognome del figlio non matrimoniale la cui filiazione sia accertata nei riguardi di entrambi i genitori, originariamente o per effetto di titolo volontario o giudiziale successivo, fattispecie nella quale è centrale l'interesse all'identità personale. Ove, al contrario, la filiazione resti stabilita nei confronti di uno solo dei genitori, l'interesse alla percezione sociale e giuridica della discendenza non può che realizzarsi attraverso l'imposizione del cognome di colui con cui, esclusivamente, il vincolo sussiste.

Tanto premesso, il cognome patriarcale come quello matriarcale a ben vedere si rivelano parimenti funzionali ad esprimere l'apparenza dell'unità familiare, in quanto tuttavia scelti dall'accordo dei genitori, ed altrettanto lo sarebbe il doppio cognome. La preferenza tra le diverse opzioni e la precedenza null'ordine dei predicati agnatizi⁽³³⁾, se rimessa all'accordo tra i genitori come prescritto dalla decisione in commento, necessita tuttavia di una previsione suppletiva alla mancata condivisione che sostituisca criteri oggettivi all'opzione legislativa in favore dell'uno o dell'altro, espressiva di quella discriminazione di genere che la Corte censura. *In primis* l'ordine alfabetico, che appare l'unico al contempo

⁽³²⁾ Cfr. Corte cost. 11 febbraio 1988, n. 176, cit.: «l'interesse alla conservazione dell'unità familiare (...) sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli non fosse prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia», ma invece «scelto dai genitori come il prenome in sede di formazione dell'atto di nascita».

⁽³³⁾ La questione circa l'ordine dei cognomi rileva non solo per la trasmissione alle successive generazioni ma, come nota PARADISO, *Rapporti personali tra coniugi*, cit., 161, in considerazione dell'abitudine, prevalente negli ordinamenti che accolgono il doppio cognome, di identificare nella pratica l'individuo attraverso il primo dei due predicati.

idoneo a preconstituire il cognome della famiglia e dei figli, mentre non lo sarebbe quello che si affidasse al sorteggio, da effettuarsi a cura dell'ufficiale di stato civile in sede di formazione dell'atto di nascita.

STEFANIA STEFANELLI

Finito di stampare
nel mese di Marzo 2014
da Guerra Edizioni Edel srl - Perugia

