

ANNO LXIX - N. 1

GENNAIO - MARZO 2017

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

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

DIRETTORE RESPONSABILE: *Giuseppe Fiengo* - CONDIRETTORI: *Maurizio Borgo, Danilo Del Gaizo e Stefano Varone.*

COMITATO DI REDAZIONE: *Giacomo Aiello - Lorenzo D'Ascia - Gianni De Bellis - Francesco De Luca - Wally Ferrante - Sergio Fiorentino - Paolo Gentili - Maria Vittoria Lumetti - Francesco Meloncelli - Marina Russo.*

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

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Anna Andolfi, Emanuela Brugiotti, Sonia Catalano, Roberto de Felice, Enrico De Giovanni, Giulia Fabrizi, Vinca Giannuzzi Savelli, Federica Mariniello, Massimo Massella Ducci Teri, Adolfo Mutarelli, Matteo Maria Mutarelli, Antonio Pugliese, Daniele Sisca, Claudio Tricò.*

Email

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it

maurizio.borgo@avvocaturastato.it

danielodelgaizo@avvocaturastato.it

stefanovarone@avvocaturastato.it

ABBONAMENTO ANNUO€ 40,00

UN NUMERO € 12,00

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

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

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

Stampato in Italia - Printed in Italy

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

INDICE - SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

<i>Benefici spettanti alle vittime del dovere ed equiparati. Contenzioso: direttive</i> , Circolare A.G. prot. 227893 del 4 maggio 2017 n. 22	pag.	1
<i>Definizione delle liti tributarie pendenti, prevista dall'art. 11 del D.L. 24 aprile 2017 n. 50, pubblicato nella G.U. del 24 aprile 2017, n. 95, S.O. Prime istruzioni</i> , Circolare A.G. prot. 266851 del 24 maggio 2017 n. 25	»	5

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Emanuela Brugiotti, Un difficile bilanciamento di interessi e un dialogo forse mancato con le Corti italiane: riflessioni a margine della pronuncia della Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 24 gennaio 2017</i> (Corte EDU, Grande Camera, sent. 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia).	»	9
<i>Gianni De Bellis, La Corte di Giustizia "salva" il meccanismo italiano pro-rata per il calcolo dell'IVA detraibile</i> (C. Giustizia UE, Sez. Terza, sent. 14 dicembre 2016, causa C-378/15).	»	77

CONTENZIOSO NAZIONALE

<i>Giulia Fabrizi, Brevi note sulla trasmissibilità alla nascita del cognome materno dopo la sentenza della Corte EDU Cusan e Fazzo c. Italia del 7 gennaio 2014, n. 77. Nota a Corte Costituzionale n. 286 del 21 dicembre 2016</i> (C. cost., sent. 28 dicembre 2016 n. 286)	»	97
<i>Antonio Pugliese, Sulla qualifica di P.G. per gli operatori ARPA: considerazioni sulle due recenti pronunce della Cassazione e della Corte Costituzionale</i> (Cass. pen., Sez. III, sent. 28 novembre 2016 n. 50352; C. Cost., sent. 13 gennaio 2017 n. 8)	»	122
<i>Anna Andolfi, Il "rito Fornero" e le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti instaurate dai pubblici dipendenti "contrattualizzati"</i> (Trib. Napoli, Sez. lav., ord. 8 febbraio 2017)	»	137
<i>Informativa antimafia e autorizzazioni: art. 89 bis del d.lgs n. 159 del 2011 (c.d. codice delle leggi antimafia) un presunto eccesso di delega? Uno scambio di email su Consiglio di Stato, Sez. Terza, sentenza 7 marzo 2017 n. 1080</i>	»	154
<i>Marina Russo, Diritto di accesso e opponibilità della clausola di riservatezza</i> (Cons. St., Sez. III, sent. 17 marzo 2017 n. 1213).	»	165
<i>Vinca Giannuzzi Savelli, Brevi note sul sistema di regolazione del demanio marittimo</i> (T.a.r. Campania, Napoli, Sez. VII, sent. 9 febbraio 2017 n. 818).	»	174

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Alfonso Mezzotero, Daniele Sisca, <i>Il Commissario ad acta per il superamento dell'emergenza sanitaria nel territorio della Regione Calabria. Analisi ragionata e sistematica delle tipologie di ricorsi esaminati dal T.A.R. Calabria</i>	pag.	191
Federica Mariniello, <i>Il rilievo giuridico dei codici di comportamento nel settore pubblico, con riferimento alle varie forme di responsabilità dei pubblici funzionari</i>	»	218

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Roberto de Felice, <i>Che cosa è un nome? Brevi appunti sul diritto al nome</i>	»	229
Adolfo Mutarelli, Matteo Maria Mutarelli, <i>Considerazioni intorno alle possibili ricadute della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014 (debiti pregressi e rapporti di lavoro)</i>	»	253
Antonio Pugliese, <i>Atto di provenienza amministrativa e prova penale</i> . .	»	265
Claudio Tricò, <i>Principio di uguaglianza: pregiudizi privati e discriminazione dello straniero nell'accesso all'abitazione</i>	»	287

TEMI ISTITUZIONALI

Avvocatura Generale dello Stato

CIRCOLARE N. 22/2017

Oggetto: Benefici spettanti alle vittime del dovere ed equiparati. Contenzioso: direttive.

Si trasmette, per conoscenza e coordinamento, copia del parere reso da questo Generale Ufficio in relazione all'oggetto.

Alla luce dei recenti arresti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ivi richiamati, nelle more di eventuali iniziative legislative e/o amministrative, vorranno codeste Avvocature attenersi alle condotte processuali indicate nel parere.

Si riservano ulteriori comunicazioni a seguito dei riscontri che perverranno dalle Amministrazioni interessate.

L'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO
avv. Massimo Massella Ducci Teri

Avvocatura Generale dello Stato

Via dei Portoghesi, 12
00186 ROMA

Tipo Affare CT 15110/17 - Sez. V
Avv. DE GIOVANNI

Rif. a nota del 03/04/2017
Prot. n. 45342

22/04/2017-212869 P
AGS Roma / POSTA CERTIFICATA
MINISTERO DELLA DIFESA
Direzione Generale della Previdenza
Militare e della Leva
Viale dell'Esercito, 186
00143 ROMA

22/04/2017-212870 P
AGS Roma / POSTA CERTIFICATA
PRESIDENZA DEL CONSIGLIO
DEI MINISTRI
Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi
Largo Chigi
00187 ROMA

22/04/2017-212871 P
AGS Roma / POSTA CERTIFICATA
MINISTERO ECONOMIA E FINANZE
Gabinetto
Via XX Settembre, 87
00100 ROMA

22/04/2017-212872 P
AGS Roma / POSTA CERTIFICATA
MINISTERO DELL'INTERNO
Gabinetto
Piazza del Viminale, 1
00184 ROMA

22/04/2017-212873 P
AGS Roma / POSTA CERTIFICATA
MINISTERO DELLA GIUSTIZIA
Gabinetto
Via Arenula, 70
00186 ROMA

OGGETTO: Richiesta di parere in materia di benefici spettanti alle vittime del dovere ed equiparati.

A riscontro della nota del Ministro della difesa indicata in epigrafe ... si rappresenta quanto segue.

Come è noto, varie problematiche relative alle provvidenze in favore delle vittime del dovere, e fra le altre quella dell'ammontare dell'assegno vitalizio mensile (appunto in favore delle vittime del dovere e dei soggetti ad essi equiparati) previsto dall'art. 1, co. 562 e ss., della L. 266/05 e dal DPR 243/06, si sono poste in numerosi giudizi, sia dinanzi al Giudice ordinario sia dinanzi a quello amministrativo, cosicché si vanno consolidando alcuni orientamenti giurisprudenziali che impongono un'attenta considerazione.

Vanno in particolare ricordate tre decisioni di estremo rilievo, in quanto provenienti dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; con la sentenza n° 23300 del 16 novembre 2016 è stata affermata la giurisdizione del giudice civile sulle controversie in subiecta materia; con la sentenza n° 759 del 13 gennaio 2017 sono state affrontate questioni interpretative concernenti l'art. 1, c. 564, della l. 23 dicembre 2005, ed in particolare è stata affermata un'interpretazione (per inciso assai estensiva) della nozione di "missione"; infine le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella recente sentenza n. 7761 del 7 marzo 2017 hanno ritenuto che l'importo dell'assegno debba essere "uguale a quello dell'analogo assegno attribuibile alle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata essendo la legislazione primaria in materia permeata da simile intento perequativo come risulta dal "diritto vivente" rappresentato dalla costante giurisprudenza amministrativa ed ordinaria", cioè pari a euro 500,00 mensili.

Le questioni sollevate dall'Amministrazione della difesa con la nota che si riscontra, relative in particolare a quest'ultima sentenza, vanno pertanto, a giudizio di questa Avvocatura, esaminate nel più ampio contesto costituito dagli orientamenti generali assunti dalla Suprema

Corte con riferimento alle provvidenze in favore delle vittime del dovere come manifestati dalle varie sentenze sopra ricordate.

Appare infatti evidente un orientamento inteso a riconoscere nel modo più ampio sia la spettanza che l'entità dei benefici.

Siffatto "favor", giustificato da evidenti ragioni di natura solidaristica, appare testimoniato dalle stesse motivazioni poste a base della sentenza n° 7761/17, che, richiamando a sostegno della decisione la "costante giurisprudenza amministrativa e ordinaria", non ha considerato che la Scrivente, negli atti difensivi depositati nel giudizio di legittimità in cui è stata resa la sentenza citata, ed in particolare nella memoria ex art. 378 c.p.c., aveva segnalato i diversi orientamenti, provvedendo anche a citare espressamente la recentissima sentenza n. 5337/2016 del Consiglio di Stato, riportandone ampi stralci, nonché il parere n° 751/2016 sempre del Consiglio di Stato; tuttavia, la Suprema Corte non ha dedicato particolare attenzione ai predetti precedenti. Dunque il perseguimento dell' "intento perequativo" segnalato dalla stessa sentenza in esame appare evidente; va poi sottolineato come, accanto a siffatta affermazione, la Suprema Corte abbia sostenuto la propria decisione anche con ulteriori argomenti, ad esempio con un richiamo all'art. 2, co. 105 e ss., della L. 244 del 2007; in sostanza, alla luce dei complessivi orientamenti delle SS.UU., si deve ritenere che ben difficilmente le questioni sopra ricordate potranno essere decise in modo difforme in eventuali future decisioni della Corte di Cassazione, giacché testimoniano la ferma adesione della Suprema Corte al ricordato "intento perequativo"; e ciò sembra valere sia per quanto riguarda l'importo dell'assegno mensile (500 euro), sia con riferimento al concetto di "missione", ferma restando la ritenuta giurisdizione dell'A.G.O.

Tanto premesso va sottolineato che, poiché la giurisdizione in subiecta materia spetta al Giudice Ordinario, nella valutazione dei precedenti giurisprudenziali l'orientamento della Corte di Cassazione assume rilevanza decisiva rispetto a quello del Giudice Amministrativo, considerazione a cui si aggiunge quella inerente alla funzione di nomofilachia istituzionalmente svolta dalla Suprema Corte.

Deve quindi rilevarsi che alla luce delle attuali disposizioni processuali i precedenti resi dalle Sezioni Unite costituiscono arresti (che saranno certamente fatti valere dalle controparti) suscettibili di condizionare la sorte dei giudizi pendenti, nel senso di determinare la quasi certa soccombenza delle P.A. resistenti e significative condanne alle spese legali a carico delle Amministrazioni medesime.

Siffatta situazione impone, pertanto, un'attenta e ponderata valutazione in merito alle strategie processuali da seguire per la miglior tutela degli interessi erariali; tuttavia essa rende anche fortemente opportuna una urgente valutazione a livello politico e amministrativo, anche in vista di eventuali interventi di natura normativa o amministrativa generale.

Per quanto è noto alla Scrivente, l'incremento da € 258 a € 500 del beneficio in esame determinerebbe infatti un onere finanziario non previsto a carico del bilancio dello Stato, e ciò sia in relazione ai maggiori costi conseguenti all'esecuzione delle sentenze di condanna, sia all'eventuale estensione, in via amministrativa, dell'aumento dell'assegno a tutti gli aventi diritto, con riflessi sia sul bilancio corrente (anche in considerazione del pagamento degli arretrati) sia sull'onere finanziario a regime.

Appare quindi auspicabile che le varie questioni sopra esposte vengano urgentemente esaminate e, laddove non si ritenga di intervenire sulle norme vigenti in via interpretativa e/o modificativa, vengano apprestate le opportune misure per far fronte ai relativi maggiori oneri finanziari (che la Scrivente non è, ovviamente, in grado di stimare).

Nel frattempo, in attesa delle eventuali (ed auspicabilmente tempestive) iniziative sopra descritte, appare opportuno che nei nuovi giudizi e in quelli pendenti le singole Avvocature (Generale e Distrettuali) dello Stato si costituiscano in giudizio rappresentando, sullo specifico tema dell'importo dovuto, i diversi orientamenti giurisprudenziali sopra ricordati, rimettendosi comunque alle decisioni dei giudici aditi (salve, ovviamente, eventuali diverse questioni di rito e/o di merito proponibili) e si astengano comunque dall'impugnare le decisioni sfavorevoli già rese, cosicché si possa tentare di evitare declaratoria di inammissibilità delle impugnazioni medesime con conseguenti prevedibili onerose condanne alle spese.

In tal senso saranno fornite indicazioni a tutte le Avvocature distrettuali dello Stato nelle more delle decisioni che saranno assunte dalle Amministrazioni interessate.

Si resta comunque in attesa di conoscere, con l'urgenza del caso, le valutazioni e le eventuali iniziative di codeste Amministrazioni.

L'Avvocato Estensore
(Avv. Enrico DE GIOVANNI)

Il Vice Avvocato Generale
(Avv. Leonello MARIANI)

Avvocatura Generale dello Stato

CIRCOLARE N. 25/2017

Oggetto: Definizione delle liti tributarie pendenti, prevista dall'art. 11 del D.L. 24 aprile 2017 n. 50, pubblicato nella G.U. del 24 aprile 2017, n. 95, S.O. Prime istruzioni.

Il 24 aprile 2017 è entrato in vigore il D.L. n. 50/2017, recante "*Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*".

Il decreto, all'art. 11, ha previsto una "*definizione agevolata delle controversie tributarie*" in cui è parte l'Agenzia delle entrate.

A differenza dei casi precedenti in cui l'importo da pagare per la definizione era modulato in funzione dello stato della causa (art. 16, comma 1, L. n. 289/2002; art. 39, comma 12, D.L. n. 98/2011) il citato art. 11 prevede che le controversie tributarie possano essere definite, "*a domanda del soggetto che ha proposto l'atto introduttivo del giudizio o di chi vi è subentrato o ne ha la legittimazione*", mediante il pagamento dell'intero tributo, con una parte degli interessi ed "*escluse le sanzioni collegate al tributo*".

Queste ultime non sono dovute anche quando sono oggetto di separata contestazione, sempreché il tributo sia stato definito ai sensi del medesimo art. 11, ovvero "*anche con modalità diverse*". In tali casi è comunque necessaria la presentazione della domanda di definizione (comma 5).

Per le sanzioni non collegate al tributo la definizione è subordinata al pagamento di una somma pari al 40% della sanzione.

Requisiti soggettivi

Sono definibili le sole controversie in cui è parte l'Agenzia delle Entrate, ivi comprese quelle dell'ex Agenzia del territorio (incorporata nell'Agenzia delle Entrate in forza dell'art. 23 *quater* del D.L. n. 95/2012).

La domanda di definizione può essere presentata dal "*soggetto che ha proposto l'atto introduttivo del giudizio o di chi vi è subentrato o ne ha la legittimazione*".

Requisiti oggettivi (comma 3)

Sono astrattamente definibili tutte le controversie "*attribuite alla giurisdizione tributaria*" che siano "*pendenti in ogni stato e grado del giudizio*", sempreché la costituzione in giudizio del ricorrente in primo grado sia avvenuta entro il 31 dicembre 2016.

Non sono definibili le controversie "*per le quali alla data di presentazione della domanda di definizione*" (che deve essere presentata entro il 30 settembre 2017) risulti emessa una "*pronuncia definitiva*" (passata in giudicato).

Controversie escluse (comma 4)

Sono espressamente escluse dalla definizione le controversie concernenti "*anche solo in parte*":

a) *le risorse proprie tradizionali previste dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), delle decisioni 2007/436/CE, Euratom del Consiglio, del 7 giugno 2007, e 2014/335/UE, Euratom del Consiglio, del 26 maggio 2014, e l'imposta sul valore aggiunto riscossa all'importazione;*

b) le somme dovute a titolo di recupero di aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 16 del regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015.

Sono pertanto da ritenersi definibili le controversie in materia di IVA.

Sono invece da ritenersi logicamente escluse dalla definizione le controversie:

a) aventi ad oggetto istanze di rimborso (anche a seguito di diniego espresso), in quanto non relative ad un "atto impugnato" portante una pretesa del fisco;

b) aventi ad oggetto atti che non contengono una pretesa fiscale quantificata (es. i ricorsi contro provvedimenti di attribuzione di rendita catastale, di cancellazione dal registro delle ONLUS, di diniego di benefici o agevolazioni fiscali ecc.);

c) aventi ad oggetto atti di riscossione di somme per precedenti condoni.

Appare incerta la possibilità di definire le controversie avverso atti di mera riscossione (es. cartelle di pagamento precedute da un avviso di accertamento).

Tali atti, nelle scorse ipotesi di definizione delle liti, non venivano qualificati come "atti impositivi" e conseguentemente la giurisprudenza ne escludeva la definibilità (a meno che non fossero stati preceduti dall'atto presupposto: Cass. n. 22000/2015).

Sembra tuttavia che nel caso in esame anche tali controversie possano ritenersi definibili, in quanto:

a) a differenza dei casi precedenti, l'art. 11 fa riferimento generico "all'atto impugnato" (e non all'atto impositivo: in particolare l'art. 16, comma 3, lett. a) della legge n. 289 precisava che per lite pendente doveva intendersi quella avente ad oggetto "avvisi di accertamento, provvedimenti di irrogazione delle sanzioni e ogni altro atto di imposizione");

b) le modalità di definizione sono analoghe a quelle previste dall'art. 6 del D.L. 193/2016 (c.d. "rottamazione dei ruoli") per tutte le ipotesi di crediti iscritti a ruolo ed a tale riguardo la relazione governativa al D.D.L. di conversione del D.L. n. 50/2017 (AC 4444) precisa che "La nuova forma di definizione delle liti pendenti soddisfa l'esigenza di rendere compiuto l'effetto definitorio sulle controversie cui è applicabile la definizione agevolata in corso dei carichi affidati all'agente della riscossione in applicazione del citato decreto-legge n. 193 del 2016, consentendo al contribuente di definire integralmente i rapporti tributari in contestazione, anche qualora gli importi oggetto di contenzioso non siano stati integralmente affidati all'agente della riscossione per effetto delle disposizioni sulla riscossione in pendenza di giudizio".

In tale situazione è allo stato opportuno, in via cautelativa, ritenere non definibili le cause aventi ad oggetto atti di mera riscossione ai fini della sospensibilità dei relativi termini.

Perfezionamento della definizione (comma 5)

Il comma 5 prevede che la definizione si perfeziona con il pagamento della prima (o dell'unica) rata, da effettuarsi entro il 30 settembre 2017.

Ne consegue che il mancato versamento delle rate successive alla prima, non farà venir meno la definizione e la successiva estinzione del giudizio (e l'Amministrazione dovrà ovviamente procedere alla riscossione coattiva delle somme ancora dovute).

Il medesimo comma 5 prevede che "Qualora non ci siano importi da versare, la definizione si perfeziona con la sola presentazione della domanda".

Sospensione dei giudizi in corso (comma 8)

Il comma 8 che prevede che le controversie suscettibili di definizione "non sono sospese, salvo che il contribuente faccia apposita richiesta al giudice, dichiarando di volersi avvalere delle disposizioni del presente articolo. In tal caso il processo è sospeso fino al 10 ottobre 2017. Se entro tale data il contribuente avrà depositato copia della domanda di definizione e

del versamento degli importi dovuti o della prima rata, il processo resta sospeso fino al 31 dicembre 2018".

Sospensione dei termini (comma 9)

Il comma 9 prevede che per le controversie suscettibili di definizione "*sono sospesi per sei mesi i termini di impugnazione, anche incidentale, delle pronunce giurisdizionali e di riasunzione che scadono dalla data di entrata in vigore del presente articolo fino al 30 settembre 2017*".

Ne consegue che - ancorché le cause siano condonabili - non devono ritenersi sospesi:

a) i termini per il deposito delle controdeduzioni (in CTP e CTR) e per la notifica del controricorso (ancorché si possa forse ritenere il contrario, stante la prevista sospensione dei termini per le impugnazioni incidentali);

b) il termine per il deposito dei ricorsi (e controricorsi) eventualmente notificati;

c) il termine lungo di impugnazione (di norma semestrale) delle sentenze depositate dal 1° marzo 2017 in poi, in quanto (calcolando la sospensione feriale dal 1° al 31 agosto 2017) verrebbe a scadere in data successiva al 30 settembre 2017.

A tale riguardo è opportuno precisare che una eventuale notifica della sentenza durante il periodo di sospensione, non sarebbe idonea né ad abbreviare il citato termine lungo (in quanto per il termine breve opererebbe comunque la sospensione semestrale), né ad allungarlo (in base al noto principio secondo cui il termine di decadenza matura con lo scadere del termine lungo e non può essere posticipato da quello breve che eventualmente lo superi: Cass. SS.UU. n. 21197/2009; Cass. n. 26272/2005).

Si precisa che trattandosi di un termine di sospensione (e non di proroga), nel termine di sei mesi deve ritenersi assorbito il termine di sospensione feriale (cfr. da ultimo, Cass. n. 9438/2017).

Diniego di definizione (comma 10)

Il comma 10 prevede che "*l'eventuale diniego della definizione va notificato entro il 31 luglio 2018*" (in mancanza, la definizione deve ritenersi valida) e che avverso tale atto è possibile proporre ricorso "*dinanzi all'organo giurisdizionale presso il quale pende la lite*" ovvero, nei casi in cui sia pendente il termine per impugnare una sentenza, davanti al giudice del gravame unitamente alla sentenza stessa.

La norma prevede - ancorché in modo non molto chiaro - che le controversie condonate si estinguono "*in mancanza di istanza di trattazione presentata entro il 31 dicembre 2018 dalla parte che ne ha interesse*".

Dalla relazione governativa sopra richiamata risulta che la disposizione è finalizzata a provocare l'estinzione automatica delle cause definite, senza necessità di apposita istanza.

Effetti verso i condebitori solidali (comma 11)

Il comma 11 prevede che "*La definizione perfezionata dal coobbligato giova in favore degli altri, inclusi quelli per i quali la controversia non sia più pendente, fatte salve le disposizioni del secondo periodo del comma 7*" (il comma 7 prevede il divieto di restituzione delle somme già versate, ancorché eccedenti).

Gestione del contenzioso

Alla luce di quanto sopra esposto, gli Avvocati e Procuratori assegnatari di affari tributari avranno cura di verificare le controversie per le quali non opera la sospensione dei termini, e di rimodulare (per le altre) le nuove scadenze (rispetto a quelle risultanti da NSSI).

Come si è detto, in via cautelativa dovranno ritenersi non sospesi

- i termini di impugnazione nelle cause non definibili;
- i termini di impugnazione nelle cause aventi ad oggetto atti di mera riscossione (nel dubbio sulla loro definibilità);
- i termini per il controricorso, per le controdeduzioni nonché per l'iscrizione a ruolo.

Qualora nella stessa causa sia impugnato anche un solo atto suscettibile di definizione, la sospensione dei termini prevista per quest'ultimo dovrebbe comportare la sospensione dei termini per l'intera causa (Cass. n. 8113/2013).

Tuttavia un simile effetto è da escludersi per i casi di cui agli atti espressamente esclusi dalla definizione (comma 4), la cui presenza è ostativa *in toto* alla definibilità anche degli eventuali ulteriori atti impugnati nel medesimo giudizio (i cui termini pertanto non sono sospesi).

La valutazione in ordine alla opportunità o meno di proporre comunque ricorso per cassazione nelle cause il cui termine è sospeso, è rimessa a ciascun titolare dell'affare. Occorrerà tuttavia tenere conto che una volta venuta meno la sospensione dei termini, le originarie scadenze si sommeranno a quelle "*ordinarie*" medio tempore sopravvenute.

Si fa riserva di ulteriori chiarimenti anche all'esito delle eventuali modifiche che potranno essere apportate in sede di conversione in legge del decreto.

L'AVVOCATO GENERALE
Massimo MASSELLA DUCCI TERI

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Un difficile bilanciamento di interessi e un dialogo forse mancato con le Corti italiane: riflessioni a margine della pronuncia della Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 24 gennaio 2017

NOTA A CORTE EDU, GRANDE CAMERA, SENTENZA 24 GENNAIO 2017,
RICORSO N. 25358/12, PARADISO E CAMPANELLI C. ITALIA

*Emanuela Brugiotti**

SOMMARIO: Premessa - 1. Delimitazione dell'oggetto - 2. Assenza di una vita familiare e riconoscimento interferenza nella vita privata - 3. Misure previste dalla legge - 4. Obiettivo legittimo - 5. Necessità in una società democratica - Conclusioni.

Premessa

Il 24 gennaio 2017 la Grande Camera (GC) della Corte EDU (1) si è pronunciata, a quasi due anni dalla sentenza della Camera, seconda sezione (2), su richiesta di riesame del Governo italiano ai sensi dell'art. 43 CEDU (3).

La vicenda aveva richiamato l'attenzione già allora per le diverse tema-

La Rassegna ospita il presente contributo, ma la delicatezza del tema trattato con il difficile contemperamento dei diritti coinvolti può condurre a divergenti considerazioni (n.d.r.).

(*) Avvocato e Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali (Università di Pisa), già praticante presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

(1) Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, consultabile sul sito [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-170359%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-170359%22]}).

(2) Pubblicata il 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, consultabile sul sito [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151056#{%22itemid%22:\[%22001-151056%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151056#{%22itemid%22:[%22001-151056%22]}).

(3) Richiesta accolta dall'apposito *panel* di 5 giudici il 1° giugno 2015. L'udienza si è tenuta il 9 dicembre 2016 e si può vedere in streaming sul sito http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=2535812_09122015&language=en.

tiche coinvolte. Quest'ultima e definitiva pronuncia della Corte di Strasburgo ha riaperto le diverse opinioni sorte in merito.

I fatti da cui trae origine il caso sono noti. Dopo aver scoperto di non poter avere figli, due coniugi italiani - i signori Paradiso e Campanelli - hanno iniziato la procedura di adozione e nel 2006 sono stati dichiarati idonei, con obbligo di rispettare i limiti di età previsti dalla legge. Tuttavia, il ritardo nell'affidamento di un bambino, li ha spinti prima a provare senza successo la fecondazione in vitro e poi a ricorrere alla gestazione per altri. A tal fine, hanno stipulato in Russia un contratto con la società Rosjurconsulting, conformemente alla normativa russa. Dopo la nascita del bambino il 27 febbraio 2011, i coniugi sono stati registrati come genitori senza alcuna indicazione che il minore era nato a seguito di un accordo di gestazione per altri.

La signora Paradiso ha portato il bambino in Italia dopo due mesi dalla nascita. Qui però i coniugi non hanno ottenuto la registrazione dell'atto di nascita dal Comune di residenza, in quanto il Consolato italiano a Mosca aveva informato il Tribunale per i minorenni competente, il Ministero degli Affari Esteri e il Comune che il documento attestante la nascita del bambino conteneva informazioni false.

Il 5 maggio 2011 la coppia è stata così accusata di "false dichiarazioni nello stato civile" e di violazione dell'art. 72 della legge sulle adozioni (4), avendo portato illegalmente il bambino in Italia ed avendo violato i limiti di età imposti dalla decisione del 2006.

Nello stesso periodo, il minore, considerato in stato di abbandono, è stato avviato all'adozione. Il 7 luglio 2011 il Tribunale per i Minorenni ha ordinato il test del DNA (eseguito il successivo 1 agosto) dal quale è emerso che il minore non aveva alcun legame genetico con i coniugi, sebbene, secondo la ricostruzione di questi ultimi, la clinica russa si fosse impegnata ad utilizzare il liquido seminale del signor Campanelli, portato in Russia dalla moglie. Il 20 ottobre 2011, il Tribunale per i Minorenni di Campobasso ha deciso di allontanare il bambino dai coniugi, affidandolo prima ad una casa famiglia e poi ad una nuova coppia. I contatti tra i ricorrenti e il bambino sono stati vietati. La decisione è stata confermata dalla Corte d'Appello sezione famiglia di Campobasso con sentenza del 28 febbraio 2012.

Il 3 aprile 2013, anche il rifiuto di registrare il certificato di nascita russo è stato confermato in appello, in considerazione del fatto che la registrazione, per la legge italiana, sarebbe stata contraria all'ordine pubblico, poiché il certificato conteneva dati non rispondenti al vero, non essendovi nessuna relazione biologica tra il bambino e i ricorrenti.

La procedura di adozione del minore è potuta così riprendere dinanzi al Tribunale per i Minorenni, il quale il 5 giugno 2013 ha deciso che i coniugi

(4) L. n. 184/83, consultabile sul sito http://www.camera.it/_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/legge184%20del%201983.htm.

Campanelli non avrebbero potuto partecipare alla procedura di adozione del minore, non avendo alcun legame di parentela con lo stesso.

Il rifiuto della registrazione dell'atto di nascita così come la decisione riguardante l'apertura della procedura di adozione del bambino sono stati impugnati davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto lesive dei diritti alla vita familiare e alla vita privata, tutelati dell'art. 8 della CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU.

I ricorrenti hanno presentato ricorso anche in nome del bambino, ma la Corte ha respinto questo punto, ritenendo che i coniugi non avessero titolo per agire in tal senso, non sussistendo alcun legame biologico o giuridico con il minore (5). Come chiarito nel seguito del presente lavoro, questa decisione sembra aver avuto un peso rilevante nella successiva decisione della Grande Camera.

Nella sentenza del 27 gennaio 2015, la seconda sezione della Corte EDU ha considerato esistente una vita familiare *de facto*, pur in assenza di un legame biologico e nonostante la coabitazione dei ricorrenti e del bambino si fosse protratta per un tempo piuttosto esiguo (due mesi in Russia e sei mesi in Italia). La Corte ha valutato, poi, che le Autorità italiane nel decidere di allontanare il minore dai ricorrenti hanno oltrepassato il proprio margine di apprezzamento, a discapito del superiore interesse del minore, e ha accertato, quindi, la violazione dell'art. 8 CEDU. Tuttavia, proprio in considerazione del superiore interesse del minore, la Corte ha specificato che la propria decisione non avrebbe obbligato le Autorità italiane a "restituire" il bambino ai coniugi, avendo egli nel frattempo instaurato solidi legami con la famiglia, cui era stato affidato dal 2013 (6).

Con la citata sentenza del 24 gennaio 2017, la Grande Camera ha ribaltato quanto deciso dalla seconda sezione, non riscontrando la violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

1. Delimitazione dell'oggetto.

In via preliminare, la particolare delicatezza dei temi toccati nella fattispecie richiede una delimitazione dell'oggetto della pronuncia della Grande Camera. Del resto, dopo aver rigettato le eccezioni preliminari del Governo (7), sono gli stessi giudici a circoscrivere la propria indagine, chiarendo che

(5) Par. 50, Corte Edu, sez. II, 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, consultabile in italiano sul sito [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.aipAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_2=1_2\(2015\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1126686](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.aipAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_2=1_2(2015)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1126686).

(6) Per un commento si rinvia fra gli altri a BRUGIOTTI E., *Maternità surrogata. Il rifiuto di registrazione dell'atto di nascita nella giurisprudenza della Corte Edu e alcune conseguenze applicative nell'ordinamento italiano (e non solo)*, in *Rass. Adv. Stato*, Anno LXVII - n. 3, Luglio - Settembre 2015, pagg. 31 ss., consultabile sul sito http://www.avvocaturastato.it/files/file/Rassegna/2015/rassegna_avvocatura_2015_luglio_settembre.pdf.

(7) Parr. 92-94, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

essa ha ad oggetto “*the measures taken by the Italian authorities which resulted in the separation, on a permanent basis, of the child and the applicants*” (8). Dunque, la Corte non si è pronunciata né sulla questione della trascrizione del certificato di nascita straniero, né sul riconoscimento della filiazione di un bambino nato all'estero da gestazione surrogata, né tantomeno sulla legittimità o meno di tale pratica.

I giudici sono rimasti, quindi, molto accuratamente nei confini del caso concreto, precisando numerose volte le differenze con altri casi giudicati dalla Corte di Strasburgo, evitando il più possibile affermazioni suscettibili di più vasto respiro su un tema così delicato e riconoscendo all'Italia un ampio (e in questo caso forse anche troppo ampio) margine di apprezzamento.

In particolare, le questioni giuridiche al centro del giudizio sono state: se, date le circostanze del caso, l'articolo 8 CEDU risultava applicabile, se le misure urgenti ordinate dai giudici italiani costituivano un'interferenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare e/o della loro vita privata, ai sensi dell'articolo 8 § 1 della Convenzione e, in caso affermativo, se le misure contestate erano state adottate ai sensi dell'articolo 8 § 2 della Convenzione (9).

Infine, la Corte ha precisato che il minore non è un ricorrente nel procedimento, avendo la seconda sezione rigettato il ricorso proposto dai coniugi in sua rappresentanza. Pertanto, i giudici sono tenuti a valutare solo le censure sollevate dei ricorrenti in proprio nome. Questa è una precisazione molto importante perché ha consentito alla Grande Camera - insieme alla mancanza di un legame biologico del minore con uno dei ricorrenti - di discostarsi, come già evidenziato, da altri casi, in particolare da quelli decisi con le sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* (10) (11).

(8) “133. *Unlike the above-cited Mennesson and Labassee cases, the present Article 8 complaint does not concern the registration of a foreign birth certificate and recognition of the legal parent-child relationship in respect of a child born from a gestational surrogacy arrangement (see paragraph 84 above). What is at issue in the present case are the measures taken by the Italian authorities which resulted in the separation, on a permanent basis, of the child and the applicants*”, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(9) “134. *Therefore the legal questions at the heart of the case are: whether, given the circumstances outlined above, Article 8 is applicable; in the affirmative, whether the urgent measures ordered by the Minors Court, which resulted in the child's removal, amount to an interference in the applicants' right to respect for their family life and/or their private life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention and, if so, whether the impugned measures were taken in accordance with Article 8 § 2 of the Convention*”, Par. 134, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(10) *Mennesson c. Francia*, Corte EDU, Sent. Sez. V, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11 e *Labassee c. Francia*, Corte EDU, Sent. Sez. V, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, consultabili rispettivamente in [http://hudoc.echr.coe.int/sites/engpress/pages/search.aspx?i=00348046175854908#%22itemid%22:\[%22003-4804617-5854908%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/engpress/pages/search.aspx?i=00348046175854908#%22itemid%22:[%22003-4804617-5854908%22]) e in [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001145180*#%22itemid%22:\[%22001-145180*%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001145180*#%22itemid%22:[%22001-145180*%22]) .

2. Assenza di una vita familiare e riconoscimento interferenza nella vita privata.

In seguito, la Corte ha analizzato l'applicabilità al caso dell'art. 8 della Convenzione, sotto la duplice prospettiva della vita familiare e/o della vita privata, appunto nei confronti solo dei due coniugi. Come visto, con la pronuncia del 2015, la seconda sezione della Corte EDU ha riconosciuto esistente una vita familiare *de facto*, basandosi sulla durata della coabitazione con il bambino, per quanto breve, nonché sulle capacità dei ricorrenti che avevano agito quali genitori del minore (12).

Dopo aver richiamato i principi rilevanti per la questione (13), la GC ha ritenuto invece di non poter riscontrare in questo caso l'esistenza di una vita familiare *de facto*, considerando la breve durata della convivenza. Inoltre, la Corte ha riconosciuto che la precarietà del legame giuridico tra il bambino ed i ricorrenti è stata creata proprio da questi ultimi, i quali hanno consapevolmente adottato una condotta contraria al diritto italiano, cui le autorità nazionali non hanno potuto che reagire tempestivamente. La Grande Camera ha concluso, pertanto, per l'inesistenza di una vita familiare (14).

Quindi, si badi bene, la Corte non ha disconosciuto affatto la possibilità di un legame familiare di fatto, affiancato ad un legame biologico o legale, semplicemente, se ne condivide o meno la valutazione, non lo ha rinvenuto in questo caso concreto.

Ciò precisato, si evidenziano di seguito alcune perplessità sorte in merito alle argomentazioni sviluppate nella sentenza.

Nel caso di specie, così come la seconda sezione, i giudici della Grande Camera hanno ritenuto necessario analizzare la qualità del legame instaurato fra la coppia e il bambino, il ruolo assunto concretamente nei confronti di questo e la durata della convivenza.

(11) "135. Lastly, the Court points out that the child T.C. is not an applicant in the proceedings before the Court, the Chamber having dismissed the complaints raised by the applicants on his behalf (see paragraph 86 above). The Court is called upon to examine solely the complaints raised by the applicants on their own behalf (see, a contrario, *Mennesson*, cited above, §§ 96-102, and *Labassee*, cited above, §§ 75-81)", Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(12) Par. 69 Corte EDU sentenza pubblicata il 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, cit.

(13) "140. The existence or non-existence of "family life" is essentially a question of fact depending upon the existence of close personal ties (see *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31, and *K. and T. v. Finland*, cited above, § 150). The notion of "family" in Article 8 concerns marriage-based relationships, and also other *de facto* "family ties" where the parties are living together outside marriage or where other factors demonstrated that the relationship had sufficient constancy (see *Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 October 1994, § 30, Series A no. 297-C; *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 55, Series A no. 112; *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 44, Series A, no. 290; and *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, § 36, Reports 1997-II)", Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(14) Par. 158 Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

Quanto ai primi due punti, la Corte ha valutato che i coniugi hanno sviluppato un vero e proprio un progetto genitoriale, assumendo poi tale ruolo nei confronti del bambino, e che gli stessi hanno instaurato legami affettivi profondi con il piccolo nelle prime fasi della sua vita, dato questo emerso dalla relazione degli assistenti sociali, disposta dai giudici nazionali (15).

Quanto alla durata della convivenza, i giudici hanno premesso l'inopportunità di fissare un termine per una simile valutazione, citando un caso in cui un legame familiare di fatto è stato riscontrato a fronte di una convivenza (due mesi) inferiore a quella avuta nel caso di specie (sei mesi in Italia e circa due mesi in Russia) (16). La Corte ha poi svolto considerazioni relative all'assenza di un legame biologico e all'incertezza del legame giuridico della coppia con il bambino; apprezzamenti questi che però non attengono propriamente ad una valutazione di una situazione appunto *de facto*.

Tuttavia, "*and in spite of the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds*" - che invece dovrebbero costituire criteri fondamentali per accertare la sussistenza di un legame familiare di fatto - la Grande Camera ha ritenuto che questo non fosse sussistente nel caso concreto. Questa conclusione si è fondata su tre fattori: la mancanza di un legame genetico, l'incertezza del legame giuridico e la breve durata della convivenza (17). Di questi, come già osservato, i primi due non attengono a valutazioni di fatto, ma rappresentano gli altri due tipi di legame, in base ai quali può sorgere una relazione familiare; mentre il terzo non esclude di per sé la sussistenza di un legame familiare, dovendosi analizzare in concreto la qualità del legame instaurato, come sottolineato dalla stessa Grande Camera nella premessa dell'analisi da svolgere.

Come più volte ribadito dalla Corte EDU, infatti, l'esistenza o meno di una "vita familiare" è essenzialmente una questione di fatto, dipendente dalla

(15) "151. It is therefore necessary, in the instant case, to consider the quality of the ties, the role played by the applicants vis-à-vis the child and the duration of the cohabitation between them and the child. The Court considers that the applicants had developed a parental project and had assumed their role as parents vis-à-vis the child (see, a contrario, *Giusto, Bornacin and V. v. Italy* (dec.), no. 38972/06, 15 May 2007). They had forged close emotional bonds with him in the first stages of his life, the strength of which was, moreover, clear from the report drawn up by the team of social workers following a request by the Minors Court (see paragraph 25 above)", Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(16) *D. and Others v. Belgium* Corte EDU, 8 July 2014, ric. n. 29176/13, § 49, consultabile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-10163&filename=002-10163.pdf&TID=i hgdqbxnfi>.

(17) 157. *Having regard to the above factors, namely the absence of any biological tie between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective, and in spite of the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds, the Court considers that the conditions enabling it to conclude that there existed a de facto family life have not been met*, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

reale esistenza, in pratica, di stretti legami personali (18). Inoltre, l'articolo 8 della Convenzione non fa distinzione fra famiglia "legittima" e famiglia "illegittima" (19), così come la presenza di un legame biologico tra chi agisce quale genitore ed il bambino rappresenta sicuramente un'indicazione importante circa l'esistenza di una vita familiare, ma la mancanza di questo tipo di legame non vuol dire necessariamente assenza di una vita familiare (20). Nella sentenza in commento, sono gli stessi giudici (o meglio la maggioranza di questi) a richiamare una serie di altri casi che dimostrano come ad essere rilevante sia la sussistenza di legami personali veri, non di legami biologici o di un legame giuridico riconosciuto (21). Si ha l'impressione, quindi, che la GC abbia premesso determinati parametri/principi di analisi, ma abbia poi deciso dando particolare rilevanza ad altri.

Inoltre, come indicato, nonostante sia stata riscontrata la sussistenza di un vero e proprio progetto genitoriale, sulla base di legami affettivi di alta qualità (22), la maggioranza dei giudici ha respinto questo argomento per il fatto

(18) §140 Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit. Si vedano anche *K. e T. c. Finlandia* [GC], n. 25702/94, § 150, CEDU 2001-VII, consultabile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2225702%2F94%22%2C%22itemid%22:%5B%222001-59587%22%2C%22Serife%20Yigit%20c.%20Turchia%20%5D%7D> e *Serife Yiğit c. Turchia* [GC], ric. n. 3976/05, § 93, 2 novembre 2010, consultabile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Serife%20Yigit%20c.%20Turchia%20%5D%7D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%222001-101579%22%2C%22Serife%20Yigit%20c.%20Turchia%20%5D%7D%7D>.

(19) Si vedano fra le altre *Marckx v. Belgium*, [CP] 13 June 1979, § 31, ric. n. 6833/74, Series A n. 31, consultabile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Marckx%20v.%20Belgium%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%222001-57534%22%2C%22Johnston%20and%20Others%20v.%20Ireland%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%222001-57508%22%2C%22Serife%20Yigit%20c.%20Turchia%20%5D%7D%7D>; *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 55, r. n. 9697/82 Series A n. 11, consultabile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Johnston%20and%20Others%20v.%20Ireland%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%222001-57508%22%2C%22Serife%20Yigit%20c.%20Turchia%20%5D%7D%7D>; *Serife Yiğit c. Turchia* [GC], r. n. 3976/05, § 94, 2 novembre 2010, cit.

(20) *Nazarenko v. Russia*, 16 giugno 2015 ricorso no. 39438/13, § 58, consultabile su <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-5133995-6337799&filename=003-5133995-6337799.pdf>.

(21) Si vedano i paragrafi 148-150 Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit., in cui la Corte si riferisce a *Wagner e JMWL v. Lussemburgo*, n. 76240/01, § 117, 28 giugno 2007, consultabile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-2645&filename=002-2645.pdf&TID=ihgdqbnfj>; *Moretti e Benedetti contro l'Italia*, ric. n. 16318/07, §§ 49-52, 27 aprile 2010 [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=xUQ16JWBSej6KhnosHJqrOv?facetNode_1=1_2\(2010\)&facetNode_2=1_2\(201004\)&facetNode_3=0_8_1_4&contentId=SDU344902&previousPage=mg_1_20;](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=xUQ16JWBSej6KhnosHJqrOv?facetNode_1=1_2(2010)&facetNode_2=1_2(201004)&facetNode_3=0_8_1_4&contentId=SDU344902&previousPage=mg_1_20;) e *Kopf e Liberda v. Austria*, n. 1598-1506, § 37, 17 gennaio 2012, consultabile sul sito http://www.menschenrechte.ac.at/orig/12_1/Kopf.pdf.

(22) Par. 157 Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12 cit. Anche i giudici Lazarova Trajakovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev nella loro opinione dissenziente evidenziano tale aspetto. In particolare, secondo questi ultimi la maggioranza nella sentenza non ha dato la giusta rilevanza al fatto che i coniugi avessero vissuto i primi mesi di vita del bambino, fino a quando non gli è stato portato via e il legame sarebbe continuato se l'autorità non

che l'intervento delle Autorità italiane è stato la conseguenza dell'incertezza giuridica, creata dagli stessi ricorrenti. Questi avrebbero posto in essere, infatti, comportamenti contrari alla legge italiana, venendo a stabilirsi in Italia con il bambino (23). Al riguardo, appare ragionevole il timore espresso dai giudici Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev nella propria opinione dissenziente: così facendo la maggioranza ha operato sostanzialmente una distinzione tra famiglia "legittima" e famiglia "illegittima", distinzione questa esclusa dalla Corte EDU da molti anni (24). Al contrario, non pare essersi data la giusta rilevanza alla lunga tradizione del principio, in precedenza evidenziato, secondo cui l'esistenza o la non esistenza di una "vita familiare" è essenzialmente una questione di fatto (25).

Non solo, ma volendo entrare nel merito della qualificazione del comportamento contrario alla legge italiana, non può non darsi conto che, con la sentenza n. 13525 del 5 aprile 2016, la Corte di Cassazione ha stabilito che non commettono reato i genitori del bambino nato da gestazione surrogata, se nel paese estero (in quel caso l'Ucraina, in questo la Russia) tale pratica è lecita. Secondo la Corte deve ritenersi insussistente il reato contestato, poiché la coppia non aveva alcuna volontà di commettere l'illecito, avendo compiuto detta attività in un Paese dove tale pratica era appunto lecita (26). La suddetta pronuncia della Corte di Cassazione è citata nella sentenza della Grande Camera (27).

Stesso discorso vale poi *mutatis mutandi* per la violazione della legge sulle adozioni, in quanto i coniugi non hanno avuto alcuna volontà di violarne i precetti, essendosi recati in Russia per ricorrere alla pratica della maternità surrogata, non ad una adozione, e sono rientrati in Italia sulla base di un certificato di filiazione non di adozione. Il fatto che il Tribunale per i Minorenni ritenga sussistente una situazione di illegalità imputabile ai ricorrenti, indipendentemente dagli aspetti di diritto penale, non implica necessariamente che

vi avesse posto fine. § 3 Opinione dissenziente, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, consultabile <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170359%22%5D%7D>.

(23) Par. 156, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12.

(24) Si veda nota 19 *supra*.

(25) Par. 4 Opinione dissenziente, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(26) Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 13525 del 5 aprile 2016, consultabile su <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2016/04/cass-pen-13525-16.pdf>; si veda anche Corte di Cassazione, sezione VI penale sentenza 17 novembre 2016, n. 48696, in particolare per l'assenza sia dell'elemento soggettivo (dolo generico) sia dell'elemento oggettivo del delitto contestato, consultabile sul sito <http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=13551>.

(27) 2. *Subsequent to the Grande Camera hearing*

71. *The Court of Cassation (Section V, judgment no. 13525 of 5 April 2016) ruled in criminal proceedings against two Italian nationals who had travelled to Ukraine in order to conceive a child and had used an ova donor and a surrogate mother*, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

la ricostruzione giuridica operata da questo sia quella corretta secondo l'ordinamento italiano (28).

Come noto, lo stesso concetto di ordine pubblico è mutato nella giurisprudenza italiana, attraverso un progressivo affrancamento da una funzione di tipo difensivo e l'apertura alla dimensione della relazione e dell'interazione tra ordinamento interno e ordinamento internazionale (29).

Così come si deve sottolineare la rilevanza che i giudici italiani riconoscono oggi al genitore "sociale" (30), potendosi affermare che ormai è stato rotto il paradigma genetico/biologico nella costituzione dello stato giuridico di figlio (e correlativamente di genitore).

(28) Par. 147, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(29) Tra l'altro sotto la spinta anche di principi espressi dalla Corte di Strasburgo. Si veda in particolare Corte di Cassazione, III sezione civile, sentenza 19405/2013, consultabile su http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/cass_19405_del_2013.pdf, in cui i giudici di legittimità hanno precisato che: "È... acquisizione sufficientemente consolidata quella per cui la nozione di ordine pubblico ... - in forza della quale la norma straniera che vi contrasti non può trovare ingresso nel nostro ordinamento in applicazione della pertinente disposizione di diritto internazionale privato - non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale (Cass., 26 novembre 2004, n. 22332; Cass., 19 luglio 2007, n. 16017). In altri termini, come posto in rilievo da Cass., 26 aprile 2013, n. 10070 (nel richiamare anche Cass., 6 dicembre 2002, 17349 e Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040), il concetto di ordine pubblico a fini internazionalprivatistici si identifica con quello indicato con l'espressione "ordine pubblico internazionale", da intendersi "come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo". Si veda, ancora, Corte di Cassazione sentenza 19599/2016, consultabile su <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2016/10/Cass-195992016.pdf>, secondo cui l'ordine pubblico non deve essere inteso come strumento di difesa dell'intero ordinamento, ma solo di quei principi fondamentali che, qualificandone il nucleo essenziale, resistono alla relazione, impedendo che norme e atti formati all'estero possano venire in rilievo all'interno, in conseguenza dell'applicazione delle norme di conflitto. "La progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico", secondo la Corte, "è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione dell'atto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale" (par. 7, p. 25). A sostegno di tale posizione, la Corte ha richiamato - facendo uso significativo dell'argomento comparativo - la decisione con la quale la Corte federale di giustizia tedesca ha riconosciuto la trascrivibilità nell'ordinamento interno dell'atto di nascita del minore nato a seguito del ricorso alla gestazione per altri, con indicazione di entrambi i genitori intenzionali (si trattava di due padri: BGH, 10-19 dicembre 2014, *X. c. Land di Berlino*, trad. it. di R. De Felice su www.personaedanno.it, 2015), per un commento di questa sentenza si rinvia a SCHILLACI A., *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, consultabile su <http://www.articolo29.it/2016/1e-vie-dellamore-sono-infinite-la-corte-di-cassazione-e-la-trascrizione-dellatto-di-nascita-straniero-con-due-genitori-dello-stesso-sesso/>.

(30) Si veda la Corte costituzionale con la sentenza 5 ottobre 2016, n. 225 (Pres. Grossi, est. Morrelli), consultabile su <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/16283.pdf>. Si veda anche Corte di Cassazione, sezione VI penale sentenza 17 novembre 2016, n. 48696, cit.; per la giurisprudenza di merito, tra gli altri, si veda Trib. Palermo, sez. I, decreto 6 aprile 2015 (Pres. C. Grimaldi di Terresena, est. M. Ruvolo), consultabile su <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/12429.pdf>.

Si veda in merito la recentissima ordinanza della Corte d'Appello di Trento (31) che ha riconosciuto il legame tra figli e genitore non genetico. In particolare, la pronuncia ha disposto il riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento straniero, che stabiliva la sussistenza di un legame genitoriale tra due minori nati grazie alla gestazione per altri - nel quadro di un progetto di genitorialità di una coppia omosessuale - ed il loro padre non genetico. L'ordinanza ha applicato i principi enunciati dalla Corte di cassazione, con la sentenza n. 19599/2016 (32).

Per quanto riguarda la questione trattata in questa sede, deve essere sottolineato il passaggio in cui la Corte d'Appello di Trento ha ritenuto che l'insussistenza di un legame genetico tra i minori e il padre non è di ostacolo al riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento straniero: si deve infatti escludere *“che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite”* (33).

Senza dubbio, nel caso dei coniugi Campanelli, la Corte si è dovuta occupare di una situazione molto particolare perché qui (seppure per un errore non

(31) Corte d'Appello di Trento, 23 febbraio 2017, <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/02/Ordinanza.pdf>. La pronuncia si segnala perché i giudici hanno affrontato anche la sentenza della Grande Camera qui in commento, evidenziando la particolarità del caso deciso ed escludendo che la pronuncia della Corte di Strasburgo possa essere di ostacolo al riconoscimento del legame tra i minori ed il loro padre non genetico.

(32) Corte di Cassazione, sentenza n. 19599 del 21 giugno 2016, depositata il 30 settembre (anche questa prima dell'udienza della Grande Camera del 9 dicembre 2016), cit. Questi in sintesi i principi stabiliti dalla Corte: *“a) in merito al giudizio di compatibilità tra il provvedimento straniero e l'ordine pubblico, la necessità di far riferimento ad un concetto di ordine pubblico dai contorni larghi, al fine di valutare non già se il provvedimento straniero applichi una disciplina della materia corrispondente a quella italiana, bensì piuttosto se esso appaia conforme alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo (in questo caso, del minore) come garantiti dalla Costituzione italiana e dai principali documenti internazionali in materia; b) l'esigenza di salvaguardare il diritto del minore alla continuità dello status filiationis nei confronti di entrambi i genitori, il cui mancato riconoscimento non solo determinerebbe un grave pregiudizio per i minori, ma li priverebbe di un fondamentale elemento della loro identità familiare, così come acquisita e riconosciuta nello stato estero in cui l'atto di nascita è stato formato; c) l'assoluta indifferenza delle tecniche di procreazione cui si sia fatto ricorso all'estero, rispetto al diritto del minore al riconoscimento dello status filiationis nei confronti di entrambi i genitori che lo abbiano portato al mondo, nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa”*, SCHILLACI A., *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, consultabile su <http://www.articolo29.it/>

(33) Ordinanza Corte d'Appello di Trento, 23 febbraio 2017, cit., pp. 17-18.

imputabile alla coppia) manca un legame genetico con entrambi i genitori. Tuttavia, pur non sostituendosi alle Autorità italiane nell'interpretazione della legge nazionale, nel valutare gli elementi posti a fondamento delle misure adottate da queste, i giudici di Strasburgo forse avrebbero dovuto tenere in maggiore considerazione i principi emersi e l'applicazione fattane dalle Corti nazionali e non solo quella operata dai singoli tribunali che hanno giudicato il caso.

In linea con la seconda sezione della Corte EDU, invece, la Grande Camera ha considerato che l'art. 8 CEDU è applicabile con riferimento al diritto al rispetto della vita privata (34).

Nell'esaminare questa la violazione, la GC ha ritenuto, infatti, che le misure adottate da parte delle Autorità italiane (allontanamento del minore, affidamento in una casa famiglia senza contatti con i ricorrenti e nomina di un tutore) hanno costituito sicuramente un'ingerenza, ai sensi dell'art. 8 CEDU (35). Di conseguenza, la stessa ha poi verificato se queste potevano essere giustificate ai sensi dell'art. 8, par. 2, CEDU, in quanto previste dalla legge, dirette al perseguimento di un obiettivo legittimo e necessarie in una società democratica (36).

Al riguardo, a parere di chi scrive, si deve prestare attenzione ad alcuni principi enucleati dalla giurisprudenza della Corte EDU. In particolare, ci si riferisce a quello per cui nei casi riguardanti la dichiarazione di adozione di un minore, il migliore interesse di questo è di primaria importanza (37).

Come chiarito anche dai giudici Lazarova Trajakovska, Bianku, Laffrancque, Lemmens e Grozev, nell'identificare l'interesse superiore del bambino in un caso specifico, le considerazioni che devono essere tenute presenti sono due: in primo luogo, è nel migliore interesse del bambino mantenere i legami con la propria famiglia (per i giudici doveva essere riconosciuto un legame di tipo familiare, ma in ogni caso il superiore interesse del bambino deve essere perseguito comunque in tutti procedimenti che lo coinvolgono (38)), tranne

(34) Par. 161, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(35) Par. 166, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(36) Par. 167, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(37) Si vedano *Johansen v. Norway*, 7 August 1996, § 78, in *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III; *Kearns v. France*, n. 35991/04, § 79, 10 gennaio 2008, consultabile sul sito [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2235991/04%22\],%22itemid%22:\[%22001-84339%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2235991/04%22],%22itemid%22:[%22001-84339%22]}); *R. and H. v. the United Kingdom*, n. 35348/06, §§ 73 and 81, 31 maggio 2011, consultabile sul sito <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed83859>; and *Y.C. v. the United Kingdom*, n. 4547/10, § 134, 13 marzo 2012, consultabile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-112315&filename=001-112315.pdf&TID=thkbhnilzk>.; nonché l'opinione dissenziente dei giudici Lazarova Trajakovska, Bianku, Laffrancque, Lemmens e Grozev a Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(38) La Convenzione sui diritti del fanciullo dell'Onu del 1989 all'art. 3 sancisce espressamente che: "*in tutte le azioni riguardanti bambini, se avviate da istituzioni di assistenza sociale, private e pubbliche, tribunali, autorità amministrative, corpi legislativi, i*

nei casi in cui la famiglia si è dimostrata particolarmente inidonea; in secondo luogo, è nel migliore interesse del bambino assicurare il suo sviluppo in un ambiente sicuro e protetto (39).

Pertanto, se giustamente la Corte di Strasburgo non può sostituire la propria valutazione a quella dei tribunali nazionali per quanto riguarda le misure concernenti i minori, questo non vuol dire però che questa non sia chiamata ad accertare che il processo decisionale che ha portato all'adozione di tali misure sia stato giusto, abbia permesso agli interessati di presentare il proprio caso in modo completo e che sia stato tutelato l'interesse superiore del bambino (40).

In particolare, nei procedimenti di adozione i giudici nazionali devono esaminare non solo se l'allontanamento del bambino dalle persone che agiscono come i suoi genitori sarebbe nel suo interesse, ma devono anche motivare in modo specifico alla luce delle circostanze del caso (41).

Quindi, per verificare se l'interferenza con il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata (non essendo stata riconosciuta una vita familiare), cioè l'allontanamento del bambino, è stata compatibile con l'articolo 8 CEDU è importante valutare quali motivazioni / giustificazioni sono state date dalle Autorità nazionali.

Sul punto il Tribunale per i Minorenni di Campobasso e la Corte d'Appello, sezione Minori, di Campobasso hanno dato motivazioni molto differenti, fatto questo che è stato rilevato in modo puntuale anche nella *dissenting opinion* (42).

In particolare, agendo a seguito della richiesta di adozione di misure urgenti del Pubblico Ministero, il Tribunale per i Minorenni ha fondato la propria decisione sulla necessità di porre fine ad una situazione contraria alla legge italiana, scaturente da due violazioni. La prima: aver portato il minore in Italia, facendolo passare per proprio figlio, ha violato le norme sulle adozioni internazionali previste delle Legge n. 183 del 1984 (43); la seconda: aver stipulato un accordo di gestazione per altri in Russia ha violato la legge sulla feconda-

maggiori interessi dei bambini devono costituire oggetto di primaria importanza". In Italia la Convenzione è stata ratificata con Legge 27 maggio 1991, n. 176, consultabile sul sito http://www.camera.it/_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/Legge%20176%20del%201991.htm.

(39) § 6 Opinione dissenziente, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit. Si vedano anche *Neulinger e Shuruk v. Svizzera* [GC], n. 41615/07, § 136, CEDU 2010, consultabile sul sito

(40) V. § 139 *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* [GC], cit., e *X v. Lettonia* [GC], n. 27853/09, § 102, novembre 2013, consultabile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=002-9245&filename=002-9245.pdf&TID=thkbhnilzk>.

(41) Si veda *mutatis mutandis*, per quanto riguarda la decisione sulla domanda per il ritorno di un figlio ai sensi della Convenzione dell'Aia sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, *X v. Latvia* [GC], no. 27853/09, § 107, novembre 2013, cit.

(42) Par. 7 Opinione dissenziente, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

zione assistita, L. n. 40/2004. La reazione a questa situazione illegale è stata duplice: allontanare il bambino dai coniugi e collocarlo presso una struttura, al fine di trovare una coppia idonea per l'adozione (44).

Con la sentenza del 28 febbraio 2012, la Corte d'Appello, sezione famiglia, ha rigettato l'impugnazione della decisione del Tribunale, ma sulla base di motivazioni differenti. I giudici di secondo grado non hanno affermato, infatti, che la coppia era in una situazione illegale e che c'era la necessità di porvi fine, bensì hanno dichiarato il bambino "in stato di abbandono" ai sensi della legge n. 183/84, in quanto privo dell'assistenza della famiglia naturale.

Quindi, mentre il Tribunale per i Minorenni ha incentrato le proprie analisi (e valutazioni) sul comportamento dei coniugi e lo ha sanzionato con le suddette misure, i giudici d'appello hanno esaminato la questione sulla base di una valutazione degli interessi e dello stato del minore. Ed è fuor di dubbio che questo sia l'approccio corretto in questo genere di procedimenti (45).

Ebbene, la motivazione della Corte d'Appello, sostituendosi a quella del Tribunale per i Minorenni, avrebbe dovuto essere quella da tenere primariamente in considerazione da parte dei Giudici di Strasburgo, per valutare la legittimità dell'interferenza nei diritti tutelati dall'art. 8 della Convenzione. Al contrario si ha l'impressione che la Corte EDU abbia valutato soprattutto (se non esclusivamente) quella del giudice di primo grado.

3. Misure previste dalla legge.

La prima questione da esaminare è se l'ingerenza nel diritto tutelato dall'articolo 8 della Convenzione era prevista dalla legge. Tenendo conto delle motivazioni date dalla Corte d'Appello nella sentenza del 28 febbraio 2012, l'allontanamento del minore dalla coppia è fondato sull'art. 8 legge 183/84,

(43) I ricorrenti avrebbero intenzionalmente eluso le disposizioni di tale legge, la quale prevede che le coppie si devono rivolgere ad un organismo autorizzato (art. 31) e che dispone il coinvolgimento della Commissione per l'adozione internazionale (art. 38).

(44) Cfr. § 37, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(45) Le limitazioni della responsabilità genitoriale, l'allontanamento del minore, le dichiarazioni dello stato di abbandono e di adottabilità non rappresentano delle punizioni in risposta a comportamenti "scorretti", ma degli interventi resi necessari per tutelare il sano sviluppo psico-fisico del bambino. Cfr. fra i tanti CHISTOLINI M., *Affido sine die e tutela dei minori. Cause, effetti e gestione*, FrancoAngeli, 2015; RUO M.G., *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. Di famiglia e delle persone*, 2011, pp. 1004 ss.; e ancora "Nella prospettiva di una cultura della tutela dei diritti, quelli del minore all'educazione, alla cura, all'istruzione e all'affetto, in generale ad una crescita equilibrata, costituiscono pertanto il riferimento fondamentale per poter inquadrare il tema dei provvedimenti convenienti che il giudice deve adottare per ristabilire un equilibrio di relazioni familiari e di crescita armoniosa del bambino", così SPINA L., *Tutela delle persone minori di età e rispetto delle relazioni familiari*, Introduzione ai lavori del XXXI Convegno nazionale, Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia, Roma, 23 novembre 2012, consultabile su <http://www.minoriefamiglia.it/download/spina-relazione-roma-2012.pdf>.

secondo il quale: “Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio”. Poiché i ricorrenti non sono stati considerati dalla Corte come parenti, il minore è stato considerato in stato di abbandono e quindi dichiarato adottabile.

A parere di chi scrive, sul punto è di particolare interesse l’osservazione fatta dai giudici nell’opinione dissenziente citata. Dopo aver premesso che è compito dei giudici nazionali interpretare la legge dei singoli Stati membri, questi hanno precisato: “*Nevertheless, we cannot but express our surprise as to the finding that the child, who was cared for by a couple that fully assumed the role of parents, was declared to be in a state of “abandonment”. If the only reason for such a finding was that the applicants were not, legally speaking, the parents, then we wonder whether the domestic courts’ reasoning is not excessively formal, in a manner that is incompatible with the requirements stemming from Article 8 of the Convention in such cases*” (46).

In un momento storico in cui, come già evidenziato in precedenza, la rilevanza dei legami affettivi “sociali” si è fatta breccia non solo nella giurisprudenza della Corte EDU, ma ormai anche in quella nazionale (47), in quanto situazioni giuridiche meritevoli di tutela nel perseguimento del superiore interesse del minore, forse non è poi così azzardato chiedersi se effettivamente un’interpretazione così formale della norma (o la norma stessa, se questa deve essere considerata l’unica interpretazione possibile) sia davvero ancora compatibile con l’art. 8 della Convenzione (e non solo).

Tra l’altro, la rilevanza del legame affettivo tra il bambino e le persone, non parenti, che se ne prendono cura è stata introdotta dalla legge n. 73/2015 (48), per quanto riguarda il minore e la famiglia affidataria, e in materia di adozione in casi particolari, ai sensi dell’art. 44 lett. a), l. 183/84. Secondo quest’ultima disposizione, infatti, è possibile richiedere l’adozione speciale da parte di chi è unito al minore “*da un rapporto stabile e duraturo quando il minore sia orfano di padre e di madre*”. Vero è che in questo caso il minore non è orfano, ma figlio di genitori ignoti, tuttavia è pur vero che questa è una condizione

(46) Par. 8 Opinione dissenziente, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(47) Ma anche da parte del legislatore, si vedano ad esempio la legge n. 173/2015 a tutela della continuità affettiva nei procedimenti di affidamento e adozione e la legge n. 76/2016 sulla Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e sulla disciplina delle convivenze, consultabili rispettivamente sui siti <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/10/29/15G00187/sg> e <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg>.

(48) Legge 19 ottobre 2015, n. 173, cit. La legge riconosce un vero e proprio diritto alla continuità affettiva del minore e delle persone affidatarie.

sostanzialmente assimilabile e infatti assimilata per quanto riguarda la dichiarazione di stato di abbandono e la dichiarazione di adottabilità. Per quanto riguarda poi la questione di quando concretamente un rapporto possa essere considerato sufficientemente stabile e duraturo ai fini del suo riconoscimento giuridico, questa rappresenta più propriamente una valutazione di fatto legata al caso concreto. Tale forma di adozione (*sub species* della lett. d) è poi riconosciuta nei confronti del convivente del genitore biologico del minore (49).

In ogni caso, quello che rileva è il rapporto instaurato dall'adulto con il bambino - il legame parentale di fatto o "sociale"- meritevole di tutela se rispondente all'interesse del minore, il cui accertamento in concreto è in ogni caso un elemento sempre imprescindibile.

Ad ogni modo, pur assumendo che l'interferenza nella vita privata sia stata legittima, si ritiene, come illustrato in seguito, che questa non sia stata comunque sufficientemente giustificata da parte delle Autorità nazionali (50).

4. Obiettivo legittimo.

La seconda questione da affrontare è se l'interferenza nel diritto alla vita privata perseguiva uno scopo legittimo. In merito, si è già osservato che la Corte d'Appello ha fondato la propria decisione sulla necessità di porre fine allo stato di abbandono, in cui è stato ritenuto si trovasse il minore, e quindi le misure adottate hanno avuto come fine la tutela dei diritti del bambino. La Corte EDU ha ritenuto però che queste perseguissero anche un altro obiettivo, cioè quello di "*preventing disorder*". Come la seconda sezione (51), infatti, i giudici della Grande Camera (la maggioranza) si sono riferiti al fatto che la coppia con il proprio comportamento avesse violato la legge sulle adozioni e la legge sulla procreazione medicalmente assistita (52). Bene, al di là delle considerazioni già svolte in precedenza in merito alla valutazione della illegalità del comportamento dei ricorrenti valutata in base a quanto stabilito dal singolo giudice, nonostante l'orientamento espresso (e citato) dal resto della giurisprudenza (53), l'argomentazione della CG non convince anche per un altro motivo.

Infatti, si è già osservato che è stato soltanto il Tribunale per i Minorenni,

(49) Si veda in merito all'applicazione al compagno (omosessuale) del genitore biologico Cass., sez. I civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962, consultabile sul sito http://www.neldiritto.it/public/pdf/12962_06_2016.pdf

(50) Si concorda quindi con l'opinione dissenziente, cfr. Par. 8 Opinione dissenziente, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(51) Par. 73 Corte EDU, seconda sez., *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, cit.

(52) Par. 177 Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(53) *In species* della Corte di Cassazione, che dovrebbe svolgere un ruolo superiore di nomofilia delle disposizioni di legge rispetto alle singole pronunce dei giudici di merito, e dalla Corte Costituzionale come giudice delle leggi.

giudice di primo grado, a fondare la propria pronuncia sulle necessità di porre fine ad una situazione causata dal comportamento illecito dei ricorrenti. La Corte d'Appello si è rifiutata, invece, di utilizzare la misura di porre il minore in stato di adozione come una sanzione nei confronti della coppia (54).

5. *Necessità in una società democratica.*

Infine, l'ultimo punto affrontato è quello relativo alla valutazione se l'ingerenza nel diritto tutelato dall'art. 8 CEDU era necessaria in una società democratica, al fine di raggiungere lo scopo perseguito.

Questa valutazione, come osservato dalla Grande Camera, implica in primo luogo che le ragioni addotte per giustificare la misura impugnata siano state pertinenti e sufficienti in relazione al legittimo scopo perseguito (55) ed in secondo luogo, sempre in relazione a quest'ultimo, che la misura sia stata proporzionata e sia stato operato un corretto bilanciamento degli interessi in gioco (56).

Anche su questo punto, quello che non convince fino in fondo nella sentenza è l'applicazione dei principi al caso concreto operata dalla Corte di Strasburgo, sebbene senza dubbio la valutazione dipenda largamente da quali specifiche finalità legittime sono identificate come quelle perseguite dalle Autorità nazionali, mediante l'adozione delle misure applicate.

Come indicato, in accordo a quanto sostenuto anche nell'opinione dissenziente, a parere di chi scrive la Corte d'Appello ha fondato l'allontanamento del bambino sulla condizione di quest'ultimo (stato di abbandono ai sensi delle legge adozioni). Al contrario, i giudici di Strasburgo non solo hanno preso in considerazione le motivazioni adottate dal Tribunale per i Minorenni (la situazione illegale creata dai ricorrenti), ma seguendo le osservazioni del Governo hanno valutato il contesto più ampio del divieto di accordi di gestazione per altri (e della sua *ratio*) da parte della legge Italiana e dell'esigenza di scoraggiarne la pratica all'estero (57).

In merito, i giudici Lazarova Trajakovska, Bianku, Laffrancque, Lemmens e Grozev hanno osservato che: *“the specific facts of the present case, and in particular the judgments handed down by the domestic authorities, do not warrant such a broad approach, in which sensitive policy considerations may play an important role”*. Inoltre, si deve nuovamente porre in rilievo che

(54) Questa osservazione è stata evidenziata anche nell'opinione dissenziente, dai giudici Lazarova Trajakovska, Bianku, Laffrancque, Lemmens e Grozev, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(55) Si veda il paragrafo 179 della sentenza, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12 cit.

(56) Si veda il paragrafo 181 della sentenza, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12 cit.

(57) Si veda il paragrafo 203 della sentenza, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

sulla nozione di ordine pubblico, a cui riconduce il concetto di “*preventing disorder*” utilizzato dalla Corte EDU, questa aveva a disposizione l’orientamento ormai consolidato della Corte di Cassazione. In base a questo - seppure in merito al riconoscimento del certificato di nascita straniero - i giudici di legittimità nazionali hanno stabilito che il riconoscimento dell’atto straniero “*nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne [...] nell’ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia [...] non contrasta con l’ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie nell’ordinamento italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell’interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello status filiationis, validamente acquisito all’estero*” (58).

A questo non può ostare il rilievo che la nascita del minore sia avvenuta a seguito del ricorso ad una pratica di procreazione medicalmente assistita non consentita dalla legge italiana. “*Non si può ricorrere alla nozione di ordine pubblico*” afferma, infatti, la Corte, “*per giustificare discriminazioni nei confronti [del minore] a causa della scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia [...] Vi sarebbe altrimenti una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali*” (59).

Inoltre, sebbene spetti al legislatore nazionale stabilire la politica in materia, tuttavia deve anche riconoscersi che la legge italiana non ha effetti extraterritoriali (60). In particolare, quando una coppia è ricorsa all’estero a tale pratica e rientra legalmente in Italia con il bambino nato, per le Autorità italiane dovrebbe essere rilevante la situazione di fatto sussistente in Italia. In base al medesimo rilievo nell’opinione dissenziente, i giudici non concordano con l’argomentazione della GC, secondo cui la *ratio* che ha spinto il legislatore a vietare tale pratica è rilevante in merito alle misure adottate per scoraggiare il ricorso a tale tecnica procreativa all’estero. Gli stessi hanno osservato che la pertinenza di questi motivi diventa meno evidente, infatti, quando una situazione è stata prodotta all’estero, perché, in quanto tale, non può avere violato la legge italiana (61). Inoltre, si deve anche sottolineare che la condizione

(58) Par. 8.4, p. 36, sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016, cit.

(59) Par. 8.3, pp. 34-35 sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016, cit.

(60) “*We do not intend to express any opinion on the prohibition of surrogacy arrangements under Italian law. It is for the Italian legislature to state the Italian policy on this matter. However, Italian law does not have extraterritorial effects*”, Dissenting opinion, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2011, ric. n. 25358/12, cit. Peraltro, come visto, la considerazione è allineata alla giurisprudenza di legittimità italiana, si vedano le sentenze citate *supra*.

(61) “*Where a couple has managed to enter into a surrogacy agreement abroad and to obtain from a mother living abroad a baby, which subsequently is brought legally into Italy, it is the factual situation in Italy stemming from these earlier events in another country that should guide the relevant*

creata dai ricorrenti in Russia è stata inizialmente riconosciuta e formalizzata dalle autorità italiane attraverso il consolato di Mosca (62).

In ogni caso, quali che siano le ragioni avanzate per giustificare l'allontanamento del minore dalla coppia, non pare che le Autorità italiane abbiano effettuato comunque un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, come invece ritenuto dalla Grande Camera.

Per quanto riguarda gli interessi pubblici, si è già messo in evidenza come sia stato dato forse troppo peso alla necessità di porre fine ad una situazione illegale e di scoraggiare i cittadini a ricorrere all'estero a pratiche vietate in Italia. Non sono questi gli interessi, infatti, che la Corte d'Appello ha cercato di perseguire.

Riguardo agli interessi della coppia, invece, non è stato tenuto in alcuna considerazione il fatto che per anni questa ha atteso inutilmente l'arrivo di un bambino da adottare. La dichiarazione di idoneità all'adozione è infatti del 2006, i coniugi sono ricorsi alla gestazione per altri in Russia solo nel 2010. Se è vero che non esiste un diritto ad adottare o un diritto a costituire una famiglia, sussistono però il diritto alla realizzazione personale, il diritto di rispettare la decisione di divenire genitori e di poter accedere agli strumenti che lo consentono (63). Pertanto una volta ottenuta l'idoneità all'adozione deve essere riconosciuta alla coppia un'aspettativa meritevole di tutela. Il trascorre del tempo, infatti, può svuotare ed in alcuni casi compromettere (in questo caso per il superamento dei limiti di età) la possibilità di formare una famiglia, peraltro svilendo anche la *ratio* della legge sulle adozioni (64). Se il sistema italiano sulle adozioni avesse funzionato con tempi diversi, forse i coniugi in Russia non ci sarebbero andati.

Non pare sia stato dato poi il giusto rilievo neanche all'interesse dei coniugi a proseguire il rapporto con il bambino di cui volevano essere genitori, in particolar modo dal Tribunale per i Minorenni. Per questo il bambino è stato soltanto un mezzo per soddisfare le aspettative "narcisistiche" dei ricorrenti e nel complesso sembra affermare che chi pratica all'estero la fecondazione eterologa o la gestazione è per ciò stesso inadatto ad essere un buon genitore, fino ad essere considerato talmente pericoloso che i minori devono essere im-

Italian authorities in their reaction to that situation. In this respect, we have some difficulty with the majority's view that the legislature's reasons for prohibiting surrogacy arrangements are of relevance in respect of measures taken to discourage Italian citizens from having recourse abroad to practices which are forbidden on Italian territory (see paragraph 203 of the judgment). In our opinion, the relevance of these reasons becomes less clear when a situation has been created abroad which, as such, cannot have violated Italian law", Dissenting opinion, Corte EDU, Paradiso e Campanelli v. Italy, Grande Camera, 24 gennaio 201, ric. n. 25358/12, cit.

(62) Si veda il par. 17, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 201, ric. n. 25358/12, cit.

(63) Par. 159 Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12 cit.

(64) Si veda l'inchiesta sullo stato del sistema adozioni in Italia, *Adozioni, la lunga gestazione di una famiglia quasi impossibile*, del 13 febbraio 2016 consultabile sul sito <http://www.pagina99.it/2016/07/29/adozioni-la-lunga-gestazione-di-una-famiglia-quasi-impossibile/>

mediatamente allontanati e destinati ad una casa famiglia. In merito, anche i giudici minoritari hanno ritenuto che “*such assessments were of a speculative nature and should not have guided the Minors Court in its examination of the Public Prosecutor’s request for urgent measures*” (65).

Deve essere ricordato, poi, che la coppia è stata dichiarata idonea all’adozione nel 2006 dallo stesso Tribunale per i Minorenni e che nella relazione dei servizi sociali del 2011, incaricati dallo stesso, si è riscontrato come i ricorrenti si occupassero del bambino secondo gli standard più elevati di cure. Queste valutazioni positive non sono state smentite da serie considerazioni riguardo al concreto miglior interesse del minore, bensì da ragionamenti astratti e generali (66).

Oltre a ciò, si evidenzia anche l’osservazione fatta in merito dai giudici minoritari. Come riconosciuto peraltro nella stessa sentenza della Grande Camera, questi hanno sottolineato che le Autorità nazionali hanno dato poco peso all’impatto che la separazione immediata e irreversibile dal bambino avrebbe avuto sui ricorrenti (67). Secondo l’opinione dissenziente questo fatto integra una grave lacuna - che non può essere giustificata con il fatto che il comportamento dei ricorrenti era illegale ed il rapporto con il bambino precario - e dimostra che in realtà non si è cercato di trovare un giusto equilibrio tra gli interessi dei ricorrenti e gli eventuali interessi contrapposti. Questo indipendentemente da quale sarebbe stato l’esito di tale bilanciamento (68).

Riguardo all’interesse del minore, invece, si rimanda a quanto già evidenziato in relazione alla valutazione di stato di abbandono e si mette qui in evidenza che nessuno dei giudici nazionali ha valutato se sarebbe stato nell’interesse del bambino rimanere con le persone che avevano assunto il ruolo di suoi genitori. Infatti, l’allontanamento si è fondato unicamente su motivazioni giuridiche, mentre i fatti hanno acquisito rilevanza solo per stabilire se, deciso l’allontanamento, questo sarebbe stato troppo traumatico per il minore (69).

(65) Dissenting opinion, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12 cit.

(66) Così si esprimono i giudici, dissenting opinion, cit.

(67) Si veda il paragrafo 211 Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12 cit.

(68) “*The courts did not address the impact which the immediate and irreversible separation from the child would have on the applicants (see paragraph 211 of the judgment). We find this a serious shortcoming, which cannot be justified by the majority’s consideration that the applicants’ conduct was illegal and their relationship with the child precarious (ibid.). The mere fact that the domestic courts did not find it necessary to discuss the impact on the applicants of the removal of a child who was the specific subject of their parental project demonstrates, in our opinion, that they were not really seeking to strike a fair balance between the applicants’ interests and any opposing interests, whatever these might have been*”, Dissenting opinion, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(69) Considerazione evidenziata anche dai giudici minoritari nell’opinione dissenziente, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit. “*We consider that in these circumstances it cannot be said that the domestic courts sufficiently addressed the impact that the removal would have on the child’s well-being*”.

Le medesime considerazioni giuridiche hanno portato le Autorità italiane ad escludere la possibilità di lasciare il minore in affidamento alla coppia in vista di una adozione. Non un accenno è stato fatto se fosse o meno nell'interesse del minore lo sviluppo del rapporto parentale di fatto instaurato fra la coppia e il minore, consentendone la prosecuzione sotto un'adeguata veste giuridica. In merito, appare sfuggente il punto in cui la Grande Camera ha riconosciuto che la legge italiana consentirebbe di derogare al prescritto limite di età per l'adozione, ma ha ritenuto non censurabile la scelta delle Autorità giurisdizionali italiane di non prendere in considerazione tale ipotesi nelle circostanze del caso di specie, senza indicare perché essa non fosse appunto censurabile (70). Ciò a meno di non voler intendere che, visto il comportamento dei ricorrenti contrario alla legge italiana, non possa essere rimproverato ai giudici di aver omesso l'esame di questa (non meritata) opzione.

In realtà, questi rilievi osservati sembrano omissioni piuttosto importanti nei procedimenti davanti ai giudici nazionali, poiché proprio in questi processi deve essere data la massima rilevanza all'interesse superiore del minore. Pertanto, si concorda con i giudici Lazarova Trajakovska, Bianku, Laffrancque, Lemmens e Grozev nel ritenere che le Autorità italiane non abbiano tenuto sufficientemente conto dell'impatto che la separazione così come il proseguimento della relazione genitoriale con la coppia avrebbero potuto avere sul benessere del bambino.

Infatti, il superiore interesse del minore “è, con certezza, diritto fondamentale che gode sia di una prospettiva sostanziale, direttamente rivolta a garantire le relazioni familiari del minore che di un'ulteriore dimensione di natura processuale. Quest'ultima costituisce la garanzia prima della protezione effettiva di quella sostanziale, di guisa che in tanto il preminente interesse del minore può dirsi salvaguardato, in quanto “nel processo” venga garantita un'adeguata ponderazione di tutti gli interessi in gioco e, fra questi, di quello del minore” (71). Superiore interesse che si delinea poi anche parametro interpretativo delle norme legislative (72) e che in generale opera come clausola generale con “un'accentuata vocazione a fungere da valvola di sicu-

(70) “214. Moreover, apart from the illegality of the applicants' conduct, the Government pointed out that they had exceeded the age limit for adoption laid down in section 6 of the Adoption Act, namely a maximum difference in age of forty-five years in respect of one adopting parent and fifty-five years in respect of the second. The Court observes that the law authorises the courts to make exceptions from these age-limits. In the circumstances of the present case, the domestic courts cannot be reproached for failing to consider that option” Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, cit.

(71) CONTI R., *Alla ricerca degli anelli di una catena*, in *Dirittoequestionipubbliche.it*, 2015 consultabile sul sito http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2015_n15-1/01_mono_06-Conti.pdf. Sul carattere fondamentale di tale diritto, insistono, d'altra parte, tanto le giurisdizioni sovranazionali - v. Corte dir. Uomo, Grande Camera, 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* - che quelle nazionali (Corte cost. n. 7/2013).

(72) Corte cost. n. 308/2008, in tema di assegnazione della casa coniugale.

rezza elastica capace di impedire che, nelle fattispecie concrete, l'applicazione di una disposizione normativa o di un provvedimento giurisdizionale possano determinare un nocumento al minore” (73).

Conclusioni.

Quanto emerso in questa sede, conferma l'opinione già espressa in merito alla valutazione fatta dalla seconda sezione della Corte EDU con la sentenza del 2015 (74), condividendo, in particolare, che gli elementi sui cui i giudici italiani hanno fondato la decisione di allontanare il bambino dai coniugi non fossero sufficienti, per ritenere questa misura proporzionata (75).

Tuttavia, non si può non tenere conto che non è sicuramente agevole valutare la proporzionalità delle misure adottate dalle Autorità nazionali, in un contesto come quello in oggetto in cui sussiste, oltre ad una diversità di discipline nei diversi ordinamenti nazionali, spesso anche una divergenza di tempi tra il diritto giurisprudenziale e il diritto politico (o meglio legislativo) (76). Si vedano, ad esempio, proprio le tematiche della gestazione per altri, del riconoscimento del certificato di nascita prodotto all'estero a seguito di ricorso a tale pratica o all'adozione del minore da parte del compagno del genitore biologico per le coppie omosessuali e alla rilevanza dei legami familiari “sociali”.

Inoltre, ogni fattispecie presenta peculiarità (e questa ne presenta senza dubbio) che possono avere come conseguenza quella di portare a soluzioni diverse, pur applicando quegli stessi principi che anche la Grande Camera man-

(73) CONTI R., *Alla ricerca degli anelli di una catena*, in *Dirittoequestionipubbliche.it*, 2015, cit.

(74) BRUGIOTTI E., *Maternità surrogata. Il rifiuto di registrazione dell'atto di nascita nella giurisprudenza della Corte Edu e alcune conseguenze applicative nell'ordinamento italiano (e non solo)*, cit.

(75) “86. Tenuto conto di questi fattori, la Corte non è convinta del carattere adeguato degli elementi sui quali le autorità si sono basate per concludere che il minore doveva essere preso in carico dai servizi sociali. Ne deriva che le autorità italiane non hanno mantenuto il giusto equilibrio che deve sussistere tra gli interessi in gioco”, *Paradiso Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, cit. Medesima conclusione anche quella dei giudici Lazarova Trajakovska, Bianku, Laffrancque, Lemmens e Grozev nell'opinione dissenziente: “*In our opinion, it has not been shown that the Italian authorities struck the fair balance that had to be maintained between the competing interests at stake*”, Opinione dissenziente, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12 cit.

(76) In un ambiente segnato cioè da forti ritardi ed evidenti carenze del legislatore nel farsi carico di una efficace tutela dei diritti fondamentali (non solo dei “nuovi”, specie di quelli maggiormente legati allo sviluppo scientifico e tecnologico, ma anche dei vecchi, pure bisognosi di rinnovate regolazioni al passo coi tempi), si assiste all'emersione dei giudici quali operatori istituzionali specificamente preposti ad offrire quella tutela, pur nei limiti del ruolo che è loro proprio. Così RUGGERI A., *Dialogo tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, *I Quaderni europei*, n. 56, dicembre 2013, consultabile sul sito http://www.cde.unict.it/sites/default/files/Quaderno%20europeo_59_dicembre_2013.pdf; dello stesso autore, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, *Consulta Online*, Fasc. III, 2015 cit.; ancora si veda AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, a cura di CAVINO M., TRIPODINA C., Milano 2012; ROMBOLI R., del quale v., tra i molti suoi contributi, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *Quad. 21/Seminario 2010*, a cura dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Torino 2012, p. 131 ss.

tiene in ogni caso fermi. Peraltro, l'insistenza con cui nella pronuncia la Corte EDU ha voluto sottolineare di volersi attenere strettamente al caso concreto ed alle misure adottate dalle Autorità, così come il volerlo differenziare rispetto ai *leading case* in materia (es. i casi *Mennesonn c. Francia* (77) e *Labassee c. Francia* (78)) fanno ragionevolmente supporre che, in altre condizioni, probabilmente la soluzione sarebbe stata diversa.

In questi termini, tra l'altro, pare essere stata recepita anche dalla prima giurisprudenza italiana (79), anche se indubbiamente saranno necessarie altre pronunce sia della Corte di Strasburgo sia dei giudici italiani (e non) per valutare l'effettiva portata di questa decisione.

Ad ogni modo, in questa sede si è cercato di evidenziare alcuni profili critici che la sentenza della Grande Camera è sembrata presentare. Così, ad esempio, non si è condivisa l'applicazione ristretta della nozione di vita familiare adottata in questo caso. Sebbene, infatti, la Corte EDU non abbia inserito la considerazione dell'origine (se legale o meno e se biologica o meno) dell'instaurazione della convivenza fra i criteri per valutare la sussistenza di una vita familiare, come invece suggerito dai giudici Spano e Raimondi (80), questi parametri sono parsi avere fin troppa rilevanza nella valutazione sostanziale fatta dalla Grande Camera.

È un dato evidente, come già evidenziato, che la genitorialità non è più solo ed esclusivamente quella fondata sul legame genetico. La scissione tra filiazione genetica e filiazione giuridica, prima riscontrabile solo nell'istituto dell'adozione, è diventata il risultato di un più ampio processo evolutivo, al quale contribuiscono anche le nuove tecniche di riproduzione assistita. Da un lato, attraverso la procreazione assistita di tipo eterologo - ora consentita nel nostro ordinamento in seguito all'intervento della Corte costituzionale (81) che ha dichiarato illegittimo il divieto - nei casi di infertilità si può divenire genitori senza aver dato il proprio contributo genetico, ma con l'apporto di un donatore esterno alla coppia. D'altro lato, si è affermato, specialmente nelle attuali famiglie allargate o ricomposte, e trova riconoscimento da parte della giurisprudenza (82) la figura del "genitore sociale", che si prende cura del minore in senso morale e materiale, svolgendo un ruolo genitoriale e costituendo un riferimento significativo affettivo ed educativo.

(77) *Mennesonn c. Francia*, Corte EDU Sez. V, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, cit.

(78) *Labassee c. Francia*, Corte EDU Sez. V, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, cit.

(79) Corte d'Appello di Trento, 23 febbraio 2017, cit.

(80) Nell'opinione parzialmente dissenziente allegata alla sentenza Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grande Camera, 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, consultabile in inglese sul sito [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],\[%22appno%22:\[%2225358/12%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-151056%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],[%22appno%22:[%2225358/12%22],[%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-151056%22]}).

(81) Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, consultabile sul sito www.cortecostituzionale.it/action-SchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162.

(82) Ma si è visto anche nella normativa, si veda la l. n. 175/2015 cit.

La decisione giudiziale - che sia l'adozione da parte del *partner* del genitore biologico o il riconoscimento dello *status* di figlio conseguito all'estero o, anche, la semplice continuazione di un rapporto preesistente basato sugli affetti - deve essere guidata esclusivamente dal raggiungimento dell'interesse del minore (83). Non importa, quindi, se questo sia nato da un progetto voluto e attuato insieme dalla coppia, all'estero, attraverso l'utilizzazione delle tecniche di procreazione assistita, o che sia nato da una precedente relazione; ciò che rileva è che la persona che si comporta come genitore dia piena realizzazione ai diritti del minore all'amore e alla protezione e costituisca per questo una figura fondamentale nella vita del bambino. In questi procedimenti, dunque, la scelta delle misure da adottare nei confronti del minore non dovrebbe fondarsi su politiche volte a scoraggiare/punire condotte tenute dagli adulti.

Inoltre, è vero che in materia come quella delle scelte procreative è riconosciuto agli Stati membri un ampio margine di apprezzamento, ma questo si dovrebbe arrestare, come visto, di fronte al superiore interesse del minore (che sia o meno ricorrente in prima persona nel procedimento). Il riferimento al carattere *superiore*, infatti, sembra porre tale valore per ciò stesso al di sopra di altri valori concorrenti che andrebbero posti su un gradino inferiore, dovendosi nel conflitto dare comunque spazio alla prevalenza del primo sul secondo (84). In ogni caso, il riconoscimento del margine di apprezzamento di ciascuno Stato membro non può arrivare al punto di consentire un'efficacia extraterritoriale della legge nazionale, configurando illecita l'attività della coppia compiuta in un Paese dove tale pratica è perfettamente lecita (85).

In questo caso, poi, avrebbe potuto giocare forse un ruolo più significativo l'interpretazione che di quelle norme dà la giurisprudenza nazionale, soprattutto le Corti superiori. In particolare, come si è indicato, in tema di definizione di ordine pubblico, di rilevanza dei rapporti parentali di fatto, di scissione tra filiazione genetica e filiazione giuridico sociale (86), di non illiceità di com-

(83) Per questo fine deve essere preceduta da accurate indagini sociali e psicologiche volte principalmente a verificare l'idoneità affettiva e la capacità educativa di chi ha svolto e svolgerà il ruolo genitoriale, oltre alla situazione personale, economica e familiare.

(84) CONTI R., *Alla ricerca degli anelli di una catena*, in *Dirittoequestionipubbliche.it*, 2015, cit. A tal riguardo si veda Corte cost. n. 198/1986 in cui viene riconosciuto il potere del giudice di valutare "il superiore interesse del minore: in vista del quale la legge, in determinate situazioni, abbandona le soluzioni rigide, prevedendo che la valutazione [...] sia effettuata in concreto dal giudice nell'esclusivo interesse del minore", consultabile sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0198s-86.html>

(85) Corte di Cassazione, sentenza n. 13525 del 5 aprile 2016, cit.

(86) "Nel quadro legislativo attuale, il concetto di discendenza non ha, dunque, riguardo soltanto ad un fatto genetico, ma assume una connotazione giuridico-sociale, dal momento che, oltre al legame biologico fra genitori e figlio, viene conferita dignità anche ad un legame di genitorialità in assenza di una relazione genetica, in quanto conseguente al ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale (omologa o eterologa) secondo la disciplina fissata dalla citata L. n. 40, come modificata dal Giudice costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014. Il nostro ordinamento riconosce dunque, in parallelo al concetto di genitorialità biologica, anche un concetto di genitorialità legale", Corte di Cassazione, se-

portamenti praticati all'estero, di bilanciamento degli interessi in materia di gestazione per altri quando è coinvolto l'interesse di un minore (87), ci sono stati rilevanti mutamenti in questi ultimi anni. Questi si sono mostrati non solo a livello di Tribunali ordinari, ma anche come si è visto da parte della Corte Costituzionale e soprattutto della Corte di Cassazione (88). Tuttavia, gli stessi rimangono sullo sfondo rispetto alle interpretazioni date nelle singole sentenze che hanno deciso il caso concreto e alle osservazioni presentate dal Governo; mentre avrebbero potuto essere rilevanti nel valutare soprattutto la proporzionalità delle misure adottate dalle Autorità, in base agli elementi posti da queste a fondamento dei provvedimenti adottati.

Infine, non può non sottolinearsi che questi cambiamenti nella giurisprudenza nazionale sono stati spesso la conseguenza proprio del recepimento di principi sanciti dai Giudici di Strasburgo. Si deve ribadire, infatti, che senza le previsioni della CEDU (ed in generale delle Carte di origine sovranazionale) e, soprattutto, dell'opera dei giudici non nazionali, molti diritti non avrebbero ottenuto pieno riconoscimento e tutela o quantomeno l'avrebbero avuto con tempi molto diversi. Si condivide, quindi, quanto osservato da autorevole dottrina secondo cui molte conquiste di civiltà si devono a quest'opera che si è estesa a moltissimi campi, specialmente riguardo ai nuovi diritti. *“Non v'è questione eticamente sensibile in cui la mano dei giudici extranazionali non*

zione VI penale, sentenza 17 novembre 2016, n. 48696, cit. Non si ignora poi una precedente sentenza della Corte di Cassazione 24001/14, che ha confermato la decisione dei giudici di merito di dare in adozione un bambino nato da gestazione per altri all'estero e privo di alcun legame biologico con la coppia. Tuttavia, in quel caso i ricorrenti erano ricorsi a tale pratica senza utilizzare volontariamente il proprio materiale genetico, cosa che aveva anche reso non legale il procedimento di gestazione per altri nel paese estero (Ucraina, la quale ammetterebbe le tecniche di surrogazione di maternità a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente). Inoltre, in Italia la coppia era stata dichiarata per tre volte non idonea all'adozione per *“grosse difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva”*. Il che non può che confermare come il superiore interesse del minore deve essere sempre accertato in concreto. La sentenza è consultabile sul sito <http://www.biodiritto.org/index.php/item/571-cassazione-surrogata>.

(87) Soggetto che non ha partecipato a quella scelta e non può quindi subirne in alcun modo gli effetti, anche se questi sono finalizzati a scoraggiare la pratica all'estero di quello che è vietato in Italia.

(88) Si vedano le citate Corte di Cassazione, III sezione civile, sentenza 19405/2013; Corte di Cassazione sentenza 19599/2016; Corte costituzionale con la sentenza 5 ottobre 2016, n. 225; per i giudici di merito fra le tante la Corte d'Appello di Trento, 23 febbraio 2017 (cit.) e ancora i due recentissimi decreti del 7 e 8 marzo 2017 del Trib. min. Firenze di riconoscimento di due sentenze straniere di adozione di minori residenti in quegli Stati da parte di due coppie di uomini, aventi la cittadinanza italiana e residenti da tempo nello stato estero, consultabili rispettivamente sul sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/Trib-min-fi-1.pdf> e <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/Trib-min-fi-2.pdf>; ancora, ordinanza CdA Napoli, 30 marzo 2016, consultabile sul sito <http://www.articolo29.it/corte-dappello-di-napoli-sentenza-del-30-marzo-2016/>; sentenza CdA Roma, Sez. min., 23 dicembre 2015, n. 7127, consultabile sul sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/12/SENTENZA-CORTE-APPELLO-ROMA-23-12-15.pdf>; Trib. Palermo decr., 13 aprile 2015 (cit); Sentenza Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, consultabile sul sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/08/trib-min-Roma-30-7-2014.pdf>.

abbia avuto modo di lasciare un segno marcato, che ha incoraggiato e sovente orientato ed influenzato, anche in significativa misura, l'intraprendenza dei giudici nazionali" (89).

Pertanto, al di là del singolo caso concreto oggetto di queste note, non può che guardarsi positivamente nel complesso al *"benefico dinamismo giurisprudenziale"* (90), frutto di un dialogo intergiurisprudenziale (91) che si spera si sviluppi in modo costruttivo da entrambi le parti, per diventare sempre più un valore aggiunto nella tutela effettiva dei diritti (92).

(89) Così RUGGERI A., *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, *Consulta Online*, Fasc. III, 2015, Estratto pag. 783, a cui si rinvia anche per indicazioni sull'ampia letteratura in argomento, consultabile sul sito <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri52.pdf>; tra cui si veda CONTI R. *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014; D'AMICO M., *Opportunità e limiti del diritto giurisprudenziale in relazione alle problematiche dell'inizio della vita (i casi della procreazione medicalmente assistita e dell'interruzione volontaria di gravidanza)*, in www.forumcostituzionale.it, 20 luglio 2015, e, della stessa, pure *ivi*, ora, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*; CONTI R., *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 2013, 127 ss.; dello stesso autore sulle unioni e adozioni per le coppie omosessuali, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, consultabile sul sito http://www.cde.unict.it/sites/default/files/files/R_%20Conti_La%20giurisprudenza%20della%20Corte%20europea%20dei%20diritti%20dell'uomo%20e%20dei%20giudici%20di%20merito.pdf

(90) CARTABIA M., *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, pag. 30.

(91) Cfr. AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di D'ANDREA L., MOSCHELLA G., RUGGERI A., SAITTA A., Giappichelli, Torino 2015; RUGGERI A., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, nel vol. coll. da ultimo cit., nonché in *Consulta Online*, 2014, 24 novembre 2014. La questione del dialogo fra le Corti e i giudizi nazionali è oggetto da tempo di inteso confronto dottrinale, del quale non può rendersene conto in queste note a margine della sentenza della Corte EDU. Per un inquadramento generale si rinvia a Malfatti E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, sec. ed., 2015; RUGGERI A. *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2013, consultabile sul sito http://www.dirittifondamentali.it/unicas_df/attachments/article/148/Ruggeri_%E2%80%9CDialogo%E2%80%9D%20tra%20Corti%20europee%20e%20giudici%20nazionali.pdf; *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di COSIO R., FOGLIA R., Milano 2013; GIOVANNETTI T., PASSAGLIA P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di ROMBOLI R., Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; RUGGERI A., *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in www.federalismi.it, 18/2014; per un'analisi critica sull'impatto che la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo ha sulle modalità e sui risultati della protezione dei diritti negli ordinamenti e, in particolare in quello italiano, sostenendo che tale impatto costituisca una delle cause dell'attuale crisi dei diritti, non dando per scontata l'equazione "più diritti = più giustizia", si rinvia a TEGA D., *I diritti in crisi - Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, 2012.

(92) In tal senso potranno avere un ruolo rilevante gli strumenti operanti con il Protocollo d'intesa e con la richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali, previsti nel Protocollo n. 16 alla CEDU. Quanto al primo è stato firmato l'11 dicembre 2015 dal Primo Presidente della Corte di Cassazione ed il Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo (iniziativa intrapresa poco prima anche con la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato francesi). Nella circolare del Segretario generale della Corte di Cassazione in attuazione del Protocollo d'intesa

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017^(*) - Ricorso n. 25358/12 - Causa Paradiso e Campanelli c. Italia - Pres. Luis López Guerra, Giudici Guido Raimondi, Mirjana Lazarova Trajkovska, Angelika Nußberger, Vincent A. De Gaetano, Khanlar Hajiyev, Ledi Bianku, Julia Laffranque, Paulo Pinto de Albuquerque, André Potocki, Paul Lemmens, Helena Jäderblom, Krzysztof Wojtyczek, Valeriu Griţco, Dmitry Dedov, Yonko Grozev, Síofra O'Leary.

(...)

II. IL DIRITTO E LA PRASSI INTERNI PERTINENTI

A. Il diritto italiano

1. La legge sul diritto internazionale privato

57. Ai sensi dell'articolo 33 della legge n. 218 del 1995 sul sistema italiano di diritto internazionale privato, la filiazione è determinata dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita.

2. La legge per la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile

58. Il decreto del Presidente della Repubblica del 3 novembre 2000 n. 396 (legge per la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile) prevede che le dichiarazioni di nascita relative a cittadini italiani rese all'estero devono essere trasmesse alle autorità consolari (articolo 15). Le autorità consolari trasmettono copia degli atti ai fini della trascrizione all'ufficiale dello stato civile del comune in cui l'interessato intende stabilire la propria residenza (articolo 17). Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico (articolo 18). Affinché essi producano i loro effetti in Italia, i provvedimenti emessi all'estero pronunciati in materia di capacità delle persone o di esistenza di rapporti familiari (...) non devono essere contrari all'ordine pubblico (articolo 65).

3. La legge n. 40 del 19 febbraio 2004 sulla procreazione medicalmente assistita

59. L'articolo 4 di questa legge prevedeva il divieto di ricorrere alla tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Il mancato rispetto di questa norma comportava una sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 EUR a 600.000 EUR.

60. La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di queste disposizioni nella misura in cui il divieto riguardava una coppia eterosessuale cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità assolute ed irreversibili.

61. In questa stessa sentenza, la Corte costituzionale ha dichiarato che il divieto della surrogazione di maternità, prevista dall'articolo 12, comma 6, della legge, è invece legittimo. Tale disposizione punisce chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la commercializzazione di ga-

si legge: *“La possibilità di confronto diretto consentirà di accelerare e migliorare i meccanismi di emergenza ed inclusione della giurisprudenza della Corte dei diritti umani nell'ordinamento nazionale, offrendo altresì l'opportunità di un interscambio sui “conflitti” già in atto o potenziali, che sono destinati a presentarsi rispetto a casi concreti, favorendo la comprensione piena delle rispettive posizioni, ancora una volta nel pieno rispetto dell'autonomia delle due Istituzioni giudiziarie”*. Entrambi sono consultabili su http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1456162578attuazione_del_protocollo_d_intesa-4.pdf. Il protocollo n. 16 alla CEDU, adottato il 2 ottobre 2013, è consultabile sul sito http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ITA.pdf; lo stato delle firme e delle ratifiche può essere consultato sul sito <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures>

() Traduzione della sentenza a cura del Ministero della Giustizia, Direzione generale degli affari giuridici e legali, eseguita e rivista da Rita Carnevali, assistente linguistico, e dalla dott.ssa Martina Scantamburlo, funzionario linguistico, con la collaborazione della dott.ssa Daniela Riga, funzionario linguistico.*

meti o di embrioni o la surrogazione di maternità. Le sanzioni previste sono la reclusione (da tre mesi a due anni) e una multa da 600.000 EUR a 1.000.000 EUR.

62. Con la sentenza n. 96 del 5 giugno 2015, la Corte costituzionale si è nuovamente pronunciata sul divieto di ricorrere alle tecniche di procreazione eterologa e ha dichiarato tali disposizioni incostituzionali nei confronti delle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili.

4. Le disposizioni pertinenti in materia di adozione

63. Le disposizioni relative alla procedura di adozione sono contenute nella legge n. 184/1983, dal titolo «Diritto del minore a una famiglia», come modificata dalla legge n. 149 del 2001. Secondo l'articolo 2, il minore che è rimasto temporaneamente senza un ambiente familiare idoneo può essere affidato ad un'altra famiglia che abbia, se possibile, altri figli minori, o a una persona singola, o a una comunità di tipo familiare, al fine di assicurargli il mantenimento, l'educazione e l'istruzione. Nel caso in cui non fosse possibile un affidamento familiare idoneo, è consentito l'inserimento del minore in un istituto di assistenza pubblico o privato, preferibilmente nel luogo di residenza del minore.

L'articolo 5 prevede che la famiglia o la persona alla quale il minore è affidato debbano provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione tenendo conto delle indicazioni del tutore ed osservando le prescrizioni stabilite dall'autorità giudiziaria. In ogni caso, la famiglia di accoglienza esercita la responsabilità genitoriale in relazione agli ordinari rapporti con la scuola e il servizio sanitario nazionale. La famiglia di accoglienza deve essere sentita nel procedimento di affidamento e in quello che riguarda la dichiarazione di adottabilità.

L'articolo 6 della legge prevede dei limiti di età per adottare. La differenza fra l'età del minore e quella degli adottanti deve essere di almeno diciotto anni e al massimo di quarantacinque anni, tale limite può essere portato a cinquantacinque anni per il secondo adottante. Il tribunale per i minorenni può derogare a tali limiti di età se ritiene che la mancata adozione del minore sarebbe pregiudizievole per quest'ultimo.

Peraltro, l'articolo 7 prevede che l'adozione è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità.

L'articolo 8 prevede che «possono essere dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni, anche d'ufficio, (...) i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio». «La situazione di abbandono sussiste», prosegue l'articolo 8, «(...) anche quando i minori si trovino presso istituti di assistenza (...) o siano in affidamento familiare». Infine, questa disposizione prevede che la causa di forza maggiore non sussista se i genitori o gli altri parenti tenuti a provvedere al minore rifiutano le misure di sostegno offerte dai servizi sociali locali e se tale rifiuto viene ritenuto ingiustificato dal giudice. La situazione di abbandono può essere segnalata all'autorità pubblica da ogni cittadino e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. D'altra parte, ogni funzionario pubblico, nonché la famiglia del minore, che siano a conoscenza dello stato di abbandono di quest'ultimo, sono obbligati a farne denuncia. Peraltro, gli istituti di assistenza devono informare regolarmente l'autorità giudiziaria della situazione dei minori collocati presso di loro (articolo 9).

L'articolo 10 prevede poi che il tribunale possa disporre, fino all'affidamento preadottivo del minore alla famiglia di accoglienza, ogni opportuno provvedimento provvisorio nell'interesse del minore, compresa eventualmente la sospensione della potestà genitoriale.

Gli articoli da 11 a 14 prevedono una indagine volta a chiarire la situazione del minore e a stabilire se quest'ultimo si trovi in uno stato di abbandono. In particolare, l'articolo 11 dispone

che quando dalle indagini risulta che il minore non ha rapporti con alcun parente entro il quarto grado, il tribunale provvede a dichiarare lo stato di adottabilità salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'articolo 44.

Al termine del procedimento previsto da questi ultimi articoli, se lo stato di abbandono ai sensi dell'articolo 8 persiste, il tribunale per i minorenni dichiara lo stato di adottabilità del minore se: a) i genitori o gli altri parenti non si sono presentati nel corso del procedimento; b) la loro audizione ha dimostrato il persistere della mancanza di assistenza morale e materiale nonché la non disponibilità degli interessati ad ovviarvi; c) le prescrizioni impartite ai sensi dell'articolo 12 sono rimaste inadempite per responsabilità dei genitori (articolo 15). L'articolo 15 prevede anche che la dichiarazione dello stato di adottabilità sia disposta dal tribunale per i minorenni in camera di consiglio con decreto motivato, sentito il pubblico ministero, nonché il rappresentante dell'istituto presso cui il minore è stato ricoverato o la sua eventuale famiglia di accoglienza, il tutore e il minore stesso se abbia compiuto i dodici anni o, se è più giovane, se sia necessaria la sua audizione. L'articolo 17 prevede che l'opposizione al provvedimento sullo stato di adottabilità del minore debba essere depositata entro trenta giorni a partire dalla data della comunicazione alla parte ricorrente. L'articolo 19 prevede che durante lo stato di adottabilità sia sospeso l'esercizio della potestà genitoriale.

L'articolo 20 prevede infine che lo stato di adottabilità cessi nel momento in cui il minore è adottato o se quest'ultimo diventa maggiorenne. Peraltro, lo stato di adottabilità può essere revocato, d'ufficio o su richiesta dei genitori o del pubblico ministero, se le condizioni previste dall'articolo 8 sono state nel frattempo revocate. Tuttavia, se il minore è stato dato in affidamento preadottivo ai sensi degli articoli da 22 a 24, lo stato di adottabilità non può essere revocato.

64. L'articolo 44 prevede alcuni casi di adozione speciale: l'adozione è possibile per i minori che non sono stati ancora dichiarati adottabili. In particolare, l'articolo 44 d) prevede l'adozione quando è impossibile procedere a un affidamento preadottivo.

65. L'articolo 37bis di questa legge prevede che ai minori stranieri che si trovano in Italia in situazione di abbandono si applichi la legge italiana in materia di adozione, di affidamento e di provvedimenti necessari in caso di urgenza.

66. Le persone che desiderano adottare un bambino straniero devono rivolgersi a enti autorizzati per la ricerca di un minore (articolo 31) e alla Commissione per le adozioni internazionali (articolo 38). Quest'ultima è l'unico organo competente per autorizzare l'ingresso e la residenza permanente del minore straniero in Italia (articolo 32). Una volta che il minore è arrivato in Italia, il tribunale per i minorenni ordina la trascrizione del provvedimento di adozione nel registro dello stato civile.

67. Ai sensi dell'articolo 72 della legge, chiunque - in violazione delle disposizioni di cui al paragrafo 66 supra - introduce nel territorio dello Stato uno straniero minore di età per procurarsi denaro o altra utilità, e perché il minore sia definitivamente affidato a cittadini italiani, commette un reato punibile con la reclusione da uno a tre anni. Tale pena si applica anche a coloro che, in cambio di denaro o altra utilità, accolgono stranieri minori di età in «affidamento» con carattere di definitività. La condanna per tale violazione comporta l'inidoneità a ottenere affidamenti e l'incapacità all'ufficio tutelare.

5. Il ricorso per cassazione previsto dall'articolo 111 della Costituzione

68. Ai sensi dell'articolo 111, comma 7, della Costituzione italiana, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti giudiziari aventi ad oggetto le restrizioni della libertà personale. La Corte di cassazione ha esteso il campo di applicazione di questo rimedio ai procedimenti civili quando la decisione da contestare ha un impatto so-

stanziale su alcune situazioni (decisoria) e non può essere modificata o revocata dallo stesso giudice che l'ha pronunciata (definitiva).

I provvedimenti con i quali il tribunale per i minorenni dispone misure urgenti nei confronti di un minore in stato di abbandono adottati in base all'articolo 10 della legge sull'adozione (articoli 330 e seguenti del codice civile, 742 del codice di procedura civile) sono modificabili e revocabili e possono essere oggetto di reclamo dinanzi alla corte d'appello. Trattandosi di provvedimenti che possono essere modificati e revocati in qualsiasi momento, non è ammesso il ricorso per cassazione (Cassazione civile, Sez. I, sentenza del 18.10.2012, n. 17916).

6. La legge che ha istituito i tribunali per i minorenni

69. Il regio decreto n. 1404 del 1934, convertito nella legge n. 835 del 1935, ha istituito i tribunali per i minorenni. Tale legge ha subito ulteriori modifiche in seguito.

Ai sensi del suo articolo 2, il tribunale per i minorenni è composto da un magistrato di corte d'appello, che lo presiede, da un magistrato di tribunale e da due cittadini, un uomo ed una donna, benemeriti, dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia.

B. La giurisprudenza della Corte di cassazione

1. Giurisprudenza antecedente all'udienza dinanzi alla Grande Camera

70. La Corte di cassazione (Sezione I, sentenza n. 24001 del 26 settembre 2014) si è pronunciata in una causa civile relativa a due cittadini italiani che si erano recati in Ucraina per avere un figlio mediante una surrogazione di maternità. La Corte di cassazione ha ritenuto che la decisione di disporre l'affidamento del minore fosse conforme alla legge. Avendo constatato l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, ne ha dedotto che la situazione controversa era illegale rispetto al diritto ucraino, in quanto quest'ultimo esige che vi fosse un legame biologico con uno degli aspiranti genitori. Dopo avere rammentato che il divieto di surrogazione di maternità era sempre vigente in Italia, l'alta giurisdizione ha spiegato che il divieto di tale pratica nel diritto italiano era di natura penale e aveva lo scopo di proteggere la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione. Essa ha aggiunto che solo un'adozione regolare, riconosciuta dalla legge, rendeva possibile una genitorialità non fondata sul legame biologico, e ha dichiarato che la valutazione dell'interesse del minore veniva operata a monte dalla legge, e che il giudice non dispone in questa materia di alcuna discrezionalità. Ne ha concluso che non poteva esserci conflitto con l'interesse del minore quando il giudice applicava la legge nazionale e non teneva conto della filiazione stabilita all'estero in seguito a una surrogazione di maternità.

2. Giurisprudenza posteriore all'udienza dinanzi alla Grande Camera

71. La Corte di cassazione (Sezione V, sentenza n. 13525 del 5 aprile 2016) si è pronunciata nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di due cittadini italiani che si erano recati in Ucraina per concepire un figlio ricorrendo a una donatrice di ovuli e a una madre surrogata. La legge ucraina esige che uno dei due genitori sia il genitore biologico. La sentenza di assoluzione pronunciata in primo grado era stata impugnata in cassazione dal pubblico ministero. L'alta giurisdizione ha rigettato il ricorso del pubblico ministero, confermando così l'assoluzione, fondata sulla constatazione che i ricorrenti non avevano violato l'articolo 12 c. 6 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004 sulla procreazione medicalmente assistita in quanto avevano fatto ricorso a una tecnica di procreazione assistita che era legale nel paese in cui era stata praticata. Inoltre, la Corte di cassazione ha ritenuto che il fatto che gli imputati avessero presentato alle autorità italiane un certificato di nascita straniero non fosse costitutivo del reato di «falsa dichiarazione sull'identità» (articolo 495 del codice penale) o di «alterazione

di stato» (articolo 567 del codice penale), dal momento che il certificato in questione era legittimo rispetto al diritto del paese che lo aveva rilasciato.

72. La Corte di cassazione (Sezione I, sentenza n. 12962/14 del 22 giugno 2016) si è pronunciata in una causa civile in cui la ricorrente aveva chiesto di poter adottare il figlio della sua compagna. Le due donne si erano recate in Spagna allo scopo di ricorrere a tecniche di procreazione assistita vietate in Italia. Una di loro era la «madre» ai sensi del diritto italiano, il liquido seminale proveniva da un donatore ignoto. La ricorrente aveva vinto la causa in primo e secondo grado. Adita dal pubblico ministero, l'alta giurisdizione ha rigettato il ricorso di quest'ultimo ed ha così accettato che un figlio nato grazie a tecniche di procreazione assistita all'interno di una coppia di donne fosse adottato da quella che non l'aveva partorito. Per giungere a tale conclusione la Corte di cassazione ha tenuto conto del legame affettivo stabile esistente tra la ricorrente e il figlio, nonché dell'interesse del minore. La Corte ha utilizzato l'articolo 44 della legge sull'adozione, che prevede casi particolari di adozione.

C. Il diritto russo

73. All'epoca dei fatti, ossia fino a febbraio 2011, quando è nato il figlio, l'unica legge pertinente in vigore era il codice della famiglia del 29 dicembre 1995. Quest'ultimo disponeva che una coppia sposata era riconosciuta come coppia di genitori di un figlio nato da una madre surrogata, quando quest'ultima dava il suo consenso scritto (articolo 51 comma 4 del codice della famiglia). Il codice della famiglia non si pronunciava sulla questione di stabilire se, in caso di gestazione per conto terzi, gli aspiranti genitori debbano o meno avere un legame biologico con il minore. Neanche il decreto di applicazione n. 67 adottato nel 2003 e rimasto in vigore fino al 2012 si pronunciava a questo proposito.

74. Successivamente alla nascita del figlio, la legge fondamentale sulla protezione della salute dei cittadini, adottata il 21 novembre 2011 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2012, ha introdotto delle disposizioni per regolamentare le attività mediche, comprese le procreazioni assistite. Nel suo articolo 55, tale legge definisce la maternità surrogata come la gestazione e consegna del figlio sulla base di contratto concluso dalla madre surrogata e dagli aspiranti genitori che hanno fornito il materiale genetico loro appartenente.

Il decreto n. 107 adottato il 30 agosto 2012 dal Ministro della Sanità definisce la gestazione per conto terzi come un contratto stipulato tra la madre surrogata e gli aspiranti genitori che hanno utilizzato il loro materiale genetico per il concepimento.

III. DIRITTO E STRUMENTI INTERNAZIONALI PERTINENTI

A. La Convenzione dell'Aja riguardante l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri

75. La Convenzione dell'Aja riguardante l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri è stata conclusa il 5 ottobre 1961. Essa si applica agli atti pubblici - così come definiti dall'articolo 1 - che sono stati redatti sul territorio di uno Stato contraente e che devono essere prodotti sul territorio di un altro Stato contraente.

Articolo 2

«Ciascuno Stato contraente dispensa dalla legalizzazione gli atti cui si applica la presente Convenzione e che devono essere prodotti sul suo territorio. La legalizzazione ai sensi della presente Convenzione concerne solo la formalità mediante la quale gli agenti diplomatici o consolari del paese, sul cui territorio l'atto deve essere prodotto, attestano l'autenticità della firma, la qualifica della persona che ha sottoscritto l'atto e, ove occorra, l'autenticità del sigillo o del bollo apposto a questo atto.»

Articolo 3

«L'unica formalità che possa essere richiesta per attestare l'autenticità della firma, la qualifica della persona che ha sottoscritto l'atto e, ove occorra, l'autenticità del sigillo o del bollo apposto a questo atto, è l'apposizione dell'apostille di cui all'articolo 4, rilasciata dall'autorità competente dello Stato dal quale emana il documento.»

Articolo 5

«L'apostille è apposta su richiesta del firmatario o del portatore dell'atto. Debitamente compilata, essa attesta l'autenticità della firma, la qualifica della persona che ha sottoscritto l'atto e, ove occorra, l'autenticità del sigillo o del bollo apposto a questo atto. La firma, il sigillo o il bollo che figurano sull'apostille sono dispensati da qualsiasi attestazione».

Dal rapporto esplicativo della suddetta Convenzione risulta che l'apostille non attesta la veridicità del contenuto dell'atto sottostante. Tale limitazione degli effetti giuridici derivanti dalla Convenzione dell'Aja ha lo scopo di preservare il diritto degli Stati firmatari di applicare le proprie regole in materia di conflitti di leggi quando devono decidere sul peso da attribuire al contenuto del documento apostillato.

B. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo

76. Le disposizioni pertinenti della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, conclusa a New York il 20 novembre 1989, recitano:

Preambolo

«Gli Stati parte alla presente Convenzione,

(...)

Convinti che la famiglia, unità fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e in particolare dei fanciulli, deve ricevere la protezione e l'assistenza di cui necessita per poter svolgere integralmente il suo ruolo nella collettività, Riconoscendo che il fanciullo, ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità deve crescere in un ambiente familiare in un clima di felicità, di amore e di comprensione,

(...)

Hanno convenuto quanto segue:

(...)

Articolo 3

1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

(...)

Articolo 7

1. Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto (...) a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi.

(...)

Articolo 9

1. Gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà (...).

Articolo 20

1. Ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato.

2. Gli Stati parti prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale.

3. Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo dell'affidamento familiare, della Kafalah di diritto islamico, dell'adozione o in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica.

Articolo 21

Gli Stati parti che ammettono e/o autorizzano l'adozione, si accertano che l'interesse superiore del fanciullo sia la considerazione fondamentale in materia, e:

- a) Vigilano affinché l'adozione di un fanciullo sia autorizzata solo dalle Autorità competenti le quali verificano, in conformità con la legge e con le procedure applicabili e in base a tutte le informazioni affidabili relative al caso in esame, che l'adozione può essere effettuata in considerazione della situazione del bambino in rapporto al padre e alla madre, genitori e tutori legali e che, ove fosse necessario, le persone interessate hanno dato il loro consenso all'adozione in cognizione di causa, dopo aver acquisito i pareri necessari;
- b) Riconoscono che l'adozione all'estero può essere presa in considerazione come un altro mezzo per garantire le cure necessarie al fanciullo, qualora quest'ultimo non possa essere affidato a una famiglia affidataria o adottiva oppure essere allevato in maniera adeguata nel paese d'origine;
- c) Vigilano, in caso di adozione all'estero, affinché il fanciullo abbia il beneficio di garanzie e norme equivalenti a quelle esistenti per le adozioni nazionali;
- d) Adottano ogni adeguata misura per vigilare affinché, in caso di adozione all'estero, il collocamento del fanciullo non diventi fonte di profitto materiale indebito per le persone che ne sono responsabili;
- e) perseguono le finalità del presente articolo stipulando accordi o intese bilaterali o multilaterali a seconda dei casi, e si sforzano in questo contesto di vigilare affinché le sistemazioni di fanciulli all'estero siano effettuate dalle autorità o dagli organi competenti.

(...)

77. Nel suo Commento generale n. 7 (2005) sull'attuazione dei diritti del fanciullo nella primissima infanzia, il Comitato sui diritti dell'infanzia ha inteso incoraggiare gli Stati parti a riconoscere che i bambini in tenera età godono di tutti i diritti sanciti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo e che la prima infanzia è un periodo determinante per la realizzazione di tali diritti. Il Comitato evoca in particolare l'interesse superiore del minore:

«13. L'articolo 3 della Convenzione sancisce il principio secondo il quale l'interesse superiore del minore è una considerazione fondamentale in tutte le decisioni riguardanti i minori. A causa della loro relativa mancanza di maturità, i bambini in tenera età dipendono dalle autorità competenti che definiscono i loro diritti e il loro interesse superiore e li rappresentano quando prendono decisioni e adottano provvedimenti che pregiudicano il loro benessere, pur tenendo conto del loro parere e dello sviluppo delle loro capacità. Il principio dell'interesse superiore del minore è menzionato molte volte nella Convenzione (in particolare negli articoli 9, 18, 20 e 21, che sono i più pertinenti per quanto concerne la prima infanzia). Questo principio si applica a tutte le decisioni riguardanti i minori e deve essere accompagnato da misure efficaci volte a tutelarne i diritti e a promuoverne la sopravvivenza, la crescita e il benessere, nonché misure volte a sostenere e aiutare i genitori e le altre persone che hanno la responsabilità di concretizzare giorno dopo giorno i diritti del minore:

- a) Interesse superiore del minore in quanto individuo. In qualsiasi decisione che riguarda in particolare la custodia, la salute o l'educazione di un minore, tra cui le decisioni prese dai genitori, dai professionisti che si occupano dei minori e da altre persone che si assumono re-

sponsabilità nei confronti di questi ultimi, deve essere preso in considerazione il principio dell'interesse superiore del minore. Gli Stati parti sono vivamente pregati di adottare disposizioni affinché i minori in tenera età siano rappresentati in maniera indipendente, in tutte le procedure previste dalla legge, da una persona che agisca nel loro interesse e affinché i minori siano sentiti in tutti i casi in cui sono capaci di esprimere le loro opinioni o le loro preferenze; (...))»

C. La Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale

78. Le disposizioni pertinenti della Convenzione sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, conclusa all'Aja il 29 maggio 1993, recitano:

Articolo 4

«1. Le adozioni contemplate dalla Convenzione possono aver luogo soltanto se le autorità competenti dello Stato d'origine:

- a) hanno stabilito che il minore è adottabile;
- b) hanno constatato, dopo aver debitamente vagliato le possibilità di affidamento del minore nello Stato d'origine, che l'adozione internazionale corrisponde al suo superiore interesse;
- c) si sono assicurate

1) che le persone, istituzioni ed autorità, il cui consenso è richiesto per l'adozione, sono state assistite con la necessaria consulenza e sono state debitamente informate sulle conseguenze del loro consenso, in particolare per quanto riguarda il mantenimento o la cessazione, a causa dell'adozione, dei legami giuridici fra il minore e la sua famiglia d'origine,

2) che tali persone, istituzioni ed autorità hanno prestato il consenso liberamente, nelle forme legalmente stabilite e che questo consenso è stato espresso o attestato per iscritto;

3) che i consensi non sono stati ottenuti mediante pagamento o contropartita di alcun genere e non sono stati revocati; e

4) che il consenso della madre, qualora sia richiesto, sia stato prestato solo successivamente alla nascita del minore; e

d - si sono assicurate, tenuto conto dell'età e della maturità del minore,

1) che questi è stato assistito mediante una consulenza e che è stato debitamente informato sulle conseguenze dell'adozione e del suo consenso all'adozione, qualora tale consenso sia richiesto;

2) che i desideri e le opinioni del minore sono stati presi in considerazione;

3) che il consenso del minore all'adozione, quando è richiesto, è stato prestato liberamente, nelle forme legalmente stabilite, ed è stato espresso o constatato per iscritto; e

4) che il consenso non è stato ottenuto mediante pagamento o contropartita di alcun genere.»

D. I principi adottati dal comitato ad hoc di esperti sul progresso delle scienze biomediche del Consiglio d'Europa

79. Il comitato ad hoc di esperti sul progresso delle scienze biomediche costituito in seno al Consiglio d'Europa (CAHBI), precursore dell'attuale comitato direttivo di bioetica, ha pubblicato nel 1989 una serie di principi fra cui il quindicesimo, relativo alle «matri surrogate», è così formulato:

«1. Nessun medico o istituto deve utilizzare le tecniche di procreazione artificiale per il concepimento di un figlio che sarà portato in gestazione da una madre surrogata.

2. Nessun contratto o accordo tra una madre surrogata e la persona o la coppia per conto delle quali è portato in gestazione un bambino potrà essere invocato in giudizio.

3. Qualsiasi attività di intermediazione a favore delle persone interessate da una maternità surrogata deve essere vietata, come pure deve essere vietata ogni forma di pubblicità che vi faccia riferimento.

4. Tuttavia, gli Stati possono, in casi eccezionali stabiliti dal loro diritto nazionale, prevedere,

senza fare eccezione al paragrafo 2 del presente Principio, che un medico o un istituto possano procedere alla fecondazione di una madre surrogata utilizzando tecniche di procreazione artificiale, a condizione:

- a. che la madre surrogata non tragga alcun vantaggio materiale dall'operazione; e
- b. che la madre surrogata possa scegliere alla nascita di tenere il bambino.»

E. I lavori della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato

80. La Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato ha esaminato le questioni di diritto internazionale privato relative allo status dei bambini, in particolare per quanto riguarda il riconoscimento della filiazione. In seguito a un vasto processo di consultazione che si è concluso con uno studio comparativo (documenti preliminari nn. 3B e 3C del 2014), nell'aprile 2014, il Consiglio sugli affari generali e la politica ha convenuto che sarebbe necessario proseguire i lavori al fine di approfondire lo studio di fattibilità per l'istituzione di uno strumento multilaterale. Il documento preliminare n. 3A di febbraio 2015, intitolato «Il progetto Filiazione/Maternità surrogata: nota di aggiornamento» menziona ancora una volta l'importanza delle preoccupazioni in materia di diritti umani che suscita l'attuale situazione relativa alle convenzioni internazionali di maternità surrogata, nonché il fatto che esse sono sempre più frequenti. In tale documento, la Conferenza dell'Aja ritiene perciò che i suoi lavori in questo ambito siano sempre più giustificati dal punto di vista dei diritti umani, e in particolare di quelli dei bambini.

IV. ELEMENTI DI DIRITTO COMPARATO

81. Nelle cause *Mennesson c. Francia* (n. 65192/11, §§ 40-42, CEDU 2014 (estratti) e *Labassee c. Francia* (n. 65941/11, §§ 31-33, 26 giugno 2014), la Corte ha fornito una rassegna dei risultati di una analisi di diritto comparato condotta su 35 Stati parti alla Convenzione diversi dalla Francia. Da tale analisi emerge che la gestazione per conto terzi è espressamente vietata in quattordici di tali Stati; che in altri dieci Stati, nei quali non vi è una normativa relativa alla gestazione per conto terzi, o tale pratica è vietata in virtù di disposizioni generali, o non è tollerata, oppure la questione della sua legalità è incerta; e che essa è autorizzata in sette di questi trentacinque Stati (purché sussistano alcune condizioni rigorose).

In tredici di questi trentacinque Stati, è possibile per gli aspiranti genitori ottenere il riconoscimento giuridico del legame di filiazione con un bambino nato da una gestazione per conto terzi legalmente praticata in un altro paese.

IN DIRITTO

I. SULL'OGGETTO DELLA CONTROVERSIA DINANZI ALLA GRANDE CAMERA

82. Nel procedimento dinanzi alla Grande Camera le due parti hanno sottoposto delle osservazioni rispetto ai motivi di ricorso che la camera ha dichiarato irricevibili.

83. Il Governo afferma che i ricorrenti non hanno esaurito le vie di ricorso interne, nella misura in cui lamentano il mancato riconoscimento del certificato di nascita formato all'estero. In effetti, gli interessati non hanno presentato ricorso per cassazione avverso la decisione della corte di appello di Campobasso del 3 aprile 2013, con la quale quest'ultima ha confermato il rifiuto di registrare detto certificato.

84. La Corte osserva che la camera ha accolto l'eccezione relativa al mancato esaurimento delle vie di ricorso interne per quanto riguarda il motivo di ricorso relativo alla impossibilità di ottenere la registrazione del certificato di nascita russo. Di conseguenza, questa doglianza è stata dichiarata irricevibile (paragrafo 62 della sentenza della camera). Ne consegue che la stessa non è oggetto della controversia sottoposta all'esame della Grande Camera poiché, se-

condo la giurisprudenza consolidata, «la causa» rinviata dinanzi alla Grande Camera è il ricorso così come dichiarato ricevibile dalla camera (si veda, tra altre, K. e T. c. Finlandia [GC], n. 25702/94, § 141, CEDU 2001-VII).

85. I ricorrenti chiedono alla Grande Camera di prendere in considerazione le doglianze da loro formulate in nome del minore, che secondo loro presentano un interesse nella fase dell'esame sul merito (Azinas c. Cipro [GC], n. 56679/00, § 32, CEDU 2004-III, K. e T. c. Finlandia, sopra citata, § 141). Essi affermano che, in effetti, l'interesse superiore del minore è al centro della causa e che le autorità nazionali non ne hanno tenuto conto in alcun modo.

86. A questo proposito, la Corte osserva che la camera ha ritenuto che i ricorrenti non avessero la qualità per agire dinanzi alla Corte in nome del minore e che ha rigettato le doglianze sollevate in nome di quest'ultimo in quanto incompatibili *ratione personae* (paragrafi 48-50 della sentenza della camera). Ne consegue che questa parte del ricorso non è oggetto della controversia sottoposta all'esame della Grande Camera (K. e T. c. Finlandia, sopra citata, § 141).

87. Nondimeno, la questione di stabilire se l'interesse superiore del minore sia da prendere in considerazione nell'esame delle doglianze che i ricorrenti sollevano in loro nome è una questione che fa parte della controversia dinanzi alla Grande Camera.

II. SULLE ECCEZIONI PRELIMINARI DEL GOVERNO

A. Argomenti delle parti

1. Il Governo

88. Il Governo solleva due eccezioni preliminari.

89. In primo luogo, afferma che i ricorrenti non hanno esaurito le vie di ricorso interne, in quanto non hanno contestato la decisione del tribunale per i minorenni del 5 giugno 2013 che negava che essi avessero la qualità per agire nell'ambito della procedura di adozione. A suo parere, i ricorsi disponibili nel diritto italiano erano efficaci.

90. In secondo luogo, il Governo chiede alla Corte di rigettare il ricorso per incompatibilità *ratione personae*, in quanto i ricorrenti non avrebbero *locus standi* dinanzi alla Corte.

2. I ricorrenti

91. I ricorrenti rammentano che la camera si è già pronunciata in merito a tali eccezioni e le ha respinte. Per quanto riguarda in particolare l'eccezione di mancato esaurimento delle vie di ricorso interne rispetto alla decisione del 5 giugno 2013 che negava che essi avessero la qualità per agire nell'ambito della procedura di adozione, essi sottolineano che, nel momento in cui il tribunale per i minorenni li ha esclusi dalla procedura, erano trascorsi più di venti mesi dall'allontanamento del minore, e ritengono che il tempo trascorso avesse reso perfettamente illusorio il ritorno del minore dato che quest'ultimo viveva ormai in un'altra famiglia. I ricorrenti osservano che, del resto, il Governo non ha fornito alcun precedente giurisprudenziale a sostegno della sua tesi.

B. Valutazione della Corte

92. La Corte osserva che le eccezioni sollevate dal Governo sono state già esaminate dalla camera (paragrafi 55-64 della sentenza della camera).

93. La Corte rileva che la camera le ha rigettate (paragrafi 64 e 57 rispettivamente della sentenza della camera) e che il Governo ribadisce queste eccezioni basandosi sugli stessi argomenti. La Corte ritiene che, per quanto riguarda queste due eccezioni, nulla porti a discostarsi dalle conclusioni della camera.

94. In conclusione, le eccezioni del Governo devono essere respinte.

III. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE

95. I ricorrenti affermano che i provvedimenti adottati dalle autorità italiane nei confronti del minore e che hanno portato all'allontanamento definitivo di quest'ultimo hanno pregiudicato il loro diritto alla vita privata e familiare, sancito dall'articolo 8 della Convenzione.

96. Il Governo si oppone a questa tesi.

97. L'articolo 8 della Convenzione, nelle sue parti pertinenti, recita:

«1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (...).

2. 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 e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.»

A. La sentenza della camera

98. Dopo aver dichiarato irricevibile la doglianza formulata dai ricorrenti in nome del minore nonché la loro doglianza relativa al mancato riconoscimento del certificato di nascita rilasciato in Russia, la camera ha esaminato le misure che hanno comportato l'allontanamento definitivo del minore. Poiché il certificato di nascita non è stato riconosciuto nel diritto italiano, la camera ha ritenuto che tra i ricorrenti e il minore non esistesse per l'esattezza alcun legame giuridico. La camera ha concluso tuttavia che esisteva una vita familiare de facto nel senso dell'articolo 8. Per giungere a questa conclusione, essa ha tenuto conto del fatto che i ricorrenti avevano passato con il minore le prime tappe importanti della sua giovane vita, e che si erano comportati nei confronti di quest'ultimo come genitori. Per di più, la camera ha ritenuto che anche la vita privata del ricorrente fosse in gioco, dato che, a livello nazionale, egli aveva cercato di verificare l'esistenza di un legame biologico tra lui e il minore per mezzo di un test del DNA. In conclusione, la camera ha affermato che le misure controverse si traducevano in una ingerenza nella vita familiare de facto tra i ricorrenti e il minore (paragrafi 67-69 della sentenza della camera), e anche nella vita privata del ricorrente (paragrafo 70 della sentenza della camera).

99. Successivamente, constatando che i tribunali interni avevano applicato il diritto italiano per determinare la filiazione del minore e avevano concluso che quest'ultimo era in «stato di abbandono» in assenza di un legame biologico con i ricorrenti, la camera ha ritenuto che i giudici nazionali non avessero adottato un provvedimento irragionevole. Di conseguenza, la camera ha ammesso che l'ingerenza era «prevista dalla legge» (paragrafo 72 della sentenza della camera).

100. La camera ha ritenuto, inoltre, che le misure adottate nei confronti del minore mirassero alla «difesa dell'ordine», in quanto la condotta dei ricorrenti si scontrava con la legge italiana in materia di adozione internazionale e di ricorso alla procreazione medicalmente assistita. Inoltre, le misure in questione erano volte alla protezione dei «diritti e libertà» del minore (paragrafo 73 della sentenza della camera).

101. Avendo riconosciuto l'esistenza di una vita familiare, la camera ha valutato congiuntamente gli interessi privati dei ricorrenti e l'interesse superiore del minore, e li ha bilanciati con l'interesse pubblico. Non si è convinta del carattere adeguato degli elementi sui quali le autorità italiane si erano basate per concludere che il minore doveva essere preso in carico dai servizi sociali. Nel suo ragionamento, si è basata sul principio che l'allontanamento del minore dal contesto familiare era una misura estrema alla quale si dovrebbe ricorrere solo in ultima ratio, per proteggere il minore che affronti un pericolo immediato per lui, (la camera ha rinviato, a questo proposito, alle sentenze seguenti: Scozzari e Giunta c. Italia [GC], n. 39221/98 e 41963/98, § 148, CEDU 2000 VIII, Neulinger e Shuruk c. Svizzera [GC], n. 41615/07, § 136, CEDU 2010, Y.C. c. Regno Unito, n. 4547/10,

§§ 133-138, 13 marzo 2012, e Pontes c. Portogallo, n. 19554/09, §§ 74-80, 10 aprile 2012). Considerati gli elementi del fascicolo, la camera ha ritenuto che i giudici nazionali avessero preso decisioni senza valutare concretamente le condizioni di vita del minore con i ricorrenti e l'interesse superiore dello stesso. Di conseguenza, essa ha concluso che vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione, in quanto le autorità nazionali non avevano preservato il giusto equilibrio che deve regnare tra l'interesse generale e gli interessi privati in gioco (paragrafi 75-87 della sentenza della camera).

B. Osservazioni delle parti

1. I ricorrenti

102. I ricorrenti dichiarano anzitutto che la Corte non è chiamata a pronunciarsi su nient'altro che le misure adottate dalle autorità italiane nei confronti del minore, e questo dal punto di vista dell'articolo 8 della Convenzione, per determinare se vi sia stata violazione del loro diritto alla vita privata e familiare. Secondo loro, considerata la decisione della camera di dichiarare irricevibile la doglianza relativa al rifiuto di trascrivere in Italia l'atto di nascita russo del minore, la Corte non è chiamata a pronunciarsi sulla convenzionalità della scelta di uno Stato di autorizzare o meno la pratica della gestazione per conto terzi sul suo territorio o sulle condizioni di riconoscimento di un legame di filiazione legittimamente concepito all'estero.

103. I ricorrenti ritengono che i legami che li univano al minore si traducono in una vita familiare che rientra nelle previsioni dell'articolo 8 della Convenzione. A tale proposito fanno riferimento alla giurisprudenza della Corte.

104. Essi sostengono che la vita familiare costruitasi tra loro e il minore messo al mondo da una madre surrogata è conforme al diritto russo, così come applicabile all'epoca dei fatti, e si baserebbe dunque su un legame giuridico di parentela legale attestato dal certificato di nascita rilasciato dalle autorità competenti. La legittimità di questo legame giuridico non sarebbe dunque pregiudicata dal fatto che è risultato che nessun legame biologico di filiazione univa l'aspirante padre al minore, non essendo all'epoca richiesta dal diritto russo la presenza di un tale legame biologico.

105. Per i ricorrenti, la potestà genitoriale da loro esercitata sul minore - e dunque il legame giuridico di parentela che hanno stabilito con lo stesso - è stata riconosciuta dalle autorità italiane nella misura in cui queste l'hanno sospesa e revocata.

106. Il minore sarebbe stato il frutto di un progetto genitoriale serio e ben ponderato. La coppia gli avrebbe manifestato il proprio attaccamento ancor prima della sua nascita (Anayo c. Germania, n. 20578/07, § 61, 21 dicembre 2010) e si sarebbe impegnata per permettere una vita familiare effettiva. I ricorrenti affermano che, alla nascita del minore, la ricorrente lo ha preso rapidamente in carico sistemandosi con lui in un appartamento a Mosca, stabilendo forti legami affettivi. Una volta arrivato in Italia, il minore avrebbe vissuto con i ricorrenti in un contesto accogliente, rassicurante e favorevole al suo sviluppo armonioso sia sul piano affettivo che materiale. I ricorrenti rammentano che la famiglia ha convissuto per otto mesi, sei dei quali in Italia. Pur essendo relativamente breve, questo periodo coinciderebbe con le prime tappe importanti della giovane vita del minore. I ricorrenti rammentano che, del resto, questa brevità non può essere attribuita alla loro volontà, in quanto la fine brutale della convivenza è dipesa esclusivamente dalle misure adottate dalle autorità italiane.

107. I ricorrenti aggiungono che l'assenza di legame biologico non può bastare per scartare l'esistenza di una vita familiare. Nella fattispecie, essi dichiarano che erano, per di più, convinti dell'esistenza di un legame biologico tra il ricorrente e il minore e che non vi sono motivi per dubitare della loro buona fede. In ogni caso, l'errore della clinica non avrebbe alcuna conseguenza giuridica sulla legittimità della filiazione stabilita in Russia, poiché all'epoca dei fatti il diritto russo non esigeva che gli aspiranti genitori fornissero il loro proprio materiale biolo-

gico. Pertanto, rispetto alle norme applicabili all'epoca dei fatti, la gestazione per conto terzi praticata dai ricorrenti sarebbe stata perfettamente legittima rispetto al diritto russo. Secondo i ricorrenti, è solo dal 1° gennaio 2012, data dell'entrata in vigore della legge federale n. 323 FZ del 21 novembre 2011, che il ricorso a un donatore di gameti è vietato dagli aspiranti genitori.

108. I ricorrenti ritengono che i provvedimenti adottati dalle autorità italiane costituiscano una ingerenza nella loro vita familiare. Secondo loro tale ingerenza aveva formalmente una base giuridica, in quanto i provvedimenti erano stati adottati conformemente alla legge italiana sull'adozione. Tuttavia, tali misure deriverebbero da un'analisi arbitraria da parte dei giudici nazionali nella misura in cui questi hanno ritenuto che il minore si trovasse «in stato di abbandono». I ricorrenti sostengono inoltre che, se la pratica della gestazione per conto terzi è vietata dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita (articoli 6 e 14), non sono comunque mai stati avviati procedimenti penali nei confronti di madri surrogate o di aspiranti genitori. In effetti, in assenza di una clausola di extraterritorialità, una gestazione per conto terzi realizzata legittimamente in un altro Stato non può, secondo loro, essere perseguita da parte dei giudici italiani. Non potendo perseguire la gestazione per conto terzi in quanto tale, altre disposizioni sarebbero utilizzate per fondare i procedimenti penali. Così sarebbe avvenuto nel caso dei ricorrenti, nei cui confronti si procede dal 5 maggio 2011 per alterazione di stato civile (articolo 567 del codice penale), uso di atto falso (articolo 489 del codice penale) e violazione delle disposizioni in materia di adozione.

109. I ricorrenti contestano la tesi secondo la quale lo scopo legittimo delle misure in questione era quello di proteggere i diritti e le libertà del minore. In effetti, i giudici italiani si sarebbero basati esclusivamente sulla illegalità della situazione creata dai ricorrenti e si sarebbero limitati ad affermare - senza minimamente rispettare la legislazione russa - che la maternità surrogata in Russia era contraria al diritto italiano. Perciò, il tribunale per i minorenni si sarebbe principalmente sforzato di impedire il protrarsi della situazione illegale. I ricorrenti vedono nelle decisioni di questo giudice la volontà esclusiva di sanzionarli per il loro comportamento. L'interesse del minore sarebbe stato evocato solo per affermare che l'impatto dei provvedimenti controversi su quest'ultimo sarebbe stato minimo.

110. Per quanto riguarda la necessità di tali misure, i ricorrenti osservano che se il ricorso alla gestazione per conto terzi solleva delicate questioni di ordine etico, questa considerazione non può legittimare una «carta bianca che giustifichi qualsiasi provvedimento». In effetti, se gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento per autorizzare o meno la pratica della gestazione per conto terzi sul loro territorio, essi ritengono che questo non sia l'oggetto del presente ricorso. Nel caso di specie, sarebbe la Corte a dover dire se i provvedimenti che hanno comportato l'allontanamento definitivo del minore abbiano mantenuto il giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, ossia quelli dei ricorrenti, quelli del minore e quelli dell'ordine pubblico. Da questo punto di vista, i ricorrenti ritengono che si debba tenere presente che, in tutte le decisioni che riguardano un minore, l'interesse superiore di quest'ultimo deve prevalere. Perciò, essi affermano che una rottura immediata e definitiva dei legami familiari è stata ritenuta conforme all'articolo 8 solo quando i minori interessati erano esposti a rischi gravi e persistenti per la loro salute e il loro benessere. Ora, così non era nel caso di specie secondo i ricorrenti, che ritengono che l'interesse superiore del minore non sia stato minimamente preso in considerazione dalle autorità nazionali.

111. I ricorrenti affermano che vi era convergenza di interessi tra loro e il minore il giorno in cui sono stati messi in atto i provvedimenti controversi. Tali misure avrebbero spezzato la loro vita familiare e avrebbero comportato una rottura definitiva dei legami familiari, con conseguenze irrimediabili, in assenza di condizioni tali da giustificare questa rottura. Il tribunale

per i minorenni si sarebbe astenuto dall'esaminare le condizioni reali di vita del minore, e avrebbe presunto che quest'ultimo fosse privo dell'assistenza materiale e morale dei genitori. Per i ricorrenti, i giudici nazionali hanno messo in dubbio la loro capacità effettiva ed educativa soltanto sulla base dell'illegalità del loro comportamento e hanno ritenuto che avessero fatto ricorso alla gestazione per conto terzi per narcisismo. I ricorrenti rammentano che erano comunque stati dichiarati idonei a diventare genitori adottivi dalle stesse autorità, e che, inoltre, le assistenti sociali, incaricate dal tribunale per i minorenni, avevano redatto un rapporto molto favorevole alla continuazione della vita comune con il minore. Vi sarebbero state delle lacune evidenti nel processo decisionale che aveva condotto ai provvedimenti contestati. Perciò, i ricorrenti ritengono di essere stati considerati incapaci di educare e amare il figlio unicamente sulla base di presunzioni e deduzioni, e senza che fosse stata ordinata una perizia dai tribunali.

112. I ricorrenti osservano inoltre che le autorità non hanno previsto misure diverse dalla presa in carico definitiva del minore.

113. Essi spiegano che il 20 ottobre 2011 gli agenti dei servizi sociali si sono presentati a casa loro e hanno portato via il minore, nonostante loro non fossero nemmeno stati informati della decisione del tribunale. Questa operazione avrebbe provocato spavento e confusione. Anche nel momento dell'esecuzione dei provvedimenti vi sarebbe stata dunque sproporzione.

114. Infine, i ricorrenti sottolineano che le autorità italiane non hanno adottato alcun provvedimento per preservare le relazioni tra loro e il minore al fine di mantenere la possibilità di ricostruire la famiglia e, ben al contrario, hanno vietato qualsiasi contatto con il minore mandandolo in un luogo sconosciuto. Per i ricorrenti, l'impatto di questi provvedimenti è stato irrimediabile.

115. I ricorrenti chiedono alla Corte di concludere che vi è stata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione. Pur essendo consapevoli che è trascorso molto tempo da quando il minore è stato preso in carico dai servizi sociali, e che è auspicabile, nell'interesse del minore, che la sua situazione familiare non cambi nuovamente, essi ritengono che una somma accordata a titolo di equa soddisfazione non sia sufficiente. I ricorrenti desiderano infatti riprendere contatto con il minore.

2. Il Governo

116. Il Governo afferma che la camera ha interpretato l'articolo 8 § 1 della Convenzione in maniera troppo estensiva, e l'articolo 8 § 2 in maniera troppo restrittiva.

117. Facendo riferimento al paragrafo 69 della sentenza della camera, nel quale la camera ha concluso che esisteva una vita familiare de facto tra i ricorrenti e il minore, il Governo ritiene che l'affermazione della camera sarebbe stata valida se il legame tra i ricorrenti e il minore fosse stato un legame familiare realmente biologico (sebbene soltanto dal lato paterno) e formalizzato da un atto di nascita legale e soprattutto, se il tempo vissuto insieme avesse permesso il realizzarsi di una vera vita familiare e l'esercizio effettivo della potestà genitoriale. Ora, il Governo osserva che nessuno dei ricorrenti ha un legame biologico con il minore. Ne conclude che la vita familiare, nel caso di specie, non è mai iniziata.

118. L'atto di nascita controverso sarebbe anche contrario all'ordine pubblico per il fatto che indica che i ricorrenti sono i genitori «biologici» del minore il che, secondo il Governo, è falso. Inoltre, il Governo si oppone all'argomento dei ricorrenti secondo il quale il certificato di nascita rilasciato dalle autorità russe sarebbe conforme alla legge russa. Esso spiega che quest'ultima richiede espressamente l'esistenza di un legame biologico tra il minore e almeno uno degli aspiranti genitori. Del resto, la corte d'appello di Campobasso avrebbe già tenuto conto di questo punto nel momento in cui ha deciso di non autorizzare la registrazione del certificato di nascita (sentenza del 3 aprile 2013).

119. Peraltro, il Governo afferma che, nel 2011, i ricorrenti non soddisfacevano più i criteri di età necessari per adottare il minore in questione, e aggiunge che la vita familiare de facto non può basarsi su una situazione illegale come quella creata dai ricorrenti, che avrebbero potuto avere un figlio mediante l'adozione, avendo ottenuto l'autorizzazione nel 2006. A suo parere, i ricorrenti potevano scegliere di non agire contro la legge.

120. Il Governo rammenta peraltro che, secondo la giurisprudenza della Corte, l'articolo 8 non sancisce né il diritto di formare una famiglia né il diritto di adottare.

121. Il Governo rimprovera ai ricorrenti di essersi assunti la responsabilità di condurre in Italia un minore che era loro completamente estraneo, e questo in violazione della legislazione applicabile. A suo parere, la scelta degli interessati era deliberata e il fatto che essi abbiano concluso un contratto per comprare un neonato ha viziato la loro situazione fin dall'inizio. Il Governo non vede alcuna misura che possa regolarizzare questa situazione.

122. Inoltre, lo Stato gode a suo parere di un ampio margine di apprezzamento per quanto riguarda la maternità surrogata e le tecniche di procreazione assistita. Il trasporto del liquido seminale del ricorrente sarebbe contrario alla legge sulla procreazione assistita e al decreto legislativo n. 191/2007, che recepisce la direttiva europea 2004/23/CE sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani. Inoltre, considerato il fatto che il minore non ha alcun legame biologico con i ricorrenti, il Governo dubita della validità del consenso della madre surrogata e della regolarità del protocollo seguito in Russia.

123. Il Governo dedica una parte delle sue osservazioni alla questione del mancato riconoscimento del certificato di nascita straniero e osserva che, secondo il codice civile italiano, l'unica madre biologica possibile è la madre che ha partorito il figlio, cosa che non si è verificata nella presente causa.

124. Per quanto riguarda le misure volte ad allontanare definitivamente il minore, il Governo afferma che queste si fondavano su una base giuridica e conviene con la camera che le stesse rispondevano a uno scopo legittimo.

125. Quanto alla loro necessità, il Governo sottolinea che il diritto italiano riconosce la filiazione soltanto in presenza di un legame biologico o in caso di adozione che rispetti le garanzie previste dalla legge in materia di adozione. A suo parere, non è operando questa scelta - legislativa, politica ed etica - che lo Stato italiano ha deciso di proteggere l'interesse dei minori, e di rispondere alle esigenze dell'articolo 3 della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti del fanciullo. Tale scelta non lascerebbe ai giudici alcun margine di discrezionalità.

126. Il Governo ritiene che i provvedimenti adottati dai tribunali interni si basino su una valutazione attenta della situazione, e rammenta che le giurisdizioni per i minorenni - che prendono le loro decisioni collegialmente - si compongono di due giudici togati e due giudici onorari aventi una formazione specifica in psichiatria, biologia, antropologia criminale, pedagogia o psicologia. Nel caso di specie, il tribunale di Campobasso avrebbe tenuto conto degli aspetti psicosociali del minore nella valutazione dell'interesse di quest'ultimo e avrebbe dubitato delle capacità dei ricorrenti di amare e educare il minore.

127. Il Governo assicura che le misure controverse sono state adottate affinché il minore possa beneficiare di una vita privata e familiare in un'altra famiglia, in grado di proteggere la sua salute e di assicurare il suo sviluppo sano e sicuro e una identità certa. Le autorità italiane avrebbero ricercato l'equilibrio tra i diversi interessi, e l'interesse superiore del minore sarebbe stato la considerazione principale. Per il Governo, esse hanno rispettato la legislazione nazionale, conformemente al margine di apprezzamento che è stato accordato loro in materia, e hanno reagito

di fronte al comportamento dei ricorrenti che avevano violato la legge sulla procreazione assistita. 128. Il Governo fa osservare che la Corte di cassazione è giunta alla stessa conclusione per quanto riguarda delle misure simili che le autorità avevano adottato in un caso analogo a quello del caso di specie, in cui il minore era nato in Ucraina (paragrafo 70 supra), e chiede alla Corte di rispettare il principio di sussidiarietà e il margine di apprezzamento lasciato agli Stati e di non sostituire la sua valutazione a quella delle autorità nazionali.

129. Tenuto conto di questi elementi, il Governo ritiene che il ricorso non ponga alcun problema dal punto di vista dell'articolo 8 della Convenzione.

130. Infine, il Governo dedica l'ultimo capitolo delle sue osservazioni alla gestazione per conto terzi e alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, che vieta tale pratica, sottolineando che i ricorrenti hanno fatto ricorso a una pratica commerciale eticamente condannabile, a proposito della quale non vi è un consenso europeo. Il Governo critica la sentenza della camera in quanto non contiene un capitolo dedicato al diritto comparato europeo in materia di gestazione per conto terzi. In assenza di regole comuni e visto che alcuni Stati ammettono la pratica della maternità surrogata, il Governo denuncia la crescita del «turismo procreativo» e osserva che i problemi giuridici in questo ambito sono spinosi, a causa della mancanza di armonizzazione tra i sistemi giuridici degli Stati. Esso ritiene che, di fronte a questa mancata armonizzazione e all'assenza di regolamentazione internazionale, la Corte debba riconoscere agli Stati un ampio margine di apprezzamento.

C. Valutazione della Corte

1. Considerazioni preliminari

131. La Corte osserva anzitutto che il minore T.C. è nato da un embrione ottenuto da una donazione di ovociti e da una donazione di sperma effettuata da donatori sconosciuti, ed è stato messo al mondo in Russia, da una donna russa che ha rinunciato ai suoi diritti su di lui. Pertanto non esiste alcun legame biologico tra i ricorrenti e il minore. I ricorrenti hanno pagato circa 50.000 EUR per ricevere il minore. Le autorità russe hanno rilasciato un certificato di nascita che attestava che loro erano i genitori ai sensi dell'ordinamento russo. I ricorrenti hanno quindi deciso di portare il minore in Italia e di vivere in questo paese con lui. Le origini genetiche del minore rimangono sconosciute. Il caso di specie, pertanto, riguarda ricorrenti che, agendo al di fuori di ogni regolare procedura di adozione, hanno portato in Italia dall'estero un minore che non aveva alcun legame biologico con nessuno dei due genitori e che è stato concepito - secondo quanto asserito dai giudici nazionali - attraverso tecniche di procreazione assistita illegali ai sensi dell'ordinamento italiano.

132. La Corte osserva che nelle cause *Menesson c. Francia* (n. 65192/11, CEDU 2014 (estratti)) e *Labassee c. Francia* (n. 65941/11, 26 giugno 2014), due coppie di aspiranti genitori avevano fatto ricorso alla gestazione per conto terzi negli Stati Uniti e si erano stabilite con i loro figli in Francia. In quelle cause era stata dimostrata l'esistenza di un legame biologico tra il padre e i figli e le autorità francesi non avevano mai contemplato l'ipotesi di separare i figli dai genitori. La questione al centro di quelle cause era il rifiuto di registrare i dati di un certificato di nascita redatto all'estero in indiscussa conformità con la legislazione del paese di origine e il diritto dei figli di ottenere il riconoscimento della loro filiazione. Sia i genitori che i figli erano tutti ricorrenti dinanzi alla Corte.

133. Contrariamente alle cause *Menesson* e *Labassee* sopra citate, la presente causa non riguarda la registrazione di un certificato di nascita rilasciato all'estero e il riconoscimento della filiazione rispetto a un minore nato da un accordo di gestazione per conto terzi (paragrafo 84 supra). Al centro del caso di specie vi sono le misure adottate dalle autorità italiane che hanno determinato la sepa-

razione definitiva del minore dai ricorrenti. Infatti, i giudici nazionali hanno affermato che non si trattava di una surrogazione di maternità «tradizionale», visto che non era stato usato il materiale biologico dei ricorrenti. È stato posto l'accento sul mancato rispetto delle procedure previste dalla legislazione sulle adozioni internazionali e sulla violazione del divieto di usare gameti di donatori ai sensi dell'articolo 4 della legge sulla procreazione medicalmente assistita (si veda il passaggio pertinente del provvedimento del tribunale per i minorenni, paragrafo 37 supra).

134. Pertanto, la questione giuridica al centro della causa è se, date le circostanze sopra esposte, sia applicabile l'articolo 8; e, in caso affermativo, se le misure urgenti ordinate dal tribunale per i minorenni - che hanno determinato l'allontanamento del minore - costituiscano una ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita familiare e/o della vita privata, ai sensi dell'articolo 8 § 1 della Convenzione e, in questo caso, se le misure impugnate siano state adottate conformemente all'articolo 8 § 2 della Convenzione.

135. Infine, la Corte rammenta che il minore T.C. non è un ricorrente nel procedimento dinanzi ad essa, visto che la camera ha rigettato le doglianze sollevate dai ricorrenti per suo conto (paragrafo 86 supra). La Corte è chiamata a esaminare unicamente le doglianze sollevate dai ricorrenti in loro nome (si vedano, a contrario, *Mennesson*, sopra citata, §§ 96-102, e *Labassee*, sopra citata, §§ 75-81)).

2. Applicabilità dell'articolo 8 della Convenzione

136. La Corte rammenta che la camera è giunta alla conclusione che esistesse una vita familiare de facto tra i ricorrenti e il minore (paragrafo 69 della sentenza della camera). Ha inoltre ritenuto che la situazione lamentata riguardasse anche la vita privata del ricorrente, in quanto la posta in gioco per lui era la determinazione di un legame biologico con il minore (paragrafo 70 della sentenza della camera). Di conseguenza l'articolo 8 della Convenzione era applicabile alla presente causa.

137. Il Governo contesta l'esistenza di una vita familiare nel caso di specie, basandosi essenzialmente sull'assenza di un legame biologico tra i ricorrenti e il minore e sull'illegalità della condotta dei ricorrenti ai sensi dell'ordinamento italiano. Esso sostiene che, visto il comportamento contrario alla legge adottato dai ricorrenti, tra loro e il minore non può esistere alcun legame tutelato dall'articolo 8 della Convenzione. Afferma inoltre che i ricorrenti hanno vissuto con il minore per soli otto mesi.

138. I ricorrenti chiedono alla Corte di riconoscere l'esistenza di una vita familiare nonostante l'assenza di un legame biologico con il minore e del riconoscimento della filiazione nell'ordinamento italiano. Sostanzialmente, affermano che nel diritto russo è riconosciuto un legame giuridico di filiazione e che essi hanno instaurato dei legami affettivi stretti con il minore durante i suoi primi otto mesi di vita.

139. La Corte deve quindi pronunciarsi sulla questione della possibilità che i fatti di causa riguardino la vita familiare e/o privata dei ricorrenti.

a) Vita familiare

i. Principi pertinenti

140. La questione dell'esistenza o dell'assenza di una vita familiare è essenzialmente una questione di fatto, che dipende dall'esistenza di legami personali stretti (*Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, § 31, serie A n. 31; e *K. e T. c. Finlandia* sopra citata, § 150). Il concetto di «famiglia» di cui all'articolo 8 riguarda le relazioni basate sul matrimonio ed anche altri legami «famigliari» de facto, in cui le parti convivono al di fuori del matrimonio o in cui altri fattori dimostrano che la relazione è sufficientemente stabile (*Kroon e altri c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1994, § 30, serie A n. 297-C; *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, § 55, serie A n. 112; *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, § 44, serie A n. 290; e *X, Y e Z c. Regno Unito*, 22 aprile 1997, § 36, *Recueil* 1997 II).

141. Le disposizioni dell'articolo 8 non garantiscono né il diritto di costituire una famiglia

né il diritto di adottare (E.B. c. Francia [GC], n. 43546/02, § 41, 22 gennaio 2008). Il diritto al rispetto di una «vita familiare» non tutela il semplice desiderio di costituire una famiglia; esso presuppone l'esistenza di una famiglia (Marckx, sopra citata, § 31), o almeno di una relazione potenziale, che si sia potuta costituire, ad esempio, tra un padre naturale e un figlio nato fuori dal matrimonio (Nylund c. Finlandia (dec.), n. 27110/95, CEDU 1999-VI), o di una relazione nata da un matrimonio non fittizio, anche se non era ancora pienamente stabilita una vita familiare (Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito, 28 maggio 1985, § 62, serie A n. 94), o ancora della relazione tra un padre e il figlio legittimo, anche quando si sia dimostrato, anni dopo, che non era basata su un legame biologico (Nazarenko c. Russia, n. 39438/13, § 58, CEDU 2015 (estratti)) o dalla relazione nata da un'adozione legale e non fittizia (Pini e altri c. Romania, nn. 78028/01 e 78030/01, § 148, CEDU 2004-V (estratti)).

ii. Applicazione al caso di specie

142. Pur se è indubbio che non vi sia un legame biologico tra i ricorrenti e il minore, le parti hanno proposto argomenti diversi in merito alla legittimità del vincolo genitoriale, riconosciuto dall'ordinamento russo, che legava i ricorrenti al minore (paragrafi 107 e 118 supra).

143. È vero che, come il Governo indica nelle sue osservazioni (paragrafo 118 supra), la questione della conformità del certificato di nascita all'ordinamento russo è stata effettivamente esaminata dalla corte d'appello di Campobasso, che ha confermato il rifiuto di registrare il certificato in questione, ritenendo che violasse la legislazione russa (paragrafo 47 supra). I ricorrenti non hanno contestato questa tesi dinanzi alla Corte di cassazione (paragrafo 84 supra).

144. Tuttavia, la formulazione delle disposizioni della legislazione russa applicabili il 27 febbraio 2011, data di nascita del minore, e il 10 marzo 2011, data in cui i ricorrenti sono stati registrati come genitori a Mosca, sembra confermare l'argomento proposto dai ricorrenti dinanzi alla Corte, secondo il quale all'epoca dei fatti l'esistenza di un legame biologico tra il minore e gli aspiranti genitori non era esplicitamente richiesto dalla legislazione russa (paragrafi 73-74 e 107 supra). Inoltre, il certificato in questione riportava semplicemente che i ricorrenti erano i «genitori», senza specificare se fossero i genitori biologici (paragrafo 16 supra).

145. La Corte osserva che la questione della conformità del certificato di nascita alla legislazione russa non è stata esaminata dal tribunale per i minorenni nell'ambito delle misure urgenti adottate nei confronti del minore.

146. Dinanzi ai giudici italiani, la potestà genitoriale esercitata dai ricorrenti sul minore è stata riconosciuta implicitamente, nella misura in cui ne era stata richiesta la sospensione (paragrafo 23 supra). Tuttavia, la potestà genitoriale in questione era dubbia per i seguenti motivi.

147. La situazione dei ricorrenti era in conflitto con l'ordinamento nazionale. Secondo il Tribunale per i minorenni di Campobasso (paragrafo 37 supra), e indipendentemente dagli aspetti di diritto penale, vi era una situazione di illegalità, che consisteva in primo luogo nel fatto di aver portato in Italia un minore straniero che non aveva legami biologici con nessuno dei genitori, in violazione delle norme in materia di adozioni internazionali e, in secondo luogo, nell'aver sottoscritto un accordo che prevedeva la consegna del liquido seminale del ricorrente al fine della fecondazione degli ovociti di un'altra donna in violazione del divieto, operato dalla legislazione italiana, della procreazione assistita eterologa.

148. La Corte deve accertare se, nelle circostanze di causa, la relazione tra i ricorrenti e il minore rientri nella sfera della vita familiare ai sensi dell'articolo 8. La Corte accetta, in determinate situazioni, l'esistenza di una vita familiare de facto tra un adulto o degli adulti e un minore in assenza di legami biologici o di un legame riconosciuto giuridicamente, a condizione che vi siano legami personali effettivi.

149. Nonostante l'assenza di un legame biologico e di un legame di filiazione giuridicamente riconosciuto dallo Stato convenuto, la Corte ha ritenuto che esistesse un vita familiare tra i genitori affidatari che si erano presi cura di un minore temporaneamente e il minore in questione, sulla base degli stretti legami personali tra loro, del ruolo rivestito dagli adulti nei confronti del minore e del tempo trascorso insieme (Moretti e Benedetti c. Italia, n. 16318/07, § 48, 27 aprile 2010, e Kopf e Liberda c. Austria, n. 1598/06, § 37, 17 gennaio 2012). Nella causa Moretti e Benedetti, la Corte ha attribuito importanza al fatto che il minore era arrivato nella famiglia all'età di un mese e che, per diciannove mesi, i ricorrenti avevano condiviso con lui le prime importanti tappe della sua giovane vita. Ha anche rilevato che le perizie condotte sulla famiglia per ordine del tribunale avevano evidenziato che il minore era ben integrato nella famiglia e profondamente attaccato ai ricorrenti e ai loro figli. Inoltre, i ricorrenti si erano anche occupati dello sviluppo sociale del minore. Tali elementi sono stati sufficienti perché la Corte ritenesse che esistevano tra i ricorrenti e il minore legami interpersonali stretti e che i ricorrenti si erano comportati sotto tutti i punti di vista come i suoi genitori, e che pertanto esistevano tra loro «legami familiari» de facto (Moretti e Benedetti, sopra citata, §§ 49-50).

150. Inoltre, nella causa Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo (n. 76240/01, § 117, 28 giugno 2007) - che riguardava l'impossibilità di ottenere il riconoscimento giuridico in Lussemburgo di una decisione giudiziaria peruviana con cui era stata pronunciata l'adozione piena della seconda ricorrente a vantaggio della prima ricorrente - la Corte ha riconosciuto l'esistenza di una vita familiare nonostante il mancato riconoscimento giuridico dell'adozione, sulla base del fatto che dei legami familiari de facto esistevano da più di dieci anni tra le ricorrenti e che la sig.ra Wagner si comportava a tutti gli effetti come la madre della minore.

151. È pertanto necessario, nel caso di specie, esaminare la qualità dei legami, il ruolo rivestito dai ricorrenti nei confronti del minore e la durata della convivenza tra loro. La Corte ritiene che i ricorrenti abbiano concepito un progetto genitoriale e si siano assunti il loro ruolo di genitori nei confronti del minore (si veda, a contrario, Giusto, Bornacin e V. c. Italia (dec.), n. 38972/06, 15 maggio 2007). Hanno intessuto stretti legami affettivi con lui nelle prime tappe della sua vita, come efficacemente riferito, del resto, nelle perizie redatte dall'equipe di assistenti sociali su incarico del tribunale per i minorenni (paragrafo 25 supra).

152. Per quanto riguarda la durata della convivenza tra i ricorrenti e il minore nel caso di specie, la Corte osserva che questi ultimi hanno vissuto insieme per sei mesi in Italia, preceduti da un periodo di circa due mesi di convivenza della ricorrente con il minore in Russia.

153. Sarebbe certamente poco opportuno definire una durata minima della convivenza necessaria per costituire una vita familiare de facto, visto che la valutazione di ogni situazione deve tenere conto della «qualità» del legame e delle circostanze di ciascun caso. Tuttavia, la durata della relazione con il minore è un fattore chiave affinché la Corte riconosca l'esistenza di una vita familiare. Nella causa Wagner e J.M.W.L. sopra citata, la convivenza era durata per oltre dieci anni. Analogamente, nella causa Nazarenko (sopra citata, § 58), nella quale un uomo sposato aveva assunto il ruolo genitoriale prima di scoprire di non essere il padre biologico del minore, il periodo trascorso insieme era durato oltre cinque anni.

154. È vero che, nel caso di specie, la durata della convivenza con il minore è stata maggiore

di quella della causa D. e altri c. Belgio, ((dec.), n. 29176/13, § 49, 8 luglio 2014), nella quale la Corte ha ritenuto che vi fosse vita familiare, tutelata dall'articolo 8, per una convivenza durata solamente due mesi prima della separazione temporanea di una coppia belga e di un minore nato in Ucraina da una madre surrogata. In quel caso, tuttavia, vi era un legame biologico tra il minore e almeno uno dei genitori e la convivenza era ripresa successivamente.

155. Per quanto riguarda l'argomento proposto dal ricorrente secondo il quale egli era convinto di essere il padre biologico del minore, visto che aveva consegnato il suo liquido seminale alla clinica, la Corte ritiene che tale convinzione - smentita nell'agosto 2011 dall'esito del test del DNA - non possa compensare la breve durata del periodo in cui ha vissuto insieme al minore (si veda, a contrario, Nazarenko, sopra citata, § 58) e non sia pertanto sufficiente per determinare una vita familiare de facto.

156. Sebbene la fine della loro relazione con il minore non sia direttamente imputabile ai ricorrenti nel caso di specie, nondimeno essa è la conseguenza dell'incertezza giuridica che essi stessi hanno determinato rispetto ai legami in questione, adottando una condotta contraria all'ordinamento italiano e venendo a stabilirsi in Italia con il minore. Le autorità italiane hanno reagito rapidamente a questa situazione chiedendo la sospensione della potestà genitoriale e avviando la procedura per l'adottabilità (paragrafi 22-23 supra). Il caso di specie differisce dalle cause Kopf, Moretti e Benedetti, e Wagner sopra citate, in cui l'affidamento del minore ai ricorrenti era, rispettivamente, riconosciuto o tollerato dalle autorità.

157. In considerazione dei fattori sopra esposti, vale a dire l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico e malgrado l'esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami affettivi, la Corte ritiene che le condizioni per poter concludere che esiste una vita familiare de facto non siano soddisfatte.

158. Pertanto, la Corte conclude che, nel caso di specie, non sussiste una vita familiare.

b) Vita privata

i. Principi pertinenti

159. La Corte rammenta che il concetto di «vita privata» ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione è un concetto ampio, che non si presta a una definizione esaustiva. Comprende l'integrità fisica e psicologica di una persona (X e Y c. Paesi Bassi, 26 marzo 1985, § 22, serie A n. 91) e, entro certi limiti, il diritto di instaurare e sviluppare rapporti con altri esseri umani (Niemietz c. Germania, 16 dicembre 1992, § 29, serie A n. 251-B). Può a volte comprendere aspetti dell'identità fisica e sociale di una persona (Mikulić c. Croazia, n. 53176/99, § 53, CEDU 2002-I). Il concetto di vita privata include anche il diritto alla realizzazione personale o il diritto all'autodeterminazione (Pretty c. Regno Unito, n. 2346/02, § 61, CEDU 2002 III), e il diritto al rispetto delle decisioni di diventare o meno genitore (Evans c. Regno Unito [GC], n. 6339/05, § 71, CEDU 2007-I, e A, B e C c. Irlanda [GC], n. 25579/05, § 212, CEDU 2010).

160. Nella sentenza pronunciata nella causa Dickson c. Regno Unito ([GC], n. 44362/04, § 66, CEDU 2007-V), relativa al rifiuto di concedere ai ricorrenti - un detenuto e sua moglie - la possibilità di praticare l'inseminazione artificiale, la Corte è giunta alla conclusione che l'articolo 8 fosse applicabile in quanto il rifiuto delle pratiche di inseminazione artificiale in questione riguardava la loro vita privata e familiare, specificando che tali concetti comprendono il diritto al rispetto della loro decisione di diventare genitori genetici. Nella causa S.H. e altri c. Austria ([GC], n. 57813/00, § 82, CEDU 2011) - che riguardava delle coppie che volevano avere un figlio usando gameti di donatori - la Corte ha ritenuto che anche il diritto di una coppia di concepire un figlio utilizzando a tal fine la procreazione medicalmente assistita

è tutelato dall'articolo 8, poiché tale scelta è un'espressione della vita privata e familiare.

ii. Applicazione al caso di specie

161. La Corte osserva che non vi è alcun motivo valido per ritenere che il concetto di «vita privata» escluda i legami affettivi che si instaurano e si sviluppano tra un adulto e un minore in situazioni diverse dalla classica situazione di parentela. Anche questo tipo di legame appartiene alla vita e alla identità sociale delle persone. In alcuni casi, aventi ad oggetto una relazione tra adulti e minore tra i quali non vi sono legami né biologici né giuridici, i fatti possono nondimeno rientrare nella sfera della «vita privata» (X. c. Svizzera, n. 8257/78, decisione della Commissione del 10 luglio 1978, *Décisions et rapports* 5; si veda anche, *mutatis mutandis*, Niemietz, sopra citata, § 29).

162. In particolare, nella causa X. c. Svizzera sopra citata, la Commissione ha esaminato la situazione di una persona a cui degli amici avevano affidato il loro figlio, compito che era stato assolto. Quando, anni dopo, le autorità avevano deciso che il minore non poteva più rimanere con la persona in questione, visto che i genitori avevano chiesto di riprenderlo con loro, la ricorrente aveva presentato un ricorso per poter continuare a tenere con sé il minore, invocando l'articolo 8 della Convenzione. La Commissione aveva ritenuto che fosse coinvolta la vita privata della ricorrente, in quanto la stessa era profondamente legata al minore.

163. Nel caso di specie, la Corte osserva che i ricorrenti avevano la sincera intenzione di diventare genitori, inizialmente tentando la fecondazione in vitro, quindi richiedendo e ottenendo l'idoneità all'adozione, e, infine, rivolgendosi alla donazione di ovuli e ricorrendo a una madre surrogata. Una gran parte della loro vita è stata concentrata sulla realizzazione del loro progetto di diventare genitori, per amare e crescere un figlio. Di conseguenza, l'argomento in questione è il diritto al rispetto della decisione dei ricorrenti di diventare genitori (S.H. e altri c. Austria, sopra citata, § 82), e la realizzazione personale degli interessati attraverso il ruolo di genitori che era loro desiderio assumere nei confronti del minore. Infine, dato che il procedimento dinanzi al tribunale per i minorenni riguardava la questione dell'esistenza di legami biologici tra il minore e il ricorrente, tale procedimento e l'accertamento dei dati genetici hanno avuto un impatto sull'identità di quest'ultimo e sul rapporto tra i due ricorrenti.

164. Alla luce delle considerazioni precedenti, la Corte conclude che i fatti di causa rientrano nella sfera della vita privata dei ricorrenti.

c) Conclusione

165. In considerazione di quanto sopra, la Corte conclude che non vi è stata vita familiare tra i ricorrenti e il minore, e ritiene invece che le misure contestate riguardino la vita privata dei ricorrenti. Ne consegue che l'articolo 8 della Convenzione si applica a questo titolo.

3. Sul rispetto dell'articolo 8 della Convenzione

166. Nella fattispecie, i ricorrenti sono stati danneggiati dalle decisioni giudiziarie che hanno portato all'allontanamento del minore e alla presa in carico di quest'ultimo da parte dei servizi sociali ai fini della sua adozione. La Corte ritiene che le misure adottate nei confronti del minore - allontanamento, affido familiare senza contatto con i ricorrenti, nomina di un tutore - si traducano in una ingerenza nella vita privata dei ricorrenti.

167. Tale ingerenza è contraria all'articolo 8 a meno che non sia giustificabile dal punto di vista del paragrafo 2 di questa disposizione, cioè a meno che non sia «prevista dalla legge», non persegua uno o più scopi legittimi tra quelli elencati in tale disposizione e non sia «necessaria in una società democratica» per raggiungere tali scopi.

a) «Prevista dalla legge»

168. I ricorrenti affermano che l'applicazione del diritto italiano e, in particolare, dell'articolo 8 della legge sull'adozione - che definisce il minore in stato di abbandono come un minore

privo di assistenza morale o materiale da parte dei genitori o dei famigliari tenuti a provvedervi - dipende da una scelta arbitraria da parte dei giudici italiani.

169. La Corte rammenta la sua giurisprudenza costante secondo la quale le parole «prevista dalla legge» impongono non solo che la misura contestata abbia una base giuridica nel diritto interno, ma riguardano anche la qualità della legge in causa: perciò, questa deve essere accessibile alle persone sottoposte alla giustizia, e i suoi effetti devono essere prevedibili (Rotaru c. Romania [GC], n. 28341/95, § 52, CEDU 2000-V e Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia [GC], n. 38433/09, § 140, CEDU 2012). Tuttavia, spetta alle autorità nazionali, in particolare ai tribunali, interpretare e applicare il diritto interno (Kruslin c. Francia, 24 aprile 1990, § 29, serie A n. 176-A, Kopp c. Svizzera, 25 marzo 1998, § 59, Recueil 1998-II, e Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano, sopra citata, § 140; si veda anche Delfi AS c. Estonia [GC], n. 64569/09, § 127, CEDU 2015).

170. Come la camera (paragrafo 72 della sentenza della camera), la Grande Camera ritiene che la scelta dei tribunali nazionali di applicare il diritto italiano per quanto riguarda la filiazione e di non basarsi sul certificato di nascita rilasciato dalle autorità russe e apostillato sia compatibile con la Convenzione dell'Aja del 1961 (paragrafo 75 supra). In effetti, ai sensi dell'articolo 5 di tale Convenzione, l'unico effetto dell'apostille è quello di certificare l'autenticità della firma, la qualità nella quale il firmatario dell'atto ha agito e, se del caso, l'identità del timbro apposto nello stesso. Dal rapporto esplicativo di detta Convenzione risulta che l'apostille non attesta la veridicità del contenuto dell'atto sottostante. Tale limitazione degli effetti giuridici derivante dalla Convenzione dell'Aja ha lo scopo di preservare il diritto degli Stati firmatari di applicare le loro norme in materia di conflitti di leggi quando devono decidere quale peso attribuire al contenuto del documento apostillato.

171. Nella fattispecie, il tribunale per i minorenni ha applicato la norma italiana in materia di conflitti di leggi, che prevede che la filiazione è determinata dalla legge nazionale del minore al momento della nascita (legge sul diritto internazionale privato, paragrafo 57 supra). Tuttavia, poiché il minore è nato da gameti di donatori sconosciuti, secondo i giudici italiani la sua nazionalità non era accertata.

172. L'articolo 37bis della legge sull'adozione prevede che ai minori stranieri che sono in Italia si applichi la legge italiana in materia di adozione, di affidamento e di provvedimenti necessari in caso di urgenza (paragrafi 63 e 65 supra). La situazione del minore T.C., la cui nazionalità non è conosciuta e che è nato all'estero da genitori biologici sconosciuti, è stata assimilata a quella di un minore straniero.

173. In queste circostanze, la Corte ritiene che fosse prevedibile che l'applicazione del diritto italiano da parte dei giudici nazionali portasse alla constatazione che il minore si trovava in stato di abbandono.

174. Ne consegue che l'ingerenza nella vita privata dei ricorrenti era «prevista dalla legge».

b) Scopo legittimo

175. Il Governo si dichiara d'accordo con la sentenza della camera che ha accettato che le misure in questione miravano alla «difesa dell'ordine» e alla protezione dei «diritti e delle libertà» del minore.

176. Da parte loro, i ricorrenti contestano che tali misure servissero a proteggere i «diritti e le libertà» del minore.

177. Nella misura in cui la condotta dei ricorrenti contraveniva alla legge sull'adozione e al divieto nel diritto italiano delle tecniche di procreazione assistita eterologa, la Grande Camera ammette il punto di vista della camera secondo il quale le misure adottate nei confronti del minore tendevano alla «difesa dell'ordine». Peraltro, essa ammette che tali misure miravano

anche alla protezione dei «diritti e delle libertà» altrui. In effetti, la Corte giudica legittima, rispetto all'articolo 8 § 2, la volontà delle autorità italiane di riaffermare la competenza esclusiva dello Stato per riconoscere un legame di filiazione - e ciò unicamente in caso di legame biologico o di adozione regolare - allo scopo di tutelare i minori.

178. Pertanto le misure controverse rispondevano a scopi legittimi.

c) Necessità in una società democratica

i. Principi pertinenti

179. La Corte rammenta che, per valutare la «necessità» delle misure controverse «in una società democratica», deve esaminare, alla luce della causa nel suo complesso, se i motivi addotti per giustificarle sono pertinenti e sufficienti ai fini del paragrafo 2 dell'articolo 8 (si vedano, tra molte altre, Parrillo c. Italia [GC], n. 46470/11, § 168, CEDU 2015, S.H. e altri c. Austria, sopra citata, § 91, e K. e T. c. Finlandia, sopra citata, § 154).

180. In una causa derivante da un ricorso individuale, la Corte non ha il compito di controllare in astratto una legislazione o una pratica contestata, ma deve per quanto possibile limitarsi, senza perdere di vista il contesto generale, a trattare le questioni sollevate dal caso concreto di cui è investita (S.H. e altri c. Austria, sopra citata, § 92, e Olsson c. Svezia (n. 1), 24 marzo 1988, § 54, serie A n. 130). Essa non deve, pertanto, sostituire la propria valutazione a quella delle autorità nazionali competenti quando si tratta di determinare il mezzo migliore per regolare la questione - complessa e delicata - del rapporto tra aspiranti genitori e un minore nato all'estero nell'ambito di un accordo commerciale di gestazione per conto terzi e attraverso un metodo di procreazione medicalmente assistita che siano entrambi vietati nello Stato convenuto.

181. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, la nozione di necessità implica che l'ingerenza corrisponda a un bisogno sociale imperioso e, in particolare, che sia proporzionata allo scopo legittimo perseguito tenuto conto del giusto equilibrio da mantenere tra gli interessi concomitanti in gioco (A, B e C c. Irlanda, sopra citata, § 229). Per determinare se una ingerenza sia «necessaria in una società democratica», si deve tenere conto del fatto che un margine di apprezzamento viene lasciato alle autorità nazionali, la cui decisione rimane soggetta al controllo della Corte, competente per verificarne la conformità alle esigenze della Convenzione (X, Y e Z c. Regno Unito, sopra citata, § 41).

182. La Corte rammenta che, per pronunciarsi sull'ampiezza del margine di apprezzamento che deve essere riconosciuto allo Stato in una causa che solleva questioni rispetto all'articolo 8, si deve tenere conto di un certo numero di fattori (si vedano, tra molti esempi, S.H. e altri c. Austria, sopra citata, § 94, e Hämäläinen c. Finlandia [GC], n. 37359/09, § 67, CEDU 2014). Quando è in gioco un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo, il margine lasciato allo Stato è normalmente ristretto (Evans, sopra citata, § 77). Invece, quando non vi è un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, che sia sull'importanza relativa dell'interesse in gioco o sui mezzi più appropriati per proteggerlo, in particolare quando la causa solleva questioni morali o etiche delicate, il margine di apprezzamento è più ampio (Evans, sopra citata, § 77, e A, B e C c. Irlanda, sopra citata, § 232). Il margine di apprezzamento, è generalmente ampio anche quando lo Stato deve garantire un equilibrio tra interessi privati e pubblici concomitanti o diritti diversi tutelati dalla Convenzione (Evans, sopra citata, § 77 e Dickson, sopra citata, § 78).

183. Se le autorità godono di ampia libertà in materia di adozione (Wagner e J.M.W.L., sopra citata, § 128) o per valutare la necessità di prendere in carico un minore (Kutzner c. Germania, n. 46544/99, § 67, CEDU 2002 I), in particolare in caso di urgenza, la Corte deve comunque avere acquisito la convinzione che, nella causa in questione, esistevano circostanze tali da giu-

stificare il fatto di allontanare il minore (Zhou c. Italia, n. 33773/11, § 55, 21 gennaio 2014).

184. Quanto al riconoscimento da parte della Corte del fatto che agli Stati in linea di principio deve essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento nei casi che sollevano delicate questioni di ordine etico per le quali non esiste un consenso su scala europea, la Corte rinvia all'approccio moderato adottato sulla questione della fecondazione assistita eterologa nella causa S.H. e altri (sopra citata, §§ 95-118), e alla sua analisi riguardante la maternità surrogata e il riconoscimento giuridico del legame di filiazione tra gli aspiranti genitori e i minori legittimamente concepiti all'estero nella sentenza *Mennesson* (sopra citata, §§ 78-79).

ii. Applicazione al caso di specie

185. I ricorrenti affermano che l'allontanamento del minore non era né necessario né fondato su motivi pertinenti e sufficienti, e che i giudici nazionali hanno deciso basandosi unicamente sulla difesa dell'ordine pubblico, senza procedere alla valutazione degli interessi in gioco. A questo proposito, osservano che i rapporti redatti dai servizi sociali e dalla psicologa consulente nominata da questi ultimi - che erano estremamente positivi per quanto riguarda la loro capacità di amare il minore e di prendersene cura - non sono stati in alcun modo presi in considerazione dai tribunali.

186. Il Governo afferma che i provvedimenti dei tribunali erano necessari per ripristinare la legalità e hanno tenuto conto dell'interesse del minore.

187. La Corte deve pertanto valutare le misure volte all'allontanamento immediato e definitivo del minore e il loro impatto sulla vita privata dei ricorrenti.

188. A questo proposito, la Corte osserva che i giudici nazionali hanno fondato i provvedimenti adottati sull'assenza di legame genetico tra i ricorrenti e il minore e sulla violazione della legislazione nazionale relativa all'adozione internazionale e alla procreazione medicalmente assistita. I provvedimenti adottati dalle autorità miravano alla interruzione immediata e definitiva di ogni contatto tra i ricorrenti e il minore, nonché all'affidamento familiare di quest'ultimo e alla nomina di un tutore.

189. Nel provvedimento del 20 ottobre 2011, il tribunale per i minorenni di Campobasso ha tenuto conto degli elementi seguenti (paragrafo 37 *supra*). La ricorrente aveva dichiarato di non essere la madre genetica; gli ovuli provenivano da una donatrice sconosciuta; il test del DNA effettuato sul ricorrente e sul minore aveva dimostrato che non esisteva alcun legame genetico tra loro; i ricorrenti avevano versato una somma di denaro importante; contrariamente a quanto affermava, nulla dimostrava che il materiale genetico del ricorrente fosse stato realmente trasportato in Russia. Ciò premesso, non si trattava di un caso di maternità surrogata tradizionale, in quanto il minore non aveva alcun legame genetico con i ricorrenti. L'unica certezza riguardava l'identità della madre surrogata, che non era la madre genetica e aveva rinunciato ai suoi diritti sul minore dopo averlo messo al mondo. I genitori genetici rimanevano sconosciuti. I ricorrenti si trovavano in situazione illegale in quanto, in primo luogo, avevano condotto un minore in Italia senza rispettare la legge sull'adozione. Ora, ai sensi di quest'ultima, prima di condurre un minore straniero in Italia, i candidati all'adozione internazionale devono in effetti rivolgersi a un organismo autorizzato per cercare un minore, poi chiedere l'intervento della commissione per le adozioni internazionali, unico organo competente per autorizzare l'ingresso e la residenza permanente di un minore straniero in Italia. L'articolo 72 di questa legge sanziona i comportamenti che contravvengono a queste norme, ma la valutazione dell'aspetto penale della situazione non era di competenza del tribunale per i minorenni. In secondo luogo, l'accordo concluso dai ricorrenti con la società Rosjurconsulting era contrario alla legge sulla procreazione medicalmente assistita che, nel suo articolo 4,

vietava la fecondazione assistita eterologa. Si doveva mettere fine a questa situazione illegale e l'unico modo di farlo era allontanare il minore dai ricorrenti.

190. Pur riconoscendo che il minore avrebbe subito un pregiudizio a causa della separazione, il tribunale per i minorenni ha ritenuto che, visto il breve periodo trascorso con i ricorrenti e la sua tenera età, tale trauma non sarebbe stato irreparabile, e questo contrariamente al parere della psicologa nominata dai ricorrenti. Il tribunale ha dichiarato che la ricerca di un'altra coppia che potesse prendere in carico il minore e attutire le conseguenze del trauma avrebbe dovuto essere avviata immediatamente. Ha aggiunto che, considerato che i ricorrenti avevano preferito aggirare la legge sull'adozione malgrado avessero ottenuto l'autorizzazione, si poteva pensare che il minore fosse il risultato di un desiderio narcisistico della coppia o che fosse destinato a risolvere i problemi di quest'ultima. Di conseguenza, il tribunale ha espresso dei dubbi sulla reale capacità affettiva ed educativa dei ricorrenti.

191. Peraltro, la corte d'appello di Campobasso ha confermato il provvedimento del tribunale per i minorenni, ritenendo anch'essa che il minore fosse in «stato di abbandono» ai sensi della legge sull'adozione. Essa ha sottolineato l'urgenza di adottare dei provvedimenti nei suoi confronti, senza attendere l'esito della procedura relativa alla registrazione del certificato di nascita (paragrafo 40 supra).

α. Margine di apprezzamento

192. La Corte deve esaminare se questi motivi siano pertinenti e sufficienti e se i giudici nazionali abbiano trovato un giusto equilibrio tra gli interessi privati e pubblici coesistenti. A tale scopo, essa deve prima determinare l'ampiezza del margine di apprezzamento da accordare allo Stato in materia.

193. Secondo i ricorrenti, il margine di apprezzamento è ristretto, dato che l'oggetto della presente causa è il provvedimento di allontanamento definitivo del minore e che l'interesse superiore di quest'ultimo deve prevalere (paragrafo 110 supra). Per il Governo, le autorità dispongono di un ampio margine di apprezzamento per quanto riguarda la surrogazione di maternità e le tecniche di procreazione medicalmente assistita (paragrafo 122 supra).

194. La Corte osserva che i fatti di causa riguardano argomenti eticamente sensibili - adozione, presa in carico di un minore da parte dello Stato, procreazione medicalmente assistita e gestazione per conto terzi - per i quali gli Stati membri godono di un ampio margine di apprezzamento (paragrafo 182 supra).

195. Contrariamente alla situazione della causa *Mennesson* (sopra citata §§ 80 e 96 97), la questione dell'identità del minore e del riconoscimento della sua filiazione genetica non si pone nel caso di specie poiché, da una parte, un eventuale rifiuto da parte dello Stato di dare una identità al minore non può essere contestato dai ricorrenti, che non lo rappresentano dinanzi alla Corte e, dall'altra, non esiste alcun legame biologico tra il minore e i ricorrenti. Inoltre, la presente causa non riguarda la scelta di divenire genitori genetici, ambito nel quale il margine di apprezzamento degli Stati è ristretto (*Dickson*, sopra citata, § 78). Tuttavia, le scelte operate dallo Stato, anche nei casi in cui, come nella fattispecie, esso gode di un ampio margine di apprezzamento, non sfuggono al controllo della Corte. Spetta a quest'ultima esaminare attentamente gli argomenti di cui si è tenuto conto per giungere alla soluzione adottata e cercare di stabilire se sia stato trovato un giusto equilibrio tra gli interessi dello Stato e quelli degli individui direttamente interessati da questa soluzione (si veda, *mutatis mutandis*, *S.H.* e altri c. *Austria*, sopra citata, § 97).

β. Motivi pertinenti e sufficienti

196. Per quanto riguarda i motivi addotti dalle autorità interne, la Corte osserva che queste ultime si sono fondate in particolare su due serie di argomenti: in primo luogo, hanno avuto

riguardo alla illegalità della condotta dei ricorrenti e, in secondo luogo, all'urgenza di adottare provvedimenti riguardanti il minore, che esse consideravano «in stato di abbandono» ai sensi dell'articolo 8 della legge sull'adozione.

197. La Corte non dubita della pertinenza dei motivi invocati dai giudici interni. Tali motivi sono direttamente legati allo scopo legittimo della difesa dell'ordine e anche della protezione del minore - non solo di quello di cui trattasi nel caso di specie ma dei minori in generale - considerata la prerogativa dello Stato di stabilire la filiazione mediante l'adozione e mediante il divieto di alcune tecniche di procreazione medicalmente assistita (paragrafo 177 supra).

198. Quanto al punto di stabilire se i motivi adottati dai giudici nazionali fossero anche sufficienti, la Grande Camera rammenta che, contrariamente alla camera, essa ritiene che i fatti di causa non rientrino nella nozione di vita familiare, ma unicamente in quella di vita privata. Perciò, è opportuno esaminare la causa non dal punto di vista del mantenimento di una unità familiare, ma piuttosto sotto il profilo del diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata, dal momento che ciò che è in gioco nel caso di specie è il loro diritto allo sviluppo personale attraverso la loro relazione con il minore.

199. Nelle circostanze particolari della causa, la Corte ritiene che i motivi adottati dai giudici nazionali, che erano centrati sulla situazione del minore e sull'illegalità della condotta dei ricorrenti, fossero sufficienti.

γ. Proporzionalità

200. Resta da esaminare se le misure controverse fossero proporzionate allo scopo legittimo perseguito, in particolare se i giudici nazionali, agendo nell'ambito dell'ampio margine di apprezzamento che era loro accordato nel caso di specie, abbiano assicurato un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati concomitanti in gioco.

201. I giudici nazionali hanno attribuito una grande importanza all'inosservanza da parte dei ricorrenti della legge sull'adozione e alla circostanza secondo la quale essi hanno fatto ricorso all'estero a metodi di procreazione medicalmente assistita vietati in Italia. Nell'ambito del procedimento interno, i tribunali, che si sono concentrati sulla necessità di adottare misure urgenti, non si sono dilungati sugli interessi generali in gioco né hanno affrontato espressamente le questioni eticamente sensibili sottese alle disposizioni giuridiche cui i ricorrenti hanno contravvenuto.

202. Nel procedimento dinanzi alla Corte, il governo convenuto ha spiegato che, nel diritto italiano, la filiazione può essere accertata sia mediante l'esistenza di un legame biologico sia mediante un'adozione che rispetti le norme stabilite dalla legge. A suo parere, il legislatore italiano, con questa scelta, cercava di proteggere l'interesse superiore del minore, come richiede l'articolo 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo. La Corte ammette che, vietando l'adozione privata fondata su una relazione contrattuale tra gli individui e limitando il diritto dei genitori adottivi di far entrare dei minori stranieri in Italia nei casi in cui le norme in materia di adozione internazionale siano rispettate, il legislatore nazionale si sforza di proteggere i minori da pratiche illecite, alcune delle quali possono essere definite traffico di esseri umani.

203. Peraltro, il Governo si è fondato sull'argomento secondo il quale le soluzioni adottate dovevano essere esaminate nel contesto del divieto nel diritto italiano degli accordi di gestazione per conto terzi. Non vi sono dubbi che il ricorso a tali accordi solleva questioni etiche delicate sulle quali non esiste alcun consenso tra gli Stati contraenti (Mennesson, sopra citata, § 79). Vietando la gestazione per conto terzi, lo Stato italiano ritiene di perseguire l'interesse generale della protezione delle donne e dei minori potenzialmente interessati da pratiche che esso percepisce come estremamente problematiche da un punto di vista etico. Come sottolinea il Governo, questa politica diventa tanto più importante quando, come nel caso di specie, sono

in gioco contratti commerciali di gestazione per conto terzi. Questo interesse generale entra in gioco anche nel caso di misure adottate dallo Stato per dissuadere i propri cittadini dal fare ricorso all'estero a pratiche vietate nel proprio territorio.

204. In definitiva, i giudici nazionali avevano come principale preoccupazione quella di porre fine a una situazione illegale. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, la Corte ammette che le leggi che sono state violate dai ricorrenti e i provvedimenti adottati in risposta alla loro condotta perseguivano lo scopo di proteggere degli interessi generali importanti.

205. Per quanto riguarda gli interessi privati in gioco, vi sono quelli del minore da una parte e quelli dei ricorrenti dall'altra.

206. Per quanto riguarda gli interessi del minore, la Corte rammenta che il tribunale per i minorenni di Campobasso ha tenuto conto dell'assenza di legame biologico tra i ricorrenti e il minore, e ha dichiarato che era necessario trovare quanto prima una coppia che potesse prendersi cura di lui. Tenuto conto della tenera età del minore e del breve periodo che aveva trascorso con i ricorrenti, il tribunale non ha aderito alla perizia di una psicologa presentata dai ricorrenti, secondo la quale la separazione avrebbe avuto conseguenze devastanti per il minore. Rinviando alla letteratura in materia, il tribunale ha ritenuto che il semplice fatto di essere separato dalle persone che si prendevano cura di lui non avrebbe comportato una condizione psicopatologica nel minore in assenza di altri fattori di causalità. Ha concluso che il trauma causato dalla separazione non sarebbe stato irreparabile.

207. Quanto all'interesse dei ricorrenti a proseguire la loro relazione con il minore, il tribunale per i minorenni ha osservato che nessun elemento del fascicolo confermava le dichiarazioni degli interessati secondo le quali essi avevano consegnato alla clinica russa il materiale genetico del ricorrente. Il tribunale ha aggiunto che, dopo aver ottenuto il consenso all'adozione internazionale, avevano aggirato la legge sull'adozione riportando il minore in Italia senza l'approvazione dell'organo competente, ossia la commissione per le adozioni internazionali. Alla luce di questa condotta, il tribunale per i minorenni ha dichiarato di temere che il minore fosse uno strumento per realizzare un desiderio narcisistico della coppia o esorcizzare un problema individuale o di coppia. Inoltre, ha ritenuto che la condotta dei ricorrenti gettasse «un'ombra importante sull'esistenza di reali capacità affettive ed educative e di un istinto di solidarietà umana, che devono essere presenti in coloro che desiderano integrare i figli di altre persone nella loro vita come se fossero propri figli» (paragrafo 37 supra).

208. Prima di esaminare la questione di stabilire se le autorità italiane abbiano debitamente valutato i diversi interessi in gioco, la Corte rammenta che il minore non è ricorrente nella presente causa e, per di più, non era un membro della famiglia dei ricorrenti nel senso dell'articolo 8 della Convenzione. Ciò premesso, non risulta che l'interesse superiore del minore e il modo in cui tale interesse è stato valutato dai giudici nazionali non rivestano alcuna importanza. A questo proposito, la Corte osserva che l'articolo 3 della Convenzione sui diritti del minore esige che «in tutte le decisioni che riguardano i minori, (...) l'interesse superiore del minore deve essere una considerazione fondamentale», senza tuttavia precisare la nozione di «interesse superiore del minore».

209. Il caso di specie si distingue dalle cause che riguardano la scissione di una famiglia mediante la separazione di un minore dai suoi genitori nelle quali, in linea di principio, la separazione è una misura che può essere ordinata soltanto se l'integrità fisica o psichica del minore sia in pericolo (si vedano, tra altre, Scozzari e Giunta, sopra citata, §§ 148-151, Kutzner, sopra citata, §§ 69-82). Nel caso di specie, invece, la Corte ritiene che i giudici interni non fossero tenuti a dare la priorità al mantenimento della relazione tra i ricorrenti e il minore, e si trovassero piuttosto di

fronte a una scelta delicata: permettere ai ricorrenti di continuare la loro relazione con il minore, e in tal modo legalizzare la situazione che questi avevano imposto come un fatto compiuto, o adottare misure volte a dare al minore una famiglia conformemente alla legge sull'adozione.

210. La Corte ha già rilevato l'importanza degli interessi generali in gioco. Inoltre, essa ritiene che il ragionamento dei giudici italiani riguardante l'interesse del minore non rivestisse un carattere automatico o stereotipato (si veda, *mutatis mutandis*, X c. Lettonia [GC], n. 27853/09, § 107, CEDU 2013). I tribunali, nell'ambito della loro valutazione della situazione specifica del minore, hanno ritenuto auspicabile darlo in affidamento ad una coppia idonea ai fini dell'adozione ma hanno anche valutato l'impatto che avrebbe avuto su di lui la separazione dai ricorrenti, concludendo sostanzialmente che la separazione non avrebbe causato al minore un pregiudizio grave o irreparabile.

211. Al contrario, i giudici italiani non hanno attribuito molta importanza all'interesse dei ricorrenti a continuare a sviluppare delle relazioni con un minore di cui desideravano essere i genitori. Non hanno espressamente esaminato l'impatto che la separazione immediata e irreversibile dal minore avrebbe avuto sulla loro vita privata. Tuttavia, la causa deve essere esaminata dal punto di vista della illegalità della condotta dei ricorrenti e del fatto che la loro relazione con il minore era precaria dal momento stesso in cui hanno deciso di risiedere con lui in Italia. Il legame è divenuto ancora più tenue quando, una volta conosciuto l'esito del test del DNA, è risultato che non vi era alcun legame biologico tra il secondo ricorrente e il minore.

212. I ricorrenti affermano che la procedura è stata viziata da varie lacune. Per quanto riguarda l'idea che non sarebbe stato consultato alcun perito, la Corte osserva che il tribunale per i minorenni ha preso in esame il rapporto redatto da una psicologa prodotto dai ricorrenti, senza tuttavia aderire alla conclusione di cui al rapporto in questione, secondo la quale la separazione dai ricorrenti avrebbe avuto conseguenze devastanti per il minore. A questo proposito, la Corte attribuisce una certa importanza all'osservazione del Governo secondo la quale il tribunale per i minorenni è composto da due magistrati togati e da due specialisti (paragrafo 69 supra).

213. Per quanto riguarda l'argomentazione dei ricorrenti secondo la quale i tribunali non hanno esaminato soluzioni alternative alla separazione immediata e irreversibile dal minore, la Corte osserva che, dinanzi al tribunale per i minorenni gli interessati hanno chiesto anzitutto che il minore fosse affidato a loro in via provvisoria, in attesa di una successiva adozione. Secondo la Corte, si deve tenere in mente che la procedura rivestiva un carattere di urgenza. Qualsiasi misura di natura tale da prolungare il soggiorno del minore presso i ricorrenti, come il suo affidamento provvisorio presso di loro, avrebbe comportato il rischio che il semplice trascorrere del tempo non portasse a una risoluzione della causa.

214. Peraltro, oltre all'illegalità della condotta dei ricorrenti, il Governo sottolinea che essi hanno superato il limite di età per l'adozione previsto all'articolo 6 della legge sull'adozione, ossia una differenza di età di massimo 45 anni per uno dei genitori adottivi e di 55 anni per il secondo. La Corte rileva che la legge autorizza i tribunali a fare delle eccezioni a questi limiti di età. Nelle circostanze della presente causa, non si può rimproverare ai tribunali nazionali di avere omesso di esaminare questa opzione.

δ. Conclusione

215. La Corte non sottovaluta l'impatto che la separazione immediata e irreversibile dal minore deve aver avuto sulla vita privata dei ricorrenti. Se la Convenzione non sancisce alcun diritto di diventare genitore, la Corte non può comunque ignorare il dolore morale che sentono coloro il cui desiderio di genitorialità non è stato o non può essere soddisfatto. Tuttavia, l'interesse generale in gioco ha un grande peso sul piatto della bilancia mentre, in confronto, si deve accordare una importanza minore all'interesse dei ricorrenti ad assicurare il proprio svi-

luppo personale proseguendo la loro relazione con il minore. Accettare di lasciare il minore con i ricorrenti, forse nella prospettiva che questi diventassero i suoi genitori adottivi, sarebbe equivalso a legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme importanti del diritto italiano. La Corte ammette dunque che i giudici italiani, avendo concluso che il minore non avrebbe subito un pregiudizio grave o irreparabile a causa della separazione, hanno garantito un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, rimanendo nei limiti dell'ampio margine di apprezzamento di cui disponevano nel caso di specie.

216. Pertanto, non vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE,

Rigetta, all'unanimità, le eccezioni preliminari del Governo;

Dichiara, con undici voti contro sei, che non vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

(...)

OPINIONE CONCORDANTE DEL GIUDICE RAIMONDI

1. Condivido pienamente le conclusioni cui perviene la Grande Camera in questa importante sentenza, conclusioni, peraltro, di cui sostenevo l'opportunità nella mia opinione dissenziente, presentata congiuntamente al giudice Spano e allegata alla sentenza della camera, vale a dire che nel caso di specie non si può ravvisare una violazione dell'articolo 8 della Convenzione.
2. Se sento il bisogno di esprimermi tramite un'opinione separata, è solo perché tengo a notare che la scelta della Grande Camera di esaminare questa causa dal punto di vista della protezione della vita privata dei ricorrenti e non dal punto di vista della loro vita familiare è, a mio avviso, particolarmente appropriata.
3. Il giudice Spano ed io stesso avevamo osservato nella nostra opinione dissenziente comune che «possiamo accettare, ma con una certa esitazione e con riserva delle seguenti osservazioni, le conclusioni della maggioranza secondo le quali nel caso di specie è applicabile l'articolo 8 della Convenzione (...) e vi è stata ingerenza nei diritti dei ricorrenti. (...) In effetti, la vita familiare (o vita privata) de facto dei ricorrenti con il minore si basava su un legame debole, in particolare se si tiene conto del periodo molto breve durante il quale ne avrebbero avuto la custodia. Riteniamo che la Corte, in situazioni come quella che ha dovuto esaminare nella presente causa, debba tenere conto delle circostanze nelle quali il minore è stato dato in custodia alle persone interessate nel momento in cui deve stabilire se si sia o meno realizzata una vita familiare de facto. Sottolineiamo che l'articolo 8 § 1 non può, secondo noi, essere interpretato nel senso di sancire una «vita familiare» tra un minore e delle persone prive di qualsiasi legame biologico con lo stesso quando i fatti, ragionevolmente chiariti, suggeriscono che alla base della custodia vi è un atto illegale con cui si è contravvenuto all'ordine pubblico. In ogni caso, riteniamo che, nell'analisi della proporzionalità che si impone nel contesto dell'articolo 8, si debba tenere conto delle considerazioni legate ad una eventuale illegalità sulle quali è fondato l'accertamento di una vita familiare de facto.»
4. Sottoscrivo quindi l'analisi della Grande Camera (paragrafi 142-158) che nel caso di specie esclude qualsiasi riconoscimento di una «vita familiare», in particolare sulla base della mancanza di qualsiasi legame biologico tra il minore e gli aspiranti genitori, della breve durata del rapporto con il bambino e della precarietà dei legami dal punto di vista giuridico, e sottoscrivo la sua conclusione secondo la quale, nonostante l'esistenza di un progetto ge-

nitoreale e la qualità dei legami affettivi, non sono soddisfatte le condizioni che consentono di concludere che vi è stata una vita familiare de facto.

5. Sono pienamente convinto, per contro, dal ragionamento della Grande Camera, che giunge a configurare le misure controverse come un'ingerenza nella «vita privata» dei ricorrenti (si vedano, in particolare, i paragrafi 161-165 della sentenza), nonostante i dubbi che avevo espresso anche da questo punto di vista.

OPINIONE CONCORDANTE COMUNE AI GIUDICI DE GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK E DEDOV

1. Pur condividendo pienamente la conclusione cui perveniamo nel caso di specie, esprimiamo serie riserve per quanto riguarda la motivazione della sentenza, la quale, a nostro avviso, mette in evidenza tutte le carenze e le incoerenze nell'approccio adottato finora dalla Corte nei casi in cui si applica l'articolo 8.
2. L'attuazione dell'articolo 8 richiede una definizione scrupolosa del suo campo di applicazione. Secondo la sentenza, l'esistenza o l'assenza di una vita familiare è in primo luogo una questione di fatto, che dipende dall'esistenza di legami personali stretti e stabili (si veda, in particolare, il paragrafo 140 della sentenza). A nostro avviso, la formula proposta è troppo vaga e al tempo stesso troppo ampia. Questo approccio sembra fondato sulla premessa implicita che i legami interpersonali esistenti dovrebbero beneficiare di una protezione, almeno prima facie, contro le ingerenze dello Stato. Al riguardo rileviamo che possono esistere dei rapporti interpersonali stretti e stabili anche al di fuori della sfera della vita familiare. Il ragionamento esposto nella sentenza non spiega la natura dei legami interpersonali che costituiscono la vita familiare. Allo stesso tempo, sembra attribuire grande importanza ai legami affettivi (paragrafi 149, 150, 151 e 157 della sentenza). Tuttavia, i legami affettivi non possono da soli creare una vita familiare.
3. Le diverse disposizioni della Convenzione devono essere interpretate alla luce dell'insieme del suo testo e di altri trattati internazionali pertinenti. Ne consegue che l'articolo 8 deve essere letto alla luce dell'articolo 12, che garantisce il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia. Questi due articoli devono anche essere collocati nel contesto dell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dell'articolo 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici. Quest'ultima disposizione, ampiamente ispirata dall'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, è così formulata:

1. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato.

2. Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto all'uomo e alla donna in età per contrarre matrimonio.

3. Nessun matrimonio può essere concluso senza il libero e pieno consenso dei futuri coniugi.

4. Gli Stati parte al presente Patto adotteranno le misure adeguate per garantire la parità di diritti e responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. In caso di scioglimento, saranno adottate disposizioni per garantire ai minori la protezione necessaria.

Occorre prendere nota dell'approccio del Comitato dei diritti dell'uomo adottato nell'Osservazione generale n. 19: articolo 23 (Protezione della famiglia), § 2). La famiglia è giustamente intesa in questo testo come un elemento che beneficia di un riconoscimento giuridico o sociale nello Stato interessato.

La nozione stessa di «elemento» che figura nella Dichiarazione universale dei diritti del-

l'uomo, nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e nel Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali (articolo 10) presuppone la soggettività della famiglia nel suo insieme (vale a dire il riconoscimento di tutta la famiglia come titolare di diritti) nonché la stabilità dei legami interpersonali nell'ambito della famiglia. L'accento posto nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici sul carattere naturale e fondamentale della famiglia colloca quest'ultima tra le più importanti istituzioni e valori che necessitano di una protezione in una società democratica. Inoltre, la formulazione e la struttura dell'articolo 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e la formulazione dell'articolo 12 della Convenzione stabiliscono un chiaro collegamento tra la nozione di famiglia e quella di matrimonio. Alla luce di tutte le disposizioni di cui sopra, la famiglia deve essere intesa come un elemento naturale e fondamentale della società istituito essenzialmente dal matrimonio tra un uomo e una donna. La vita familiare comprende, in primo luogo, i legami tra i coniugi e quelli tra genitori e figli. Tramite il matrimonio, i coniugi non solo assumono determinati obblighi giuridici ma scelgono anche di tutelare giuridicamente la loro vita familiare. La Convenzione offre una solida protezione della famiglia fondata sul matrimonio.

Come già menzionato, la nozione di famiglia di cui agli articoli 8 e 12 della Convenzione si basa principalmente sulle relazioni interpersonali formalizzate in diritto nonché sui legami di parentela biologica. Tale approccio non esclude di estendere la protezione dell'articolo 8 alle relazioni interpersonali con parenti meno prossimi, come le relazioni tra nonni e nipoti. Anche alcuni legami familiari de facto possono richiedere una protezione (si vedano, ad esempio, Muñoz Díaz c. Spagna, n. 49151/07, CEDU 2009; e Nazarenko c. Russia, n. 39438/13, CEDU 2015 (estratti)). La portata e gli strumenti di protezione in tali situazioni rientrano nell'ambito del potere discrezionale dello Stato, sotto il controllo della Corte.

Nei casi riguardanti dei legami interpersonali de facto non formalizzati, in diritto interno, è necessario prendere in considerazione vari elementi al fine di determinare se sussista una vita familiare. In primo luogo, poiché la nozione di famiglia presuppone l'esistenza di legami stabili, occorre esaminare la natura e la stabilità dei legami interpersonali. In secondo luogo, è impossibile, a nostro avviso, accertare che esiste una vita familiare senza considerare il modo in cui i legami interpersonali sono stati stabiliti. Tale elemento deve essere valutato da un punto di vista giuridico e morale. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. La legge non può offrire una protezione alle situazioni di fatto compiute sorte da una violazione di norme giuridiche o di principi morali fondamentali.

Nel caso di specie, i legami tra i ricorrenti e il minore sono stati stabiliti in violazione del diritto italiano. Sono stati inoltre stabiliti in violazione del diritto internazionale sull'adozione. I ricorrenti hanno concluso un contratto avente ad oggetto il concepimento di un bambino e la gestazione tramite maternità surrogata. Il minore è stato separato dalla madre surrogata con la quale aveva iniziato a sviluppare un legame unico (si veda infra). Inoltre, gli eventuali effetti sul minore dell'inevitabile separazione dalle persone che avevano avuto cura di lui durante un certo periodo devono essere imputati ai ricorrenti stessi. Non è accettabile brandire le conseguenze pregiudizievoli delle proprie azioni illegali come scudo contro l'ingerenza dello Stato. *Ex iniuria ius non oritur*.

4. La sentenza sottolinea come argomento a favore dei ricorrenti il fatto che questi ultimi abbiano messo a punto un «progetto genitoriale» (paragrafi 151 e 157 della sentenza). Questo argomento richiede tre osservazioni. In primo luogo, la genitorialità che non si basa su dei legami biologici si fonda necessariamente su un progetto ed è il risultato di lunghi sforzi.

L'esistenza di un «progetto genitoriale» non differenzia questa causa da altri casi di genitorialità non fondata su legami biologici.

In secondo luogo, come sopra indicato il legame de facto tra i ricorrenti e il minore è stato stabilito illegalmente. L'approccio adottato dalla maggioranza non è convincente poiché essa considera l'esistenza di un progetto genitoriale come un argomento a favore della protezione, indipendentemente dalla natura illegale, riconosciuta nel ragionamento, del progetto concreto. Il fatto che i ricorrenti abbiano agito con premeditazione al fine di aggirare la legislazione nazionale può solo volgere a loro sfavore. Nelle circostanze del caso di specie, l'esistenza di un «progetto genitoriale» è in realtà una circostanza aggravante.

In terzo luogo, la genitorialità richiede una tutela a prescindere dal fatto che rientri o meno in un progetto più generale. Non vi è alcun motivo per ritenere che l'articolo 8 offra una protezione più forte agli atti premeditati.

5. Una protezione effettiva in materia di diritti umani richiede che si definiscano chiaramente il contenuto e la portata dei diritti tutelati, nonché la nozione di ingerenza contro la quale uno specifico diritto offre uno scudo. Rileviamo, al riguardo, che secondo la maggioranza, «i fatti di causa rientrano nella sfera della vita privata dei ricorrenti» (paragrafo 164 della sentenza). Inoltre, «è in questione (...) il diritto al rispetto della decisione dei ricorrenti di diventare genitori (S.H. e altri c. Austria, sopra citata, § 82), nonché la realizzazione personale degli interessati attraverso il ruolo di genitori che era loro desiderio assumere nei confronti del minore» (paragrafo 163 della sentenza).

Il ragionamento contiene anche le seguenti considerazioni: «Nella fattispecie, i ricorrenti sono stati danneggiati dalle decisioni giudiziarie che hanno portato all'allontanamento del minore e alla presa in carico di quest'ultimo da parte dei servizi sociali ai fini della sua adozione. La Corte ritiene che le misure adottate nei confronti del minore - allontanamento, affido familiare senza contatto con i ricorrenti, nomina di un tutore - si traducano in una ingerenza nella vita privata dei ricorrenti» (paragrafo 166 della sentenza).

È difficile condividere l'approccio della maggioranza espresso nei passaggi citati sopra. In primo luogo, la nozione di «fatti di causa» è necessariamente molto più ampia dell'ingerenza stessa anche se quest'ultima deve essere collocata in un contesto più generale. Questi «fatti», possono rientrare nell'ambito di numerosi diritti riconosciuti dalla Convenzione. La Corte deve valutare la compatibilità con la Convenzione non dei fatti di causa ma dell'ingerenza controversa, vista in un contesto più generale. Ciò che importa non è se i «fatti di causa» rientrino nella sfera della vita privata dei ricorrenti, ma solo se l'ingerenza controversa ricada nell'ambito del diritto dei ricorrenti alla protezione della loro vita privata.

In secondo luogo, non si può sostenere che la questione riguardi il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro decisione di diventare genitori. Non è in gioco la decisione in sé, ma il modo in cui i ricorrenti hanno cercato di raggiungere il loro obiettivo. Lo Stato non ha commesso alcuna ingerenza nella decisione dei ricorrenti di diventare genitori ma soltanto nell'attuazione, contraria alla legge, di questa decisione.

In terzo luogo, non vi è alcun dubbio che i ricorrenti siano stati interessati dalle decisioni giudiziarie che hanno portato all'allontanamento del minore e alla sua presa in carico da parte dei servizi sociali in vista della sua adozione. Ciò non giustifica affatto la conclusione secondo cui le misure prese nei confronti del minore hanno necessariamente comportato un'ingerenza nella vita privata dei ricorrenti. L'articolo 8 non riguarda la protezione della persona da qualsiasi atto che la colpisca, ma da tipi specifici di atti che si configurano come un'ingerenza ai sensi di questa disposizione. Per stabilire che vi è stata ingerenza nell'eser-

cizio di un diritto, è necessario in primo luogo stabilire il contenuto del diritto e i tipi di ingerenza da cui esso protegge.

In conclusione, il ragionamento adottato dalla maggioranza non dice chiaramente che cosa comprenda la vita privata, quale sia la portata della protezione del diritto riconosciuto dall'articolo 8, e cosa costituisca un'ingerenza ai sensi di questa disposizione. Deploriamo che queste nozioni non siano state chiarite nel ragionamento della sentenza.

6. La Corte ammette giustamente (al paragrafo 202 della sentenza) che, «vietando l'adozione privata fondata su una relazione contrattuale tra gli individui e limitando il diritto dei genitori adottivi di far entrare dei minori stranieri in Italia nei casi in cui le norme in materia di adozione internazionale siano rispettate, il legislatore nazionale si sforza di proteggere i minori da pratiche illecite, alcune delle quali possono essere definite traffico di esseri umani».

Nel caso di specie il minore è stato effettivamente vittima di un traffico di esseri umani. È stato commissionato e acquistato dai ricorrenti. A tale proposito va osservato che i «fatti di causa» rientrano nelle previsioni di vari strumenti internazionali.

In primo luogo, è necessario menzionare la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale. In base a questo trattato, l'adozione prevista da questo strumento avrà luogo solo se le autorizzazioni non sono state ottenute mediante pagamento o corrispettivo di alcun tipo e se non sono state revocate.

In secondo luogo, l'articolo 35 della Convenzione sui diritti del fanciullo è pertinente nel caso di specie. Tale disposizione recita:

«Gli Stati parti adottano ogni adeguato provvedimento a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire il rapimento, la vendita o la tratta di fanciulli per qualunque fine e sotto qualsiasi forma.»

Questa disposizione è stata completata dal Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo concernente la vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini. Ci rammarichiamo che questo protocollo sia stato omissivo nella parte del ragionamento che elenca gli strumenti internazionali pertinenti. Esso contiene le seguenti disposizioni:

«Articolo primo

Gli Stati parti vietano la vendita di bambini, la prostituzione di bambini e la pornografia con bambini, in conformità alle norme del presente Protocollo.

Articolo 2

Ai fini del presente Protocollo:

a) per vendita di bambini si intende qualsiasi atto o transazione in cui un bambino è presentato da qualsiasi persona o gruppo di persone a un'altra persona o un altro gruppo dietro compenso o altro vantaggio; (...)

Notiamo la definizione molto ampia della vendita di bambini, che si estende a tutte le transazioni indipendentemente dal loro scopo, e pertanto si applica ai contratti conclusi al fine di acquisire dei diritti genitoriali. I trattati internazionali sopra menzionati mostrano una dichiarata tendenza internazionale verso la limitazione della libertà contrattuale attuale vietando qualsiasi tipo di contratto avente ad oggetto il trasferimento di minori o il trasferimento di diritti genitoriali su minori.

In terzo luogo, le disposizioni pertinenti di soft law trattano anche della questione della maternità surrogata. In virtù dei principi adottati dal comitato ad hoc di esperti sui progressi delle scienze biomediche costituito in seno al Consiglio d'Europa (documento richiamato al paragrafo 79 della sentenza):

«Nessun medico o istituto deve utilizzare le tecniche di procreazione artificiale per il concepimento di un figlio che sarà portato in gestazione da una madre surrogata.»

È inoltre importante rilevare a questo proposito che la Dichiarazione sui diritti del fanciullo stabilisce più in generale che:

«Il fanciullo, per lo sviluppo armonico della sua personalità, ha bisogno di amore e di comprensione. Egli, nei limiti del possibile, deve crescere sotto la custodia e la responsabilità dei genitori e, in ogni caso, in una atmosfera di affetto e di sicurezza morale e materiale; nella prima infanzia, salvo casi eccezionali, non deve essere separato dalla madre. (Principio 6, in principio).»

7. La presente causa verte sulla questione della surrogazione di maternità. Ai fini di questa opinione, intendiamo per surrogazione di maternità una situazione in cui una donna (la madre surrogata) porta in gestazione un feto che è stato impiantato nel suo utero nonostante le sia geneticamente estraneo, essendo stato concepito a partire da un ovulo fornito da un'altra donna (la madre biologica). La madre surrogata porta in gestazione il bambino impegnandosi a darlo a terze persone che hanno commissionato la gravidanza, le quali possono essere i donatori di gameti (i genitori biologici) ma non necessariamente.

Vorremmo qui presentare brevemente il nostro punto di vista su questa questione, sollevando solo alcuni punti tra i molti aspetti di questo complesso problema.

Secondo il Comitato per i diritti del fanciullo, la maternità surrogata retribuita, in assenza di regolamentazione, rientra nella vendita di bambini (si vedano le Osservazioni finali concernenti il secondo rapporto periodico degli Stati Uniti d'America, presentato in applicazione dell'articolo 12 del Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini, CRC/C/OPSC/USA/CO/2, § 29; Osservazioni finali concernenti il terzo e quarto rapporto periodico dell'India, CRC/C/IND/CO/3-4, § § 57-58).

A nostro avviso, la maternità surrogata a fini commerciali, che sia o meno regolamentata, costituisce una situazione contemplata dall'articolo 1 del Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo, ed è pertanto illegale ai sensi del diritto internazionale. Noi vorremmo sottolineare a tale riguardo che attualmente quasi tutti gli Stati europei vietano la maternità surrogata a fini commerciali (si vedano i documenti di diritto comparato citati al paragrafo 81 della sentenza).

Più in generale, riteniamo che la maternità surrogata, anche se non retribuita, non sia compatibile con la dignità umana. Essa costituisce un trattamento degradante non solo per il bambino, ma anche per la madre surrogata. La medicina moderna offre sempre più elementi che dimostrano l'impatto determinante del periodo prenatale della vita umana per il successivo sviluppo dell'essere umano. La gravidanza con le sue preoccupazioni, i suoi limiti e le sue gioie, nonché la prova e lo stress della nascita, crea un legame unico tra la madre biologica e il figlio. La maternità surrogata è a priori orientata verso una rottura radicale di questo legame. La madre surrogata deve rinunciare a sviluppare una relazione di amore e di assistenza per tutta la vita. Il nascituro non solo è forzatamente posto in un ambiente biologico estraneo, ma è anche privato di quello che avrebbe dovuto essere l'amore senza limiti della madre nella fase prenatale. La maternità surrogata impedisce anche lo sviluppo di questo legame particolarmente forte tra il bambino e il padre che accompagna la madre e il bambino durante la gravidanza. Sia il minore che la madre surrogata non sono trattati come finalità in sé, ma come mezzi per soddisfare i desideri di altre persone. Tale pratica non è compatibile con i valori sottesi alla Convenzione. La maternità surrogata è partico-

larmente inaccettabile se la madre surrogata è remunerata. Deploriamo che la Corte non abbia adottato una posizione chiara contro tali pratiche.

OPINIONE CONCORDANTE DEL GIUDICE DEDOV

Per la prima volta, sebbene si pronunci a favore dello Stato convenuto, la Corte insiste più sui valori che sul margine di apprezzamento formale. Essa presume che il divieto di un'adozione privata sia volto a proteggere i minori da pratiche illecite, alcune delle quali possono essere assimilate a un traffico di esseri umani. In effetti, il traffico di esseri umani è strettamente collegato agli accordi di maternità surrogata. I fatti del caso di specie dimostrano chiaramente quanto sarebbe facile che un traffico di esseri umani venga formalmente rappresentato (e coperto) da accordi di questo tipo. Tuttavia, il fenomeno della maternità surrogata è di per sé molto pericoloso per il benessere della società. Mi riferisco non solo alla maternità surrogata a fini commerciali, ma a tutte le forme di surrogazione di maternità.

In una società che si sviluppa armoniosamente, tutti i suoi membri apportano il proprio contributo mediante i propri talenti, la propria energia e la propria intelligenza.

Ovviamente, essi hanno anche bisogno di beni, capitali e risorse, ma questi ultimi sono necessari soltanto come strumenti materiali che permettono di applicare i primi.

Pertanto, anche se l'unica risorsa valida di cui dispone un individuo è un corpo bello o sano, l'argomento non è sufficiente per poter giustificare che egli tragga un reddito dalla prostituzione, dalla pornografia o dalla surrogazione di maternità.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce il divieto di fare del corpo umano in quanto tale una fonte di profitti; questa disposizione mira a proteggere il diritto di ogni persona alla propria integrità fisica e mentale (articolo 3). Tuttavia, tale dichiarazione inequivocabile è stata oggetto di discussioni tra gli esperti, che non hanno potuto trovare dei motivi comuni per sostenerla e giungere a conclusioni definitive, a causa della complessità dell'argomento e della diversità degli approcci da parte degli Stati in merito a tali questioni. Si potrebbero esporre molti argomenti a favore della surrogazione di maternità, fondati, ad esempio, sulle nozioni di economia di mercato, di diversità e di solidarietà. Non tutte le persone sono in grado di utilizzare il proprio cervello poiché ciò richiede sforzi intellettuali considerevoli e un apprendimento permanente, ed è questo un compito molto difficile. È molto più facile guadagnare denaro utilizzando il proprio corpo, avuto riguardo soprattutto al fatto che vi è una forte richiesta di corpi ai fini della surrogazione di maternità, richiesta relativamente stabile da secoli. Ciò potrebbe contribuire a risolvere i problemi di disoccupazione e a ridurre le tensioni sociali. La partecipazione del corpo umano all'economia in quanto risorsa economica di valore non significa un arresto del progresso. Coloro che preferiscono utilizzare la propria materia grigia continueranno a sviluppare nuove tecnologie e nuove scienze. In un contesto in cui la popolazione mondiale aumenta in maniera esponenziale, lo sfruttamento del corpo potrebbe essere considerato ragionevole dal punto di vista economico.

Tuttavia, ci troviamo qui di fronte a un dilemma millenario: o gli esseri umani sopravvivono attraverso un processo di adattamento naturale, che richiede un compromesso con la dignità e l'integrità umane, o cercano di conseguire una nuova qualità della vita sociale, in grado di superare la necessità di un tale compromesso. La nozione di diritti e libertà fondamentali richiede l'attuazione della seconda opzione. La nostra sopravvivenza e il nostro sviluppo lo esigono. Qualsiasi compromesso con i diritti umani e i valori fondamentali comporta la fine di ogni civiltà. Naturalmente ciò è avvenuto più volte, sia nell'antichità che nella storia moderna.

Di fatto, vi sono due ragioni che giustificano che i beneficiari sostengano la surrogazione di ma-

ternità: sottrarsi ai problemi fisici causati dalla gravidanza o avere un figlio in una situazione di infertilità. Entrambe le richieste sarebbero soddisfatte, a meno che non sia attuata una strategia sociale. Tale strategia sociale (basata sulla protezione della dignità) può cambiare il modo di rispondere alla domanda: l'adozione (la via più semplice per risolvere problemi sociali), lo sviluppo dell'embrione fuori dall'utero (che non è possibile, ma potrebbe diventarlo in futuro con l'aiuto delle nuove biotecnologie), lo sviluppo delle biotecnologie esistenti di riproduzione assistita che consentirebbero a ogni donna di rimanere incinta, la promozione dell'idea che una vita può essere piena anche senza figli, la promozione di una cultura di educazione e la creazione di nuovi lavori. Spetta alla società decidere come intende avanzare: verso il progresso sociale e lo sviluppo o verso la stagnazione e il degrado. Ma, soprattutto, la società deve stabilire il valore dei diritti fondamentali, in funzione dei quali questo approccio alla vita privata non può essere rispettato a scapito della stagnazione e del degrado della società. La surrogazione di maternità non costituirebbe un problema se fosse utilizzata in rare occasioni, ma sappiamo anche che è diventata un'importante attività commerciale e lucrativa per il «terzo mondo».

Per quanto riguarda la solidarietà, non credo nella maternità surrogata come forma di assistenza volontaria e liberamente fornita a coloro che non possono avere figli; non posso credere che questa sia una dichiarazione onesta e leale. La solidarietà mira ad aiutare coloro la cui vita è in gioco, ma non quelli che hanno solo il desiderio di avere una vita privata o familiare pienamente soddisfatta. I donatori dovrebbero essere pronti a condividere la loro energia o i loro beni (o un surplus o una parte rilevante di questi ultimi), ma preferibilmente senza mettere a repentaglio la propria salute e la propria vita (salvo in situazioni di emergenza, come un incendio o altri casi di forza maggiore). Questi fattori hanno svolto un ruolo fondamentale nella recente crisi migratoria in Europa, quando i popoli hanno inviato un chiaro messaggio ai loro governanti: siamo pronti ad accogliere i migranti sulla base della solidarietà, ma non siamo pronti a mettere le nostre vite in pericolo.

Un donatore può condividere alcune parti del proprio corpo con dei beneficiari in un solo caso: immediatamente dopo la sua morte, a seguito di un consenso informato o di altre garanzie procedurali. La gravidanza e la nascita di un bambino sono estremamente stressanti per la madre surrogata sia in termini fisici che emotivi. Le conseguenze sono imprevedibili, e, in assenza di situazioni di emergenza, la surrogazione di maternità non può essere considerata un mezzo adeguato per favorire la solidarietà sociale.

Non intendo dilungarmi sulle questioni etiche e morali, in quanto queste ultime non dovrebbero essere utilizzate per un'analisi sistemica. Attualmente, esse non aiutano a risolvere il problema, data l'enorme diversità delle convinzioni etiche e morali esistenti.

È meglio partire dalla realtà.

Secondo lo studio di diritto comparato, il numero di Stati che vietano la maternità surrogata è praticamente pari al numero di quelli che tollerano esplicitamente le maternità surrogate effettuate all'estero. Si potrebbe anche concludere che la surrogazione di maternità esce «vincente» da tale studio, dato che solo un terzo degli Stati membri l'hanno espressamente vietata. Le statistiche e i fatti delle cause di surrogazione di maternità esaminate dalla Corte dimostrano che le gestazioni per conto terzi sono portate avanti da persone povere o nei paesi poveri. I beneficiari sono generalmente ricchi e affascinanti e, inoltre, spesso fanno parte del parlamento nazionale o esercitano su di esso un'influenza decisiva. Peraltro, è estremamente ipocrita vietare la surrogazione di maternità nel proprio paese per proteggere le donne che vi abitano, ma permettere di ricorrere a questo tipo di operazioni all'estero.

Ancora una volta, questa è un'altra sfida contemporanea per la nozione di diritti umani: o creiamo una società che è divisa tra coloro che sono dentro e coloro che sono fuori, o creiamo

una base per una solidarietà mondiale; o creiamo una società che è divisa tra le nazioni sviluppate e le nazioni meno sviluppate, o creiamo una base per lo sviluppo solidale e l'autorealizzazione; o creiamo una base per l'uguaglianza o non la creiamo. La risposta è chiara.

Lo Stato convenuto ha preso una posizione molto onesta e senza compromessi in merito al divieto di qualsiasi tipo di surrogazione di maternità. Ciò risulta chiaramente dalla posizione del Governo e della Corte costituzionale italiana. Ritengo che tale posizione sia stata sviluppata sulla base di valori cristiani (Lautsi e altri c. Italia [GC], n. 30814/06, CEDU 2011 (estratti)).

In Russia, la situazione è completamente diversa. La Corte costituzionale russa ha inizialmente (nel 2012) rifiutato di esaminare i problemi sollevati nei casi di maternità surrogata quando la madre surrogata esprimeva il desiderio di tenere il bambino al momento della nascita. Questo problema è stato rapidamente risolto nel 2013 nel codice della famiglia, in favore della madre surrogata. Questa è stata la prima iniziativa legislativa per disciplinare gli accordi di maternità surrogata. Non ho sentito levarsi alcuna voce per vietare la surrogazione di maternità sulla base di valori fondamentali. Nel frattempo, questo metodo per acquistare un neonato è diventato molto popolare tra le persone ricche e famose.

Quanto al legame biologico tra il minore e i genitori adottivi (cioè i beneficiari della maternità surrogata), il giudice Knyazev della Corte costituzionale russa, nella sua opinione separata, ha sollevato un problema, vale a dire che il diritto della madre surrogata di tenere il bambino viola i diritti costituzionali dei beneficiari della maternità surrogata in quanto sono stati loro ad aver fornito il materiale genetico. A mio avviso, questo non è il problema più grande, perché tali genitori possono essere considerati come donatori. Un problema più serio risiede nel fatto che, fin dall'inizio, la maternità surrogata viola i valori fondamentali della civiltà umana e nuoce a tutti i partecipanti: la madre surrogata, i genitori adottivi e il minore.

Alcuni dei genitori adottivi non sono sposati o vivono da soli. Se il codice della famiglia permette di concludere accordi di maternità surrogata solo alle coppie sposate, i giudici russi hanno assunto una posizione ancora più «liberale» e hanno autorizzato qualsiasi persona, anche una donna fertile, ad avere un figlio in questo modo. Ciò comporta, a mio avviso, un grave problema di traffico di esseri umani autorizzato dallo Stato.

Credo che, per impedire il degrado morale ed etico della società, la Corte dovrebbe sostenere delle azioni basate sui valori e non nascondersi dietro il margine di apprezzamento. Tali valori (dignità, integrità, uguaglianza, solidarietà, curiosità, autorealizzazione, creatività, conoscenza e cultura) non sono in conflitto con il rispetto della vita privata e familiare. Il rispetto della vita familiare, attraverso l'esistenza di un legame biologico, ha costituito un criterio decisivo in precedenti cause contro la Francia, vale a dire *Mennesson c. Francia* (n. 65192/11, CEDU 2014 (estratti)) e *Labassee c. Francia* (n. 65941/11, 26 giugno 2014), che sono state decise in favore dei ricorrenti. L'assenza di un legame biologico è un punto centrale anche nella sentenza del caso che stiamo trattando; tuttavia, se la surrogazione di maternità è in linea di principio incompatibile con la nozione di diritti fondamentali, essa dovrebbe essere controbilanciata da una sanzione individuale e da un dibattito pubblico per prevenire tali pratiche in futuro.

Ritengo che nel caso di specie la Corte abbia fatto un primo passo facendo prevalere i valori sul margine di apprezzamento in una causa «etica» (dovrei menzionare un'altra recente causa esaminata dalla Grande Camera, vale a dire *Dubská e Krejzová c. Repubblica ceca* ([GC], nn. 28859/11 e 28473/12, 15 novembre 2016)). Non lo aveva fatto nella causa *Lautsi e altri* sopra citata o nella causa *Parrillo c. Italia* ([GC], n. 46470/11, CEDU 2015). Ora, è realmente una nuova Corte.

È molto difficile scegliere tra il diritto al rispetto della vita privata e l'ingerenza nell'esercizio di tale diritto per tutelare la morale, in quanto le categorie morali non sono chiare. Tuttavia,

quando le norme morali sono legate ai valori umani, la decisione è più avvalorata in una prospettiva a lungo termine, perché il progresso sociale deve assolutamente fondarsi su dei valori. Infine, la maternità surrogata rappresenta una di queste sfide che ci obbligano a chiederci chi siamo - una civiltà o una biomassa? - per quanto riguarda la sopravvivenza della razza umana nel suo insieme. Lo studio di diritto comparato sulla surrogazione di maternità mostra che tale fenomeno è tollerato nella maggior parte degli Stati membri ed è per questo che non è stato nemmeno interpretato secondo il punto di vista sopra esposto. Presumo che la vera risposta stia da qualche parte nel mezzo: le nazioni civilizzate costituiscono la base del diritto internazionale, e la surrogazione di maternità non ostacola lo sviluppo civile delle nazioni. Tuttavia, se si considera il numero delle persone coinvolte, direttamente o indirettamente, in una forma o in un'altra in questo modo antisociale di realizzare profitti, legalmente o meno, la portata reale del problema è impressionante. Quando la solidarietà sociale non è incentivata o effettivamente protetta in pratica dalle autorità (che si limitano a fare dichiarazioni in documenti ufficiali), ciò solleva problemi di discriminazione o di disparità sociali che possono portare a una destabilizzazione o a un degrado della società; questa minaccia non deve essere sottovalutata.

OPINIONE DISSENZIENTE COMUNE DEI GIUDICI LAZAROVA TRAJKOVSKA, BIANKU, LAFFRANQUE, LEMMENS E GROZEV

1. Ci rammarichiamo di non poter condividere l'opinione della maggioranza secondo cui non vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione. Riteniamo infatti che vi sia stata ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare. Inoltre, siamo dell'avviso che, nelle circostanze specifiche del caso di specie, tale diritto sia stato violato.

Sull'esistenza di una vita familiare

2. La maggioranza esamina il motivo di ricorso dei ricorrenti dal punto di vista del diritto al rispetto della loro vita privata dichiarando esplicitamente che non vi era alcuna vita familiare (paragrafi 140-158 della sentenza).

Preferiamo l'approccio adottato dalla camera, che conclude che vi è stata ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare.

3. Come la maggioranza, partiamo dal principio (paragrafo 140 della sentenza) che l'esistenza o meno di una «vita familiare» è in primo luogo una questione di fatto che dipende della realtà pratica di legami personali stretti (K. e T. c. Finlandia [GC], n. 25702/94, § 150, CEDU 2001 - VII, e Şerife Yiğit c. Turchia [GC], n. 3976/05, § 93, 2 novembre 2010). L'articolo 8 della Convenzione non distingue tra famiglia «legittima» e famiglia «naturale» (Marckx c. Belgio, 13 giugno 1979, § 31, serie A n. 31). La nozione di «vita familiare» di cui all'articolo 8 non si limita dunque, ad esempio, unicamente alle relazioni basate sul matrimonio ma può comprendere altri «legami familiari» de facto quando le persone convivono al di fuori del matrimonio o quando una relazione è sufficientemente stabile (si vedano, fra altre, Kroon e altri c. Paesi Bassi, 27 ottobre 1994, § 30, serie A n. 297-C, e Mikulić c. Croazia, n. 53176/99, § 51, CEDU 2002 I).

Se i legami biologici tra coloro che agiscono in qualità di genitori e un minore possono essere un'indicazione molto importante quanto all'esistenza di una vita familiare, l'assenza di tali legami non necessariamente significa che non ve ne sia.

La Corte ha così riconosciuto, ad esempio, che la relazione tra un uomo e una minore che intrattenevano rapporti affettivi molto stretti e che per anni avevano creduto di essere padre e figlia, fino a quando si scoprì che il ricorrente non era il padre biologico della minore, costituiva una vita familiare (Nazarenko c. Russia, n. 39438/13, § 58, CEDU 2015 (estratti)).

La maggioranza fa inoltre riferimento, assai giustamente, a vari altri casi che illustrano il fatto che è l'esistenza di significativi legami personali ad essere importante, e non l'esistenza di legami biologici o di un rapporto giuridico riconosciuto (paragrafi 148-150 della sentenza, che rinviano a Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo, n. 76240/01, § 117, 28 giugno 2007, Moretti e Benedetti c. Italia, n. 16318/07, §§ 49-52, 27 aprile 2010, e Kopf e Liberda c. Austria, n. 1598/06, § 37, 17 gennaio 2012).

4. Quanto ai legami familiari de facto nel caso di specie, rileviamo, come la maggioranza, che i ricorrenti e il minore hanno vissuto insieme per sei mesi in Italia, dopo un periodo di convivenza di circa due mesi tra la prima ricorrente e il minore in Russia (paragrafo 152 della sentenza). Inoltre, e soprattutto, i ricorrenti hanno stretto forti legami affettivi con quest'ultimo nelle prime fasi della sua vita, la cui qualità è stata riconosciuta da una equipe di assistenti sociali (paragrafo 151 della sentenza). In breve, esisteva un vero progetto genitoriale, fondato sui dei legami affettivi di alta qualità (paragrafo 157 della sentenza).

La maggioranza ritiene tuttavia che la durata della convivenza tra i ricorrenti e il minore fosse troppo breve per essere sufficiente per costituire una vita familiare de facto (paragrafi 152-154 della sentenza). Con tutto il rispetto che dobbiamo ai nostri colleghi, non possiamo concordare con tale conclusione. Attribuiamo infatti importanza alla circostanza che la convivenza è iniziata il giorno stesso della nascita del bambino ed è durata fino a quando il bambino fu tolto ai ricorrenti, e al fatto che sarebbe proseguita a tempo indeterminato se le autorità non fossero intervenute per porvi fine. La maggioranza respinge questo argomento in quanto l'intervento era la conseguenza dell'incertezza giuridica creata dai ricorrenti stessi «adottando una condotta contraria al diritto italiano e trasferendosi in Italia con il minore» (paragrafo 156 della sentenza). Temiamo che la maggioranza non faccia quindi una distinzione tra famiglia «legittima» e famiglia «naturale», distinzione che è stata respinta dalla Corte molti anni fa (paragrafo 3 supra), e che non concede tutta l'importanza che merita al principio consolidato secondo il quale l'esistenza o meno di una «vita familiare», è essenzialmente una questione di fatto (ibidem).

5. Anche se il periodo di convivenza in quanto tale è relativamente breve, riteniamo che i ricorrenti si siano comportati nei confronti del minore come dei genitori e concludiamo che, nel caso di specie, esiste di una vita familiare de facto tra i ricorrenti e il minore (si veda sentenza della camera, § 69).

Sul punto di stabilire se l'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare fosse giustificata

6. Vorremmo anzitutto ricordare alcuni principi generali derivanti dalla giurisprudenza della Corte.

Nelle cause riguardanti l'affidamento preadottivo di un minore, che comporta la rottura permanente dei legami familiari, l'interesse superiore del fanciullo deve essere prioritario (Johansen c. Norvegia, 7 agosto 1996, § 78, Recueil des arrêts et décisions 1996 -III, Kerns c. Francia, n. 35991/04, § 79, 10 gennaio 2008, R. e H. c. Regno Unito, n. 35348/06, §§ 73 e 81, 31 maggio 2011, e Y.C. c. Regno Unito, n. 4547/10, § 134, 13 marzo 2012). Per individuare l'interesse superiore del minore in una causa particolare, occorre tenere presente due considerazioni: in primo luogo, è nell'interesse del minore che i legami tra lui e la sua famiglia siano mantenuti, tranne nei casi in cui quest'ultima si sia mostrata particolarmente indegna; e in secondo luogo, è nell'interesse del minore assicurarli un'evoluzione in un ambiente sano (Neulinger e Shuruk c. Svizzera [GC], n. 41615/07, § 136, CEDU 2010, e R. e H. c. Regno Unito, sopra citata, §§ 73-74).

Se non spetta alla Corte sostituire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali per quanto riguarda i provvedimenti relativi ai minori, essa deve comunque assicurarsi che il processo decisionale che ha portato i giudici nazionali ad adottare la misura controversa sia stato equo e che abbia consentito agli interessati di esercitare pienamente i loro diritti, nel rispetto dell'interesse superiore del minore (Neulinger e Shuruk, sopra citata, § 139, e X c. Lettonia [GC], n. 27853/09, § 102, CEDU 2013). Riteniamo che, nell'esaminare una domanda di affidamento preadottivo di un minore, i giudici non soltanto debbano esaminare se la separazione del minore dalle persone che si comportano come sui genitori sia nel suo interesse, ma devono anche pronunciarsi al riguardo con una decisione specificamente motivata alla luce delle circostanze del caso di specie (si veda, *mutatis mutandis*, riguardo ad una decisione su una domanda di ritorno di un minore ai sensi della Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, X. c. Lettonia, sopra citata, § 107).

7. Al fine di verificare se l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare, cioè il fatto di togliere loro il minore, sia compatibile con l'articolo 8 della Convenzione, occorre rilevare quale giustificazione sia stata in realtà data dalle autorità nazionali all'ingerenza in questione.

A tale riguardo, rileviamo una notevole differenza tra le ragioni addotte dal tribunale per i minorenni di Campobasso e quelle esposte dalla corte d'appello di Campobasso.

Il tribunale per i minorenni, adito dal pubblico ministero con una domanda di provvedimenti urgenti, ha fondato il suo provvedimento del 20 ottobre 2011 sulla necessità di impedire il perdurare di una situazione illegale. Secondo il tribunale, l'illegalità derivava dalla violazione di due leggi. Da un lato, portando un neonato in Italia e facendolo passare per il proprio figlio, i ricorrenti avrebbero violato in modo palese le disposizioni della legge sull'adozione (legge n. 184 del 4 maggio 1983) che disciplina l'adozione internazionale di minori; in ogni caso, essi avrebbero deliberatamente eluso le disposizioni di questa legge che prevedevano non soltanto l'obbligo per le persone che desideravano adottare di rivolgersi ad un ente riconosciuto (articolo 31), ma anche l'intervento della Commissione per le adozioni internazionali (articolo 38). Dall'altro, dal momento che l'accordo concluso tra la prima ricorrente e la società Rosjurconsulting prevedeva la consegna del materiale genetico del secondo ricorrente per la fecondazione degli ovuli di un'altra donna, contravveniva, secondo il tribunale, al divieto di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, previsto dall'articolo 4 della legge sulla procreazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 19 febbraio 2004). La reazione a questa situazione illegale ha preso la forma di una duplice decisione: allontanare il minore dai ricorrenti e collocarlo in una struttura adeguata in attesa di trovare una coppia appropriata al quale affidarlo (paragrafo 37 della sentenza).

La corte d'appello ha respinto l'appello dei ricorrenti il 28 febbraio 2012, ma con un diverso ragionamento. Essa non ha dichiarato che i ricorrenti erano in una situazione illegale e che era necessario porvi fine, ma ha spiegato che il bambino era in «stato di abbandono» ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 184 del 4 maggio 1983, dato che non beneficiava di un'assistenza morale e materiale da parte della sua «famiglia naturale». Secondo la corte d'appello, questo stato di abbandono giustificava le misure adottate dal tribunale per i minorenni, che erano di natura cautelare e urgente. La corte d'appello ha rilevato che queste misure erano compatibili con l'esito probabile del procedimento nel merito sulla domanda del pubblico ministero, vale a dire una dichiarazione di adottabilità (paragrafo 40 della sentenza).

A nostro avviso, è essenzialmente, se non esclusivamente, il ragionamento della corte d'ap-

pello che deve essere preso in considerazione per valutare le ragioni che giustificano l'allontanamento del minore dai ricorrenti. Infatti, è la corte d'appello che ha statuito in ultima istanza, sostituendo in tal modo la propria motivazione a quella del tribunale per i minorenni. Inoltre, mentre il tribunale per i minorenni ha prima di tutto espresso la sua disapprovazione per la condotta dei ricorrenti e di conseguenza li ha sanzionati, la corte d'appello ha iniziato la sua analisi sulla base di una valutazione dell'interesse del minore, il che è di per sé l'approccio corretto nelle cause quali quella del caso di specie (paragrafo 6 supra).

Infine, osserviamo che la maggioranza, quando esamina la giustificazione dell'ingerenza, non si riferisce esplicitamente alle decisioni adottate dai tribunali nella procedura relativa alla contestazione da parte dei ricorrenti del rifiuto dell'ufficio di stato civile di inserire il certificato di nascita nel registro dello stato civile, in particolare alla sentenza della corte d'appello di Campobasso del 3 aprile 2013 (paragrafi 47-48 della sentenza). Per questo motivo, omettiamo anche di includere il ragionamento di quest'ultima autorità giudiziaria nella nostra analisi.

8. La prima questione da esaminare è se l'ingerenza, ossia l'allontanamento del minore dai ricorrenti, fosse prevista dalla legge.

Alla luce dei motivi esposti dalla corte di appello nella sua sentenza del 28 febbraio 2012, concludiamo che l'allontanamento si basava sull'articolo 8 della legge sull'adozione, che prevede che possa essere dichiarato in stato di adottabilità il minore in situazione di abbandono, cioè privo di qualsiasi assistenza morale o materiale da parte dei suoi genitori o dei suoi familiari. Poiché i giudici si sono rifiutati di considerare i ricorrenti come i suoi genitori, il minore è stato considerato in situazione di abbandono ed è stato quindi dichiarato adottabile.

Siamo consapevoli che spetta ai giudici nazionali interpretare ed applicare il diritto interno (paragrafo 169 della sentenza). Tuttavia, non possiamo che esprimere la nostra sorpresa per quanto riguarda la conclusione per la quale il minore, di cui una coppia che aveva pienamente assunto il ruolo di genitori si prendeva cura, si trovava in stato di «abbandono». Se tale conclusione si basa unicamente sul fatto che i ricorrenti non erano i suoi genitori sul piano giuridico, ci chiediamo se il ragionamento dei giudici nazionali non avesse un carattere eccessivamente formale, e non fosse pertanto incompatibile con le esigenze derivanti dall'articolo 8 della Convenzione in questo caso (paragrafo 6 supra). Tuttavia, non mi dilungherò su tale argomento. Infatti, anche supponendo che fosse stata prevista dalla legge, l'ingerenza non può, a nostro parere, essere giustificata per i motivi qui di seguito illustrati.

9. La questione successiva è se l'ingerenza perseguisse uno scopo legittimo.

Rileviamo che la corte d'appello ha fondato la sua decisione relativa all'allontanamento del minore sullo stato di abbandono in cui quest'ultimo si sarebbe trovato. Si può pertanto sostenere che essa ha adottato la misura controversa al fine di tutelare i «diritti e le libertà altrui», ossia i diritti del minore.

La maggioranza riconosce che le misure perseguivano anche un altro scopo, quello della «difesa dell'ordine». Come la camera, essa rammenta che la condotta dei ricorrenti contraveniva alla legge sull'adozione e al divieto, nel diritto italiano, delle tecniche di procreazione assistita eterologa (paragrafo 177 della sentenza).

Con tutto il rispetto che dobbiamo ai nostri colleghi della maggioranza, non possiamo concordare con questo parere. Soltanto il tribunale per i minorenni, ossia il giudice di primo grado, si è fondato sulla condotta illegale dei genitori; la corte d'appello si è astenuta dall'utilizzare la possibilità di dichiarare il minore adottabile come una sanzione nei confronti dei ricorrenti.

10. Infine, occorre esaminare se l'ingerenza fosse necessaria in una società democratica, per raggiungere lo scopo perseguito.

Come la maggioranza, riteniamo che questa condizione implichi, in primo luogo, che i motivi addotti per giustificare la misura controversa siano pertinenti e sufficienti (paragrafo 179 della sentenza), e, in secondo luogo, che la misura sia proporzionata allo scopo legittimo perseguito tenuto conto del giusto equilibrio da mantenere tra gli interessi concomitanti in gioco (paragrafo 181 della sentenza).

11. Il nostro disaccordo con la maggioranza attiene all'applicazione dei principi al caso di specie.

In modo evidente, la valutazione della condizione di necessità dipende, in gran parte, dalla questione di conoscere quali siano gli scopi legittimi specifici che sono definiti come quelli che le autorità competenti perseguivano. Come indicato in precedenza, riteniamo che la corte d'appello abbia giustificato l'allontanamento del minore sulla base della situazione di quest'ultimo. Al contrario, la maggioranza non solo prende in considerazione i motivi esposti dal tribunale per i minorenni (la situazione illegale creata dai ricorrenti), ma arriva al punto di considerare, seguendo l'argomentazione del Governo, il contesto più ampio del divieto nel diritto italiano degli accordi di gestazione per conto terzi (su quest'ultimo punto, si veda il paragrafo 203 della sentenza). Riteniamo che le particolari circostanze della fattispecie, e soprattutto le decisioni adottate dalle autorità nazionali, non richiedano un approccio così ampio, in cui delle considerazioni delicate di politica generale possono svolgere un ruolo importante.

Non abbiamo intenzione di esprimere una qualsiasi opinione sul divieto degli accordi di maternità surrogata in diritto italiano. Spetta al legislatore italiano stabilire quale sia la politica dell'Italia in materia. Tuttavia, il diritto italiano non ha effetti extraterritoriali. Quando una coppia è riuscita a sottoscrivere all'estero un accordo di maternità surrogata e a ottenere da una madre residente in un altro paese un neonato che successivamente ha portato legalmente in Italia, è la situazione fattuale in Italia derivante da tali eventi che si sono svolti precedentemente in un altro paese a dover guidare le autorità italiane competenti nella loro reazione a tale situazione. A questo riguardo, abbiamo difficoltà a comprendere il punto di vista della maggioranza che ritiene pertinenti le motivazioni del legislatore che giustificano il divieto di accordi di maternità surrogata trattandosi di misure adottate per scoraggiare i cittadini italiani dal ricorrere all'estero a pratiche che sono vietate in Italia (paragrafo 203 della sentenza). A nostro parere, la pertinenza di tali motivi diventa meno evidente quando si tratta di una situazione sorta all'estero che, di per sé, non può aver violato il diritto italiano. A tale proposito, è importante rilevare che la situazione creata dai ricorrenti in Russia è stata in origine riconosciuta e formalizzata dalle autorità italiane, tramite il consolato italiano di Mosca (paragrafo 17 della sentenza).

12. Quali che siano le ragioni addotte per giustificare la separazione del minore dai ricorrenti, non possiamo condividere la conclusione della maggioranza secondo la quale i giudici italiani hanno mantenuto un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco.

Per quanto riguarda gli interessi generali in causa, abbiamo già spiegato che, a nostro avviso, è stata attribuita troppa importanza alla necessità di porre fine a una situazione illegale (con riguardo alle leggi sull'adozione internazionale e sull'uso delle tecniche di riproduzione assistita) e all'esigenza di dissuadere i cittadini italiani dal ricorrere all'estero a pratiche che sono vietate in Italia. Tali interessi non erano assolutamente quelli che la corte d'appello ha cercato di proteggere.

Per quanto riguarda l'interesse del minore, abbiamo già espresso il nostro stupore per la qualificazione data alla situazione di quest'ultimo considerato «in stato di abbandono». In nessun momento i giudici si sono chiesti se fosse nell'interesse del minore rimanere con persone che si comportavano come suoi genitori.

L'allontanamento si basava su motivi puramente giuridici. I fatti sono entrati in gioco solo per valutare se le conseguenze dell'allontanamento, una volta deciso, non sarebbero state troppo dure per il minore. Riteniamo che, in tali circostanze, non si possa sostenere che i giudici nazionali abbiano tenuto sufficientemente conto dell'impatto che l'allontanamento avrebbe avuto sul benessere del minore. Si tratta di una grave omissione, dato che qualsiasi misura di questo tipo deve prendere in considerazione l'interesse superiore del minore (paragrafo 6 supra).

Per quanto riguarda gli interessi dei ricorrenti, pensiamo che il loro interesse a continuare a sviluppare la relazione con un minore di cui desideravano essere i genitori (paragrafo 211 della sentenza) non sia stato sufficientemente tenuto in considerazione, in particolare dal tribunale per i minorenni. Non possiamo condividere il riferimento compiacente della maggioranza al suggerimento di questo giudice secondo cui i ricorrenti cercavano di soddisfare un «desiderio narcisistico» o di «esorcizzare un problema individuale o di coppia», o ai suoi dubbi in merito all'esistenza nei ricorrenti di «reali capacità affettive ed educative» e «di un istinto di solidarietà umana» (paragrafo 207 della sentenza). Riteniamo che tali valutazioni fossero di carattere speculativo e non avrebbero dovuto guidare il tribunale per i minorenni nell'esame della domanda di provvedimenti urgenti presentata dal pubblico ministero.

Oltre a queste considerazioni del tribunale per i minorenni, che sembrano essere state corrette dall'approccio più neutrale assunto dalla corte d'appello, vorremmo ricordare che i ricorrenti sono stati ritenuti idonei all'adozione il 7 dicembre 2006, quando hanno ottenuto l'autorizzazione del tribunale per i minorenni (paragrafo 10 della sentenza), e che un equippe di assistenti sociali designata da un tribunale ha dichiarato, in una relazione del 18 maggio 2011, che i ricorrenti si erano fatti carico del bambino «in maniera ottimale» (paragrafo 25 della sentenza). Tali valutazioni positive non sono state contraddette da una seria valutazione dell'interesse superiore del minore, ma sono state oscurate da considerazioni più generali e astratte.

Inoltre, come riconosce la maggioranza, i tribunali non hanno affrontato l'impatto che la separazione immediata e irreversibile dal minore avrebbe avuto sui ricorrenti (paragrafo 211 della sentenza). Riteniamo si tratti di una lacuna grave, che non può essere giustificata dalle considerazioni della maggioranza circa l'illegalità della condotta dei ricorrenti e la precarietà della loro relazione con il minore (ibidem). Il semplice fatto che i giudici nazionali non abbiano ritenuto necessario discutere dell'impatto sui ricorrenti dell'allontanamento di un minore che era al centro del loro progetto genitoriale dimostra, a nostro avviso, che i giudici non hanno realmente cercato di trovare un giusto equilibrio tra gli interessi dei ricorrenti e qualsiasi altro interesse concomitante, quale che fosse quest'ultimo.

13. Alla luce di quanto precede, riteniamo pertanto, al pari della camera, che gli elementi sui quali i giudici si sono basati per decidere che il minore doveva essere tolto ai ricorrenti e doveva essere preso in carico dai servizi sociali non siano sufficienti per concludere che tali misure non erano sproporzionate (si veda la sentenza della camera, § 86).

Per noi, non è stato dimostrato che le autorità italiane hanno garantito il giusto equilibrio che occorreva mantenere tra gli interessi concorrenti in gioco.

La Corte di Giustizia “salva” il meccanismo italiano pro-rata per il calcolo dell’IVA detraibile

CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZ. TERZA, SENTENZA 14 DICEMBRE 2016, CAUSA C-378/15

*Gianni De Bellis**

Con la sentenza del 14 dicembre 2016 la Corte ha dichiarato che la normativa comunitaria di cui agli articoli 17, par. 5, terzo comma lett. d) e 19 della direttiva 77/388/CEE, non osta al meccanismo previsto negli articoli 19 comma 5 e 19-*bis* del D.P.R. n. 633/1972 per la determinazione dell’IVA detraibile nelle ipotesi in cui il soggetto passivo pone in essere attività sia imponibili che non imponibili (più precisamente, che conferiscono o meno il diritto alla detrazione dell’IVA).

Trattasi del meccanismo del c.d. pro-rata; in sostanza poiché la detrazione dell’IVA assolta a monte è consentita solo se afferisce ad operazioni imponibili, si pone il problema di come calcolare la percentuale di detrazione nei casi in cui l’imposta assolta afferisca ad operazioni “miste” (cioè sia imponibili che non).

Davanti alla Corte di Lussemburgo si fronteggiavano due tesi:

a) quella della Mercedes Benz Italia (inizialmente condivisa dalla Commissione europea), secondo cui la regola del pro-rata era applicabile ai soli beni “misti”, cioè utilizzati per operazioni sia imponibili che non. Da ciò la non compatibilità comunitaria del sistema italiano, che calcolava invece la percentuale di detraibilità su tutto il fatturato (cioè su tutte le operazioni imponibili e non);

b) quella del Governo Italiano (inizialmente isolata, alla quale però in udienza si è poi associata la Commissione europea) secondo cui l’articolo 17, par. 5 terzo comma lett. d) della direttiva 77/388/CEE, consentiva agli Stati membri anche l’adozione di un sistema (indubbiamente di più semplice applicazione) come quello italiano, che determina la percentuale di detraibilità di tutta l’IVA “a monte” sul totale delle operazioni (imponibili e non), anziché soltanto sui beni ad uso misto.

E proprio sulla interpretazione della citata disposizione si è concentrata anche la discussione in udienza (con oltre un’ora di domande formulate dalla Corte alle parti), a cui hanno fatto seguito le conclusioni dell’Avvocato Generale, che condividevano le tesi di Mercedes Benz Italia.

La Corte è andata però di diverso avviso rispetto all’Avvocato Generale (cosa non frequente, ma che già si verificò anche sul più noto caso IRAP, l’imposta italiana valutata dalla Corte nella causa C-475/03 con la sentenza 3 ot-

(*) Vice Avvocato Generale.

Si pubblicano in allegato ed in calce alla presente nota gli atti defensionali del Governo italiano: le Osservazioni e l’Intervento orale.

tobre 2006, in questa *Rass.*, 2007, I, 84 ss.), ritenendo il sistema italiano perfettamente in linea con la citata disposizione comunitaria.

Una decisione nel senso opposto avrebbe creato notevoli problemi; non soltanto per la “sostituzione” del meccanismo nazionale del pro-rata che il legislatore avrebbe dovuto adottare, ma soprattutto per gli effetti retroattivi della sentenza, che avrebbero provocato un complesso (e oneroso) contenzioso, derivante da richieste di rimborso da parte di soggetti IVA, come la Mercedes Benz Italia.

Ct. 32314/15

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA
OSSERVAZIONI

del **GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA**, in persona dell'Agente designato per il presente giudizio, con domicilio eletto a Lussemburgo presso l'Ambasciata d'Italia

nella causa C-378/15

Mercedes-Benz Italia S.p.A.

contro

Agenzia delle Entrate

promossa ai sensi dell'art. 267 TFUE dalla Commissione Tributaria Regionale di Roma (Italia), con ordinanza depositata in data 6 maggio 2015.

* * *

1. La Commissione Tributaria Regionale di Roma ha formulato alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.
2. La questione è sorta nell'ambito di un giudizio tributario che vede contrapposte la società Mercedes-Benz Italia S.p.A. (in seguito «*la società*») e l'Agenzia delle Entrate (in seguito «*l'Agenzia*»).
3. A quanto consta dal provvedimento di rimessione l'Agenzia indirizzava alla Società un avviso di accertamento, emesso ai fini IVA, per l'anno di imposta 2004, recuperando a tassazione la somma di Euro 1.755.882,00 oltre sanzioni e interessi.
4. A sostegno dell'atto di accertamento l'Agenzia rilevava che la Società aveva indicato nella dichiarazione IVA, per l'anno 2004, operazioni esenti (per circa 41 milioni di Euro) relative ad interessi maturati su finanziamenti erogati alle società controllate, qualificandole come attività accessorie ad operazioni imponibili ed escludendole, pertanto, dal calcolo pro rata ai sensi dell'art. 19 e 19 bis del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633 (1).
5. La Società si opponeva all'avviso di accertamento proponendo ricorso alla Commissione Tributaria Provinciale di Roma ed eccependone l'illegittimità a causa del non corretto calcolo del prorata da parte dall'Ufficio impositore; inoltre metteva in risalto l'effetto distorsivo che si era verificato attraverso tale calcolo, effettuato in conseguenza della scelta del legislatore italiano di applicare il prorata sulla base di un criterio esclusivamente for-

(1) Decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 633, recante “*Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto*”, pubblicato nella GURI 11 novembre 1972, n. 292, S.O. e più volte modificato.

- male e matematico (composizione del volume d'affari e quantificazione delle operazioni esenti rispetto a quest'ultimo), anziché sostanziale (composizione degli acquisti).
6. Per sostenere la propria tesi la Società depositava in giudizio due perizie giurate nelle quali venivano analizzati i beni e servizi acquistati a monte e utilizzati per la produzione di operazioni esenti mettendo in rilievo come tali acquisti avessero un'incidenza marginale rispetto al totale dei costi.
 7. L'Agenzia si è difesa nel giudizio ribadendo la legittimità del calcolo operato nell'avviso di accertamento e del conseguente recupero dell'IVA a carico della Società. Essa faceva presente che dall'analisi dell'attività di erogazione di finanziamenti esercitata dalla Società a favore delle proprie società controllate emergeva un volume d'affari molto elevato (pari al 71,64% del totale), il che consentiva di qualificare tale attività come "*attività propria*" dell'impresa o, comunque, le operazioni ad essa riconducibili, come non accessorie rispetto alle attività imponibili poste in essere.
 8. Il giudice di primo grado divideva la tesi dell'Agenzia respingendo il ricorso della Società la quale si rivolgeva al giudice di appello (Commissione Tributaria Regionale di Roma) per riproporre le proprie tesi difensive ed ottenere l'annullamento dell'avviso di accertamento.
 9. Specificava la Società che, qualora si fosse applicato il diverso metodo di calcolo dalla stessa suggerito (fondato sulla composizione degli acquisti) la "limitazione" del diritto alla detrazione dell'IVA assolta a monte si sarebbe attenuata, consentendo il diritto alla detrazione sulla quota reale degli acquisti di beni o servizi destinati all'attività imponibile.
 10. La Società invitava inoltre il giudice a proporre alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, un quesito pregiudiziale relativo all'interpretazione delle norme europee relative al sistema del prorata IVA.
 11. Il giudice del procedimento principale ha accolto tale richiesta sollevando la seguente questione pregiudiziale
se, ai fini dell'esercizio del diritto di detrazione, ostino all'interpretazione degli art. 168, 173, 174 e 175 della Direttiva n. 2006/112/CE, orientata secondo i principi di proporzionalità, effettività e neutralità, siccome individuati nel diritto comunitario, la legislazione nazionale (segnatamente, gli artt. 19, 5° comma e 19-bis, del D.P.R. 633/1972) e la prassi dell'Amministrazione fiscale nazionale che impongano il riferimento alla composizione del volume d'affari dell'operatore, anche per l'individuazione delle operazioni cosiddette accessorie, senza prevedere un metodo di calcolo fondato sulla composizione e destinazione effettiva degli acquisti, e che rifletta oggettivamente la quota di imputazione reale delle spese sostenute a ciascuna delle attività - tassate e non tassate - esercitate dal contribuente.

* * *
 12. Il Governo italiano interviene nel giudizio osservando quanto segue.
 13. Il prorata è il meccanismo ideato per consentire un corretto esercizio del diritto a detrazione (2) nel caso in cui un operatore effettui sia operazioni imponibili che operazioni non soggette ad imposta.

(2) La Corte ha chiarito che il diritto alla detrazione costituisce parte integrante del meccanismo dell'IVA, che, in linea di principio, non può essere soggetto a limitazioni e che va esercitato per tutte le imposte che hanno gravato le operazioni imponibili effettuate a monte, in quanto è inteso ad esonerare l'imprenditore dall'IVA dovuta o pagata nell'ambito di tutte le sue attività economiche imponibili. Il sistema comune dell'IVA garantisce, di conseguenza la neutralità dell'imposizione fiscale (cfr. la sentenza del 13 marzo 2008, C-437/06, *Securenta*, punti 24 e 25 e giurisprudenza ivi citata).

14. Tale meccanismo è oggi disciplinato dagli articoli 173, 174 e 175 della Direttiva 2006/112/CE.
15. L'art. 173, paragrafo 1 prevede, in particolare che, per quanto riguarda i beni ed i servizi utilizzati da un soggetto passivo sia per operazioni che danno diritto a detrazione (di cui agli articoli 168, 169 e 170 della stessa direttiva), sia per operazioni che non danno tale diritto, *“la detrazione è ammessa soltanto per il prorata dell'IVA relativo alla prima categoria di operazioni. Il prorata di detrazione è determinato, conformemente agli articoli 174 e 175, per il complesso delle operazioni effettuate dal soggetto passivo”*.
16. L'art. 173, paragrafo 2 autorizza espressamente gli Stati membri ad adottare le misure seguenti:
 - a) *autorizzare il soggetto passivo a determinare un prorata per ogni settore della propria attività, se vengono tenute contabilità distinte per ciascun settore;*
 - b) *obbligare il soggetto passivo a determinare un prorata per ogni settore della propria attività ed a tenere contabilità distinte per ciascuno di questi settori;*
 - c) *autorizzare od obbligare il soggetto passivo ad operare la detrazione in base all'utilizzazione della totalità o di una parte dei beni e servizi;*
 - d) *autorizzare od obbligare il soggetto passivo ad operare la detrazione secondo la norma di cui al paragrafo 1, primo comma, relativamente a tutti i beni e servizi utilizzati per tutte le operazioni ivi contemplate;*
 - e) *prevedere che non si tenga conto dell'IVA che non può essere detratta dal soggetto passivo quando essa sia insignificante.*
17. Lo Stato italiano, nel dare attuazione alla normativa comunitaria (nel testo, sovrapponibile sul punto, previsto dall'art. 17, paragrafo 5 della Sesta direttiva del Consiglio del 17 maggio 1977, n. 388 (3)) ha previsto, all'art. 19, comma 5 D.P.R. 633/72 *Ai contribuenti che esercitano sia attività che danno luogo ad operazioni che conferiscono il diritto alla detrazione sia attività che danno luogo ad operazioni esenti ai sensi dell'articolo 10, il diritto alla detrazione dell'imposta spetta in misura proporzionale alla prima categoria di operazioni e il relativo ammontare è determinato applicando la percentuale di detrazione di cui all'articolo 19-bis.*

(3) Art. 17, paragrafo 5 della direttiva 1977/388/CEE

Per quanto riguarda i beni ed i servizi utilizzati da un soggetto passivo sia per operazioni che danno diritto a deduzione di cui ai paragrafi 2 e 3, sia per operazioni che non conferiscono tale diritto, la deduzione è ammessa soltanto per il prorata dell'imposta sul valore aggiunto relativo alla prima categoria di operazioni.

Detto prorata è determinato ai sensi dell'articolo 19 per il complesso delle operazioni compiute dal soggetto passivo.

Tuttavia, gli Stati membri possono:

- a) *autorizzare il soggetto passivo a determinare un prorata per ogni settore della propria attività, se vengono tenute contabilità distinte per ciascun settore;*
- b) *obbligare il soggetto passivo a determinare un prorata per ogni settore della propria attività ed a tenere contabilità distinte per ciascuno di questi settori;*
- c) *autorizzare od obbligare il soggetto passivo ad operare la deduzione in base all'utilizzazione della totalità o di una parte dei beni e servizi;*
- d) *autorizzare od obbligare il soggetto passivo ad operare la deduzione secondo la norma di cui al primo comma relativamente a tutti i beni e servizi utilizzati per tutte le operazioni ivi contemplate;*
- e) *prevedere che non si tenga conto dell'imposta sul valore aggiunto che non può essere dedotta dal soggetto passivo quando essa sia insignificante.*

18. Lo Stato italiano ha pertanto esercitato la facoltà prevista dall'art. 173, paragrafo 2 lettera d) - già art. 17, paragrafo 5 lettera d) della Sesta direttiva - di calcolare il prorata di detrazione per tutti i beni e servizi utilizzati dal soggetto passivo per compiere sia operazioni che danno diritto a deduzione, sia operazioni che non conferiscono tale diritto, calcolando tale percentuale in base ai criteri di cui all'art. 174 (4) della direttiva 112/2006/CE, il cui testo è sostanzialmente riprodotto all'art. 19-bis D.P.R. 633/72 (recante "*Percentuale di detrazione*") che così dispone:

1. La percentuale di detrazione di cui all'articolo 19, comma 5, è determinata in base al rapporto tra l'ammontare delle operazioni che danno diritto a detrazione, effettuate nell'anno, e lo stesso ammontare aumentato delle operazioni esenti effettuate nell'anno medesimo. La percentuale di detrazione è arrotondata all'unità superiore o inferiore a seconda che la parte decimale superi o meno i cinque decimi.

2. Per il calcolo della percentuale di detrazione di cui al comma 1 non si tiene conto delle cessioni di beni ammortizzabili, dei passaggi di cui all'articolo 36, ultimo comma, e delle operazioni di cui all'articolo 2, terzo comma, lettere a), b), d) e f), delle operazioni esenti di cui all'articolo 10, primo comma, numero 27-quinquies), e, quando non formano oggetto dell'attività propria del soggetto passivo o siano accessorie alle operazioni imponibili, delle altre operazioni esenti indicate ai numeri da 1) a 9) del predetto articolo 10, ferma restando la indetraibilità dell'imposta relativa ai beni e servizi utilizzati esclusivamente per effettuare queste ultime operazioni.

19. La giurisprudenza della Corte è costante nell'affermare che, nei limiti in cui il calcolo del prorata di detrazione costituisce un elemento del regime delle detrazioni, le modalità secondo cui tale calcolo deve essere effettuato rientrano, unitamente a detto regime di detrazioni, nella sfera di applicazione della normativa nazionale in materia di IVA cui un'attività o un'operazione deve essere fiscalmente collegata:

Spetta, infatti, alle autorità tributarie di ogni Stato membro stabilire, come consente loro l'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, della sesta direttiva, nell'autorizzarle a prevedere la fissazione di un prorata distinto per ogni settore d'attività oppure la detrazione secondo la destinazione della totalità o di parte dei beni e servizi ad un'attività precisa,

(4) L'art. 174 della direttiva 112/2006/CE così dispone:

1. Il prorata di detrazione risulta da una frazione che presenta i seguenti importi:

a) al numeratore, l'importo totale del volume d'affari annuo, al netto dell'IVA, relativo alle operazioni che danno diritto a detrazione a norma degli articoli 168 e 169;

b) al denominatore, l'importo totale del volume d'affari annuo, al netto dell'IVA, relativo alle operazioni che figurano al numeratore e a quelle che non danno diritto a detrazione.

Gli Stati membri possono includere nel denominatore l'importo delle sovvenzioni diverse da quelle direttamente connesse al prezzo delle cessioni di beni o delle prestazioni di servizi di cui all'articolo 73.

2. In deroga al paragrafo 1, per il calcolo del prorata di detrazione, non si tiene conto degli importi seguenti:

a) l'importo del volume d'affari relativo alle cessioni di beni d'investimento utilizzati dal soggetto passivo nella sua impresa;

b) l'importo del volume d'affari relativo alle operazioni accessorie immobiliari e finanziarie;

c) l'importo del volume d'affari relativo alle operazioni di cui all'articolo 135, paragrafo 1, lettere da b) a g), quando si tratta di operazioni accessorie.

3. Qualora si avvalgano della facoltà prevista all'articolo 191 di non richiedere la rettifica per i beni di investimento, gli Stati membri possono includere i proventi della cessione di tali beni nel calcolo del prorata di detrazione.

*oppure anche a prevedere l'esclusione del diritto a detrazione al ricorrere di determinate condizioni, **il metodo di determinazione del diritto alla detrazione***

(sentenza 18 dicembre 2008 in causa C-488/07, *Royal Bank of Scotland*, punto 19; sentenza 12 settembre 2013, in causa C-388/11, *Le Crédit Lyonnais* punto 31).

20. Il sistema italiano prevede, pertanto, in via generale, il diritto alla detrazione dell'imposta per tutti i beni e servizi acquistati nell'esercizio d'impresa. Secondo tale principio i contribuenti hanno diritto ad una detrazione totale dell'imposta assolta sui loro acquisti ed importazioni di beni e servizi, se svolgono unicamente attività soggette ad IVA o ad esse assimilate ai fini delle detrazioni e non hanno diritto ad alcuna detrazione, se svolgono soltanto attività esenti o escluse dal campo di applicazione dell'Iva.
21. Hanno, infine, diritto ad una detrazione parziale (secondo il metodo del prorata) quando svolgono sia attività imponibili od assimilate, sia attività esenti o escluse dall'imposta.
22. In quest'ultima ipotesi, per rapportare la detrazione alla sola attività imponibile ed assimilata, il diritto alla detrazione dell'IVA a monte consiste in una percentuale (prorata), data dal rapporto tra l'ammontare delle operazioni imponibili ed assimilate nell'arco dell'anno (al numeratore) e l'importo complessivo di tutte le operazioni, imponibili, assimilate ed esenti, effettuate nell'anno stesso (al denominatore), con l'eccezione delle deroghe contemplate dal comma 2 dell'art. 19 bis D.P.R. 633/72 (in linea con quanto previsto dal paragrafo 2 dell'art. 174 della direttiva 2006/112/CE).
23. Da ciò consegue che l'aumento del denominatore (per effetto della inclusione di operazioni esenti) determina una diminuzione della percentuale di detraibilità.
24. Per tale ragione il comma 2 dell'art. 19 bis D.P.R. 633/72 (in linea con il paragrafo 2 dell'art. 174 della direttiva 2006/112/CE) prevede che non vengano incluse in detto denominatore, al fine di non alterare il prorata e renderlo così maggiormente aderente alla realtà economica dell'impresa, alcune operazioni non soggette ad imposizione che, invece, laddove calcolate puramente e semplicemente, darebbero luogo ad una riduzione eccessiva dell'IVA detraibile incidendo negativamente sul conseguimento dell'obiettivo di neutralità garantito dal sistema comune IVA (5).
25. Per quanto riguarda la presente causa viene in rilievo, in particolare, la previsione in base alla quale le operazioni esenti "accessorie" non vengano incluse nel denominatore della frazione utilizzata per il calcolo del prorata di deduzione. Tale disposizione, come si è detto, è volta ad evitare che attività esenti che siano solo "accessorie", alterino il calcolo del prorata ed incidano negativamente sul conseguimento dell'obiettivo di neutralità garantito dal sistema comune IVA (cfr. sentenza 29 aprile 2004 in causa C-77/01 citata in nota 5).
26. Nella causa principale si trattava di stabilire se le attività finanziarie esenti ex art. 10 n. 1 DPR 633/72 (finanziamenti infragruppo erogati alle società controllate dalla Mercedes-

(5) Sul punto cfr. la sentenza 29 aprile 2004 in causa C-77/01 *Empresa de Desenvolvimento Mineiro SGPS SA - EDM*, punto 75: «A tal riguardo va osservato che, in sede di applicazione dell'art. 19, n. 1, della sesta direttiva, un aumento dell'importo del fatturato relativo alle operazioni che non danno diritto a deduzione determina la diminuzione dell'importo di IVA deducibile da parte del soggetto passivo. **La non inclusione di alcune operazioni accessorie nel denominatore della frazione utilizzata per il calcolo del prorata di deduzione, ai sensi dell'art. 19, n. 2, seconda frase, della sesta direttiva, serve a neutralizzare gli effetti negativi, per il soggetto passivo, di tale conseguenza inerente al detto calcolo, al fine di evitare che queste operazioni lo alterino e di garantire, in tal modo, il conseguimento dell'obiettivo di neutralità garantito dal sistema comune IVA**».

- Benz Italia S.p.A.) costituissero o meno operazioni “*accessorie*” ai sensi dell’art. 19 bis D.P.R. 633/1972 e, di conseguenza, se nel calcolo del prorata di deduzione, occorresse prescindere da tali operazioni.
27. Tuttavia nel suo quesito il giudice *a quo* non sembra avere chiesto espressamente alla Corte di pronunciarsi sulla questione della natura accessoria o meno delle operazioni poste in essere dalla Società. Per completezza si ritiene comunque opportuno trattare, ancorchè brevemente, la relativa questione.
 28. Secondo la normativa italiana i criteri da tenere presenti ai fine di stabilire la rilevanza o meno delle attività esenti nel calcolo della percentuale di detrazione sono i seguenti:
 - occorre valutare se le operazioni esenti formano o meno “*oggetto dell’attività propria del soggetto passivo*” (perché in caso positivo vanno sicuramente incluse nel calcolo del prorata al denominatore);
 - occorre valutare se tali operazioni esenti siano solo “*accessorie*” ad operazioni imponibili (ed in caso positivo vanno sicuramente escluse nel calcolo del prorata al denominatore).
 29. In quest’ultimo caso la norma dispone l’indetraibilità per i costi relativi ad operazioni utilizzate “*esclusivamente*” per effettuare quelle particolari operazioni esenti, che non sono incluse nel denominatore (l’art. 19 bis dispone infatti al comma 2 che “*ferma restando la indetraibilità dell’imposta relativa ai beni e servizi **utilizzati esclusivamente per effettuare queste ultime operazioni***”) (tale aspetto non viene in rilievo nel caso in esame).
 30. La Corte si è soffermata su entrambi i suesposti concetti. In ordine al carattere “stabile” e non occasionale dell’attività - con riferimento ad una società che effettuava attività di amministrazione di immobili e che investiva le somme ricevute dai proprietari degli stessi in attività di carattere finanziario ritraendone proventi esenti - ha affermato l’incidenza della predetta attività nel calcolo del prorata in quanto l’attività originaria si configura come stabile, permanente e, quindi, rilevante ai fini dell’individuazione della percentuale di indetraibilità del prorata (sentenza 11 luglio 1996 in causa C-306/94 *Régie dauphinoise*).
 31. In ordine alla condizione della “*accessorietà*”, ricorrendo la quale l’attività esente non va considerata nel calcolo della percentuale di detrazione, la Corte nella citata sentenza 29 aprile 2004 in causa C-77/01 EDM, ha avuto modo di affermare i seguenti principi:
 - *la concessione annua, da parte di una holding, di prestiti a titolo oneroso alle società partecipate nonché gli investimenti della medesima in depositi bancari ovvero in titoli, quali buoni del Tesoro o certificati di deposito, costituiscono attività economiche compiute da un soggetto passivo che agisce in quanto tale ..;*
 - *all’atto del calcolo del prorata di deduzione ... tali operazioni devono essere considerate operazioni “accessorie” ... qualora implicino solamente un uso estremamente limitato di beni o di servizi per i quali l’imposta sul valore aggiunto è dovuta.*
 32. Aggiunge ancora la Corte che l’entità dei redditi provenienti dalle operazioni finanziarie ricomprese nella sfera di applicazione della sesta direttiva può “*costituire un indizio nel senso che tali operazioni non debbano essere considerate accessorie ai sensi della detta disposizione*”, ancorchè detta circostanza non possa, di per sé sola, escludere la qualificazione di queste ultime quali “*operazioni accessorie*”.
 33. Nella causa principale, sulla base dei criteri appena esposti, l’attività di finanziamento da parte della Società non può essere considerata un’attività meramente accessoria rispetto all’oggetto sociale (che è molto ampio ed è rappresentato dall’assunzione e detenzione di partecipazioni sociali; dal coordinamento a favore delle società italiane del gruppo, delle attività finanziarie, di vendita e di distribuzione relative al settore automobilistico; dalla

- centralizzazione delle funzioni di tesoreria e di altre funzioni organizzativo-gestionali).
34. L'attività di finanziamento, oltre ad essere contemplata in modo autonomo nell'oggetto sociale della Società, risulta essere strutturata e svolta in modo continuo ed abituale ed ha generato un volume d'affari nell'anno in considerazione (2004) che, rispetto al totale, presenta una incidenza percentuale pari al 71,64% (entità che, come visto, rileva alla luce della citata sentenza 29 aprile 2004 in causa C-77/01 EDM).
 35. Da ciò consegue che, in una situazione come quella che si è verificata nella causa principale, l'attività di finanziamento andava necessariamente inclusa nel calcolo del prorata (ai sensi dell'art. 19 bis D.P.R. 633/72), mentre tale attività avrebbe potuto essere esclusa dal calcolo solo ove accessoria perché collaterale e strumentale a quella principale svolta dall'operatore, ipotesi non ricorrente nel caso di specie.
 36. Ciò premesso, non può dubitarsi della conformità alla direttiva 2006/112/CE della scelta del legislatore italiano di prevedere che il calcolo del prorata prenda in considerazione tutti i beni e servizi utilizzati per operazioni che danno diritto alla detrazione e che non danno tale diritto (art. 173, paragrafo 2, lett. d) direttiva 2006/112/CE) e che da tale calcolo siano escluse solo le operazioni finanziarie di natura accessoria (come previsto dall'art. 174, paragrafo 2, lett. b) direttiva 2006/112/CE).
 37. Occorre al riguardo rilevare come la non inclusione al denominatore nel calcolo delle operazioni accessorie costituisce ai sensi della direttiva una "deroga" al metodo di calcolo di cui all'art. 174, paragrafo 1 e spetta al giudice nazionale stabilire, sulla base delle concrete circostanze, quando ricorrono le condizioni per l'applicazione della deroga stessa.
 38. Il diritto dell'Unione consente pienamente agli Stati membri di optare per un sistema di calcolo del prorata come quello adottato dall'Italia e tale sistema è da ritenersi legittimo anche laddove dovesse verificarsi un'ipotesi specifica in cui l'operatore dimostrasse che, prendendo in considerazione singoli acquisti di beni e servizi e la loro destinazione effettiva a ciascuna delle attività (imponibili e non imponibili), lo stesso avrebbe avuto diritto a detrarre una maggiore percentuale dell'IVA assolta a monte rispetto a quella che può detrarre sulla base del calcolo del prorata.
 39. È, infatti, il sistema stesso del prorata, come disciplinato dalla direttiva, che prevede un criterio puramente matematico che semplifica il calcolo della detrazione, soprattutto nei casi in cui sia impossibile o difficoltoso verificare quanta parte degli acquisti siano impiegati per le operazioni imponibili (con diritto, perciò a detrazione) e quanta parte degli stessi siano impiegati per operazioni che non danno diritto a detrazione.
 40. Si osserva, inoltre, che, proprio al fine di salvaguardare i principi che sono alla base del sistema IVA e le caratteristiche neutrali dell'imposta, il legislatore italiano consente agli operatori nazionali di separare le proprie diverse attività svolte, sulla base di un'opzione che può essere legittimamente esercitata ai sensi dell'art. 36 comma 3 D.P.R. 633/72 (6).

(6) Art. 36 D.P.R. 633/1972 (Esercizio di più attività) dispone: «

[1] *Nei confronti dei soggetti che esercitano più attività l'imposta si applica unitariamente e cumulativamente per tutte le attività, con riferimento al volume di affari complessivo, salvo quanto stabilito nei successivi commi.*

[2] *Se il soggetto esercita contemporaneamente imprese e arti o professioni l'imposta si applica separatamente per l'esercizio di imprese e per l'esercizio di arti o professioni, secondo le rispettive disposizioni e con riferimento al rispettivo volume d'affari.*

[3] *I soggetti che esercitano più imprese o più attività nell'ambito della stessa impresa ovvero più arti*

41. Di conseguenza il soggetto passivo ha facoltà di separare le attività e, dunque, anche le attività imponibili da quelle esenti, di modo che, esercitando tale opzione avrà diritto di dedurre integralmente l'IVA assolta sugli acquisti relativi a attività imponibili, mentre non potrà detrarre l'IVA assolta sugli acquisti relativi a beni o servizi impiegati per attività esenti o non imponibili.
42. Nei confronti di soggetti come la Società che svolgono sia operazioni imponibili che non imponibili, lo Stato italiano dà, quindi, anche la possibilità di optare per la separazione delle attività (ai sensi del citato art. 36 del D.P.R. 633/72), con imputazione specifica a ciascuna di esse dell'IVA relativa agli acquisti.
43. Non avendo la Società optato per tale separazione, essa è assoggettata al calcolo del prorata previsto dall'art. 174 della direttiva 2006/112/CE e non può quindi lamentare l'impossibilità di provvedere ad una diversa imputazione dei costi in relazione al loro effettivo

o professioni, hanno facoltà di optare per l'applicazione separata dell'imposta relativamente ad alcuna delle attività esercitate, dandone comunicazione all'Ufficio nella dichiarazione relativa all'anno precedente o nella dichiarazione di inizio dell'attività. In tal caso la detrazione di cui all'art. 19 spetta a condizione che l'attività sia gestita con contabilità separata ed è esclusa, in deroga a quanto stabilito nell'ultimo comma, per l'imposta relativa ai beni non ammortizzabili utilizzati promiscuamente. L'opzione ha effetto fino a quando non sia revocata e in ogni caso per almeno un triennio. Se nel corso di un anno sono acquistati beni ammortizzabili la revoca non è ammessa fino al termine del periodo di rettifica della detrazione di cui all'art. 19-bis. La revoca deve essere comunicata all'Ufficio nella dichiarazione annuale ed ha effetto dall'anno in corso. Le disposizioni del presente comma si applicano anche ai soggetti che effettuano sia locazioni, o cessioni, esenti da imposta, di fabbricati o porzioni di fabbricato a destinazione abitativa che comportano la riduzione della percentuale di detrazione a norma dell'articolo 19, comma 5, e dell'articolo 19-bis, sia locazioni o cessioni di altri fabbricati o di altri immobili, con riferimento a ciascuno di tali settori di attività. Le disposizioni del presente comma si applicano, altresì, ai soggetti che svolgono sia il servizio di gestione individuale di portafogli, ovvero prestazioni di mandato, mediazione o intermediazione relative al predetto servizio, sia attività esenti dall'imposta ai sensi dell'articolo 10, primo comma.

[4] L'imposta si applica in ogni caso separatamente, secondo le rispettive disposizioni e con riferimento al volume d'affari di ciascuna di esse, per le attività di commercio al minuto di cui al terzo comma dell'art. 24, comprese le attività ad esse accessorie e quelle non rientranti nell'attività propria dell'impresa, nonché per le attività di cui all'art. 34, fermo restando il disposto dei commi secondo e terzo dello stesso articolo e per quelle di cui all'art. 74, sesto comma, per le quali la detrazione prevista dall'art. 19 sia applicata forfettariamente e per quelle di cui al comma 5 dell'articolo 74-quater (372) .

[5] In tutti i casi nei quali l'imposta è applicata separatamente per una determinata attività la detrazione di cui all'art. 19, se ridotta ai sensi del terzo comma dello stesso articolo ovvero se applicata forfettariamente, è ammessa per l'imposta relativa ai beni e ai servizi utilizzati promiscuamente, nei limiti della parte imputabile all'esercizio dell'attività stessa; i passaggi di servizi all'attività soggetta a detrazione ridotta o forfettaria costituiscono prestazioni di servizio ai sensi dell'art. 3 e si considerano effettuati, in base al loro valore normale, nel momento in cui sono resi. Per i passaggi interni dei beni tra attività separate si applicano le disposizioni degli artt. 21 e seguenti, con riferimento al loro valore normale, e le annotazioni di cui agli artt. 23 e 25 devono essere eseguite nello stesso mese. Per i passaggi dei beni all'attività di commercio al minuto di cui al terzo comma dell'art. 24 e per quelli da questa ad altra attività, l'imposta non è dovuta, ma i passaggi stessi devono essere annotati in base al corrispettivo di acquisto dei beni, entro il giorno non festivo successivo a quello del passaggio. Le annotazioni devono essere eseguite, distintamente in base all'aliquota applicabile per le relative cessioni, nei registri di cui agli artt. 23, 24 e 25, ovvero in apposito registro tenuto a norma dell'art. 39. La dichiarazione annuale deve essere presentata su un unico modello per tutte le attività secondo le modalità stabilite nel decreto di cui al primo comma dell'art. 28 e i versamenti di cui agli artt. 27, 30 e 33 devono essere eseguiti per l'ammontare complessivo dovuto, al netto delle eccedenze detraibili

utilizzo (in misura maggiore per le attività imponibili rispetto a quelle non imponibili).

44. L'eventualità che, in un caso specifico, anche a causa del mancato esercizio dell'opzione per la separazione, l'operatore nazionale possa sopportare un carico "maggiore" di IVA indetraibile rispetto a quello che avrebbe sopportato sulla base di un calcolo puntuale, è una conseguenza dell'applicazione del metodo prorata previsto dalla direttiva e della legittima scelta dello Stato italiano sopra evidenziata.
45. Un singolo eventuale e potenziale effetto come quello lamentato dalla Società nella causa principale, sarebbe comunque conseguenza anche della scelta della Società di non esercitare l'opzione per la separazione delle attività.

In conclusione il Governo italiano ritiene che al quesito posto dalla Commissione Tributaria Regionale di Roma nella causa principale la Corte debba così rispondere:

gli articoli 168, 173, 174 e 175 della direttiva 2006/112/CE (e gli art. 17 e 19 della sesta direttiva 1977/388/CEE) non ostano ad una normativa nazionale (quale quella contenuta negli articoli 19, 5° comma e 19-bis del D.P.R. 633/1972) la quale preveda un calcolo del prorata che prenda in considerazione la totalità dei beni e servizi utilizzati per tutte le operazioni che danno diritto alla detrazione e per quelle che non danno tale diritto, con esclusione dal calcolo delle operazioni finanziarie di natura accessoria, senza consentire (in mancanza di una specifica opzione da parte dell'operatore per la separazione delle attività) di operare la detrazione - caso per caso - in base alla destinazione effettiva degli acquisti dei beni ad attività imponibili oppure ad attività che non danno diritto a detrazione.

Roma, 3 novembre 2015

Gianni De Bellis
Avvocato dello Stato

Eugenio De Bonis
Avvocato dello Stato

Ct. 32314/15

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA
causa C-378/15
INTERVENTO ORALE DEL GOVERNO ITALIANO

Signor Presidente, Signori della Corte, signor Avvocato Generale

1. Il Governo italiano nelle sue osservazioni ha evidenziato come la sua legislazione interna si fondi sull'articolo 17 paragrafo 5 della sesta Direttiva (ora articolo 173 della Direttiva 112/2006, di contenuto identico) ed in particolare sul comma 3 il quale alla lettera d) consente agli Stati membri di «*autorizzare od obbligare il soggetto passivo ad operare la deduzione secondo la norma di cui al primo comma relativamente a tutti i beni e servizi utilizzati per tutte le operazioni ivi contemplate*».
2. Nelle sue osservazioni la Commissione ritiene nella sostanza che l'Italia non abbia correttamente applicato il meccanismo del prorata.
3. Tale metodo, sostiene la Commissione al punto 18 delle sue osservazioni, «*non si riferisce*

*ad un'attività mista (e pertanto non è volto a determinare l'incidenza dell'attività - principale o accessoria - che dà diritto a detrazione) ma si riferisce a beni e servizi **destinati ad un uso misto** (per attività che danno diritto a detrazione e per attività che non danno diritto a detrazione), e pertanto è volto a determinare l'imputabilità dei costi relativi all'acquisto di beni e servizi a monte nel prezzo del bene o del servizio prestato a valle».*

4. Poiché il sistema italiano invece applica il prorata nei casi di attività miste svolte dal soggetto IVA, estendendolo a tutti gli acquisti a monte, quale che sia l'uso a cui sono destinati, sostiene la Commissione che in tal modo si sarebbe violato il principio di neutralità del sistema.
5. A conferma della correttezza della sua interpretazione, la Commissione richiama la sentenza *Portugal Telecom* in causa C-426/11 dove tali principi sarebbero stati espressi.
6. Il Governo italiano dubita però del fatto che questa sia la corretta interpretazione della norma.
7. La Commissione non considera che l'articolo 17 par. 5 al comma 3 lascia agli Stati membri un'ampia discrezionalità.
8. Come precisato dalla Corte al punto 23 della sentenza *Royal Bank* “*Mentre il secondo comma del detto art. 17, n. 5, della direttiva prevede, per il calcolo dell'importo detraibile, che l'applicazione del detto art. 19 costituisce la regola, il suo terzo comma, che inizia con l'espressione «tuttavia», autorizza gli Stati membri a prevedere deroghe di maggiore o minore portata a questa regola, che possono comportare anche l'esclusione del diritto a detrazione*”.
9. Ne consegue che, per scelta del legislatore, è possibile nell'Unione la coesistenza di sistemi diversi di applicazione del prorata.
10. Nel primo quesito a cui la Corte ha invitato le parti a rispondere in questa sede, credo che si colga precisamente il punto centrale della questione.
11. Mi riferisco al comma 3 dell'articolo 17 p. 5 ed in particolare alla lettera d) in base alla quale gli Stati membri possono «*autorizzare od obbligare il soggetto passivo ad operare la deduzione secondo la norma di cui al primo comma **relativamente a tutti i beni e servizi utilizzati per tutte le operazioni ivi contemplate***».
12. Orbene, se l'interpretazione corretta della lettera d) fosse quella suggerita dalla Commissione, e cioè che la norma si riferisce solo ai beni ad uso misto, la conseguenza sarebbe la totale inutilità della stessa lettera d).
13. Poiché il comma 1 già prevede l'obbligo del prorata per i beni ad uso misto, la lettera d) si limiterebbe a ribadire che gli Stati membri possono autorizzare o obbligare i soggetti passivi ad applicare il comma 1 per i beni ad uso misto.
14. In sostanza la lettera d) sarebbe del tutto priva di significato, in quanto non farebbe altro che ripetere ciò che già impone in via generale il comma 1.
15. In realtà la corretta portata della lettera d) è un'altra, e cioè quella di consentire agli Stati membri di imporre il prorata per tutti gli acquisti, sulla base del solo presupposto che il soggetto passivo sia un soggetto misto, che compia cioè attività imponibili ed esenti.
16. Ne consegue che, il consentire (o imporre) l'applicazione del prorata “*relativamente a tutti i beni e servizi utilizzati per tutte le operazioni*” contemplate nel comma 1, cioè sia per le imponibili che non, significa esattamente consentire la scelta fatta dal Governo italiano.
17. Questa scelta ha evidenti finalità di semplificazione: ogni anno si calcola il prorata e la detrazione è concessa nella misura prevista per tutti gli acquisti, indipendentemente dall'uso misto o meno degli stessi.
18. L'obbligo di tale sistema - indubbiamente di semplice applicazione - è temperato dal fatto che il soggetto passivo può tenere contabilità separate per i diversi settori di attività e così

rispettare con maggiore precisione la regola del prorata. Su tale punto l'Italia si è avvalsa della possibilità prevista dalla lettera a).

19. Ma se tale scelta il soggetto passivo non opera, dovrà attenersi al prorata obbligatorio per tutti i suoi acquisti.
20. Il che lo potrà svantaggiare in relazione all'IVA assolta sugli acquisti finalizzati ad operazioni imponibili, ma lo potrà invece avvantaggiare per l'IVA assolta sugli acquisti finalizzati ad operazioni esenti (o meglio, non imponibili). Ma questa è una conseguenza della semplificazione.
21. Ciò che è certo però, è che il legislatore non vieta, anzi espressamente consente, una tale modalità.
22. Credo di avere così dato risposta al primo quesito.
23. Con il secondo quesito la Corte chiede di *“precisare il senso che occorre dare al rinvio”* contenuto nella lettera d) *“alla norma prevista nel primo comma dell'articolo 17, paragrafo 5, della sesta direttiva piuttosto che alle disposizioni contenute nel suo secondo comma”*.
24. In altri termini, perché la lettera d) richiama il comma 1 e non invece il comma 2?
25. La risposta è semplice. È il comma 1 che definisce il prorata e il suo ambito di applicazione, mentre il comma 2 ne costituisce solo una specificazione, limitandosi a prevederne il metodo di calcolo.
26. Riteniamo quindi che il richiamo al comma 1 sia il più corretto. La lettera d) consente di dare applicazione alla regola del prorata contenuta nel comma 1, imponendo (o autorizzando) ad un soggetto passivo di applicare la percentuale di prorata *“relativamente a tutti i beni e servizi utilizzati per tutte le operazioni ivi contemplate”*.
27. Il riferimento a tutti i beni e servizi e a tutte le operazioni contemplate nel comma 1, non può che essere rivolto al complesso delle operazioni, imponibili e non. E ciò in quanto nel comma 1 vengono indicate appunto entrambe le categorie di operazioni.
28. In conclusione, riteniamo che la Corte non possa che ritenere corretto il meccanismo del prorata vigente in Italia, in quanto coerente con la lettera d) del comma 3, che se interpretata come vorrebbe la Commissione, priverebbe la norma di ogni effetto utile.
29. Un accenno soltanto alla sentenza *Portugal* sulla quale si basa la posizione della Commissione.
30. Se si esamina attentamente il contenuto di tale decisione, si vede come l'oggetto di quella causa era del tutto diverso da quello di oggi. In quel caso infatti si discuteva solo di come rilevasse l'attività della Holding non economica, cioè non rilevante ai fini IVA, ed i suoi riflessi sulla detraibilità dell'IVA a monte.

Grazie

Gianni DE BELLIS
AVVOCATO DELLO STATO

Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sez. Terza, sentenza 14 dicembre 2016 nella causa C-378/15 - Pres. L. Bay Larsen, Rel. J. Malenovský - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Commissione tributaria regionale di Roma (Italia) con ordinanza del 6 maggio 2015 - Mercedes Benz Italia SpA c. Agenzia delle Entrate.

«Rinvio pregiudiziale – Fiscalità – Imposta sul valore aggiunto – Direttiva 77/388/CEE – Articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d) – Ambito di applicazione – Applicazione di un pro rata di detrazione all'imposta sul valore aggiunto che ha gravato l'acquisto della totalità dei beni e dei servizi utilizzati da un soggetto passivo – Operazioni accessorie – Utilizzo della cifra d'affari come indizio»

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 17, paragrafo 5, e dell'articolo 19 della sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU 1977, L 145, pag. 1), nella versione in vigore all'epoca dei fatti controversi (in prosieguo: la «sesta direttiva»).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Mercedes Benz Italia Spa (in prosieguo: la «Mercedes Benz») e l'Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Roma 3 (in prosieguo: l'«Agenzia delle Entrate») in merito a detrazioni dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) operate dalla Mercedes Benz nell'anno d'imposta 2004.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

- 3 Il diciassettesimo considerando della sesta direttiva così prevedeva:
«considerando che è opportuno che, entro certi limiti e a certe condizioni, gli Stati membri possano adottare o mantenere misure particolari derogative alla presente direttiva, al fine di semplificare la riscossione dell'imposta e di evitare talune frodi ed evasioni fiscali;
(...)».
- 4 L'articolo 13, B, di tale direttiva così disponeva:
«Fatte salve altre disposizioni comunitarie, gli Stati membri esonerano (...):
d) le operazioni seguenti:
1. la concessione e la negoziazione di crediti nonché la gestione di crediti da parte di chi li ha concessi;
(...)».
- 5 Ai sensi dell'articolo 17, paragrafi 2 e 5, di detta direttiva:
«2. Nella misura in cui i beni e servizi sono impiegati ai fini di sue operazioni soggette ad imposta, il soggetto passivo è autorizzato a [detrarre] dall'imposta di cui è debitore:
a) l'imposta sul valore aggiunto dovuta o assolta per i beni che gli sono o gli saranno forniti e per i servizi che gli sono o gli saranno prestati da un altro soggetto passivo debitore dell'imposta all'interno del paese;
(...)
5. Per quanto riguarda i beni ed i servizi utilizzati da un soggetto passivo sia per operazioni che danno diritto a [detrazione] di cui ai paragrafi 2 e 3, sia per operazioni che non conferiscono tale diritto, la [detrazione] è ammessa soltanto per il prorata dell'imposta sul valore aggiunto relativo alla prima categoria di operazioni.
Detto prorata è determinato ai sensi dell'articolo 19 per il complesso delle operazioni compiute dal soggetto passivo.

Tuttavia, gli Stati membri possono:

- a) autorizzare il soggetto passivo a determinare un prorata per ogni settore della propria attività, se vengono tenute contabilità distinte per ciascun settore;
 - b) obbligare il soggetto passivo a determinare un prorata per ogni settore della propria attività ed a tenere contabilità distinte per ciascuno di questi settori;
 - c) autorizzare od obbligare il soggetto passivo ad operare la [detrazione] in base all'utilizzazione della totalità o di una parte dei beni e servizi;
 - d) autorizzare od obbligare il soggetto passivo ad operare la [detrazione] secondo la norma di cui al primo comma relativamente a tutti i beni e servizi utilizzati per tutte le operazioni ivi contemplate;
 - e) prevedere che non si tenga conto dell'imposta sul valore aggiunto che non può essere [detratta] dal soggetto passivo quando essa sia insignificante».
- 6 L'articolo 19, paragrafi 1 e 2, della medesima direttiva, intitolato «Calcolo del prorata di [detrazione]», era redatto come segue:
- «1. Il prorata di [detrazione] previsto dall'articolo 17, paragrafo 5, primo comma, risulta da una frazione avente:
- al numeratore l'importo totale della cifra d'affari annua, al netto dell'imposta [sul] valore aggiunto, relativo alle operazioni che danno diritto a [detrazione] (...),
 - al denominatore l'importo totale della cifra d'affari annua, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, relativo alle operazioni che figurano al numeratore e a quelle che non danno diritto a [detrazione]. (...)
- Il prorata viene determinato su base annuale, in percentuale e viene arrotondato all'unità superiore.
2. In deroga alle disposizioni del paragrafo 1, per il calcolo del prorata di [detrazione], non si tiene conto (...) dell'importo della cifra d'affari relativa alle operazioni accessorie, immobiliari o finanziarie (...)».
- 7 La sesta direttiva è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (GU 2006, L 347, pag. 1), entrata in vigore il 1° gennaio 2007.
- Diritto italiano*
- 8 L'articolo 10, numero 1), del decreto del Presidente della Repubblica del 26 ottobre 1972, n. 633 - Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto, (GURI n. 292, dell'11 novembre 1972), nella sua versione applicabile alla controversia principale (in prosieguo: il «DPR n. 633/72»), così dispone:
- «Sono esenti dall'imposta:
- le prestazioni di servizi concernenti la concessione e la negoziazione di crediti, la gestione degli stessi da parte dei concedenti e le operazioni di finanziamento (...)».
- 9 L'articolo 19, comma 5, del DPR n. 633/72, prevede quanto segue:
- «Ai contribuenti che esercitano sia attività che danno luogo ad operazioni che conferiscono il diritto alla detrazione sia attività che danno luogo ad operazioni esenti (...), il diritto alla detrazione dell'imposta spetta in misura proporzionale alla prima categoria di operazioni e il relativo ammontare è determinato applicando la percentuale di detrazione di cui all'articolo 19-bis».
- 10 Dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che il metodo di determinazione del diritto a detrazione, previsto all'articolo 19, comma 5, del DPR n. 633/72, si applica in relazione al complesso dei beni e dei servizi acquistati da soggetti passivi che effettuano operazioni che danno diritto a detrazione e operazioni esenti.

- 11 Secondo l'articolo 19-bis del DPR n. 633/72:
- «1. La percentuale di detrazione di cui all'articolo 19, comma 5, è determinata in base al rapporto tra l'ammontare delle operazioni che danno diritto a detrazione, effettuate nell'anno, e lo stesso ammontare aumentato delle operazioni esenti effettuate nell'anno medesimo. La percentuale di detrazione è arrotondata all'unità superiore o inferiore, a seconda che la parte decimale superi o meno i cinque decimi.
2. Per il calcolo della percentuale di detrazione di cui al comma 1 non si tiene conto (...), quando non formano oggetto dell'attività propria del soggetto passivo o siano accessorie alle operazioni imponibili, delle (...) operazioni esenti indicate ai numeri da 1) a 9) del[l'] (...) articolo 10 [del DPR n. 633/72], ferma restando la indetraibilità dell'imposta relativa ai beni e servizi utilizzati esclusivamente per effettuare queste ultime operazioni».
- 12 L'articolo 36 del DPR n. 633/72 è redatto nei termini seguenti:
- «(1) Nei confronti dei soggetti che esercitano più attività l'imposta si applica unitariamente e cumulativamente per tutte le attività, con riferimento al volume di affari complessivo, salvo quanto stabilito nei successivi commi.
- (2) Se il soggetto esercita contemporaneamente imprese e arti o professioni l'imposta si applica separatamente per l'esercizio di imprese e per l'esercizio di arti o professioni, secondo le rispettive disposizioni e con riferimento al rispettivo volume d'affari.
- (3) I soggetti che esercitano più imprese o più attività nell'ambito della stessa impresa, ovvero più arti o professioni, hanno facoltà di optare per l'applicazione separata dell'imposta relativamente ad alcune delle attività esercitate, dandone comunicazione all'ufficio nella dichiarazione relativa all'anno precedente o nella dichiarazione di inizio dell'attività. In tal caso la detrazione di cui all'art. 19 spetta a condizione che l'attività sia gestita con contabilità separata ed è esclusa, in deroga a quanto stabilito nell'ultimo comma, per l'imposta relativa ai beni non ammortizzabili utilizzati promiscuamente. L'opzione ha effetto fino a quando non sia revocata e in ogni caso per almeno un triennio. (...) Le disposizioni del presente comma si applicano, altresì, ai soggetti che svolgono (...) attività esenti dall'imposta ai sensi dell'articolo 10, primo comma.
- (4) L'imposta si applica in ogni caso separatamente, secondo le rispettive disposizioni e con riferimento al volume di affari di ciascuna di esse, (...).
- (5) In tutti i casi nei quali l'imposta è applicata separatamente per una determinata attività la detrazione di cui all'art. 19, se ridotta ai sensi del terzo comma dello stesso articolo ovvero se applicata forfettariamente, è ammessa per l'imposta relativa ai beni e ai servizi utilizzati promiscuamente, nei limiti della parte imputabile all'esercizio dell'attività stessa; i passaggi di servizi all'attività soggetta a detrazione ridotta o forfettaria costituiscono prestazioni di servizio ai sensi dell'art. 3 e si considerano effettuati, in base al loro valore normale, nel momento in cui sono rese (...)».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 13 La Mercedes Benz è responsabile della direzione strategica della commercializzazione dei marchi del gruppo Daimler-Chrysler in Italia.
- 14 Nella sua dichiarazione IVA per l'anno d'imposta 2004, la Mercedes Benz ha qualificato le proprie attività finanziarie, ossia l'erogazione di finanziamenti alle società controllate, come «accessorie» rispetto alle proprie attività imponibili, circostanza che l'ha portata a escludere gli interessi maturati su tali finanziamenti dal calcolo del denominatore della frazione che serve a stabilire la percentuale di detrazione di cui all'articolo 19-bis del DPR n. 633/72.

- 15 A seguito di un controllo fiscale effettuato nel corso del 2008 e riguardante l'anno d'imposta 2004, la Mercedes Benz è stata sottoposta, con decisione dell'Agenzia delle Entrate, a un avviso di accertamento IVA di EUR 1 755 882, per il motivo che gli interessi percepiti su tali finanziamenti erano stati indebitamente esclusi dal denominatore della frazione che era servita a stabilire la percentuale di detrazione, considerato che l'erogazione di tali finanziamenti era una delle principali attività della Mercedes Benz, poiché gli interessi maturati su di essi rappresentavano il 71,64% della sua cifra d'affari complessiva.
- 16 La Mercedes Benz ha proposto un ricorso avverso tale decisione dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di Roma (Italia), che lo ha respinto. Successivamente, la Mercedes Benz ha interposto appello avverso tale decisione dinanzi al giudice del rinvio, la Commissione tributaria regionale di Roma (Italia).
- 17 In occasione di tale controversia, la Mercedes Benz ha sostenuto che era legittimata ad escludere gli interessi maturati sui finanziamenti erogati dal denominatore della frazione che era servita a stabilire la percentuale di detrazione dell'IVA e ha fatto valere in particolare che, comunque, il legislatore nazionale non aveva trasposto correttamente gli articoli 168 e da 173 a 175 della direttiva 2006/112 prevedendo che il prorata di detrazione di cui all'articolo 19-bis del DPR n. 633/72 si applichi indistintamente al complesso dei beni e dei servizi acquistati da un soggetto passivo, senza distinzione a seconda che tali beni e tali servizi siano destinati a operazioni che danno diritto a detrazione, a operazioni che non conferiscono tale diritto o a entrambi i tipi di operazioni.
- 18 In tali circostanze, la Commissione tributaria regionale di Roma ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:
«Dica la Corte se, ai fini dell'esercizio del diritto di detrazione, ostino all'interpretazione degli art[icoli] 168, 173, 174 e 175 della direttiva n. 2006/112/CE, orientata secondo i principi di proporzionalità, effettività e neutralità, siccome individuati nel diritto comunitario, la legislazione nazionale (segnatamente, gli articoli 19, 5° comma e 19-bis, del D.P.R. 633/1972) e la prassi dell'Amministrazione fiscale nazionale che impongano il riferimento alla composizione del volume d'affari dell'operatore, anche per l'individuazione delle operazioni cosiddette accessorie, senza prevedere un metodo di calcolo fondato sulla composizione e destinazione effettiva degli acquisti, e che rifletta oggettivamente la quota di imputazione reale delle spese sostenute a ciascuna delle attività -tassate e non tassate - esercitate dal contribuente».

Sulla questione pregiudiziale

Osservazioni preliminari

- 19 In primo luogo, sebbene il giudice del rinvio si sia formalmente riferito, nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, agli articoli 168 e da 173 a 175 della direttiva 2006/112, si deve rilevare che nell'anno d'imposta di cui trattasi nel procedimento principale il diritto a detrazione dei soggetti passivi era principalmente disciplinato dagli articoli 17 e 19 della sesta direttiva.
- 20 In secondo luogo, dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che, adottando l'articolo 19, comma 5, e l'articolo 19-bis del DPR n. 633/72, il legislatore nazionale ha inteso fare uso del metodo derogatorio previsto all'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), della sesta direttiva.
- 21 In tali circostanze occorre ritenere che, con la sua questione, il giudice del rinvio chieda, in sostanza, se l'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), e l'articolo 19 della sesta direttiva debbano essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa e a

una prassi nazionali, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, che impongono a un soggetto passivo:

- di applicare alla totalità dei beni e dei servizi da esso acquistati un prorata di detrazione basata sulla cifra d'affari, senza prevedere un metodo di calcolo che sia fondato sulla natura e sulla destinazione effettiva di ciascun bene e servizio acquistato e che rifletta oggettivamente la quota di imputazione reale delle spese sostenute a ciascuna delle attività tassate e non tassate; e
- di riferirsi alla composizione della sua cifra d'affari per l'individuazione delle operazioni qualificabili come «accessorie».

Risposta della Corte

- 22 Occorre anzitutto ricordare che, in forza dell'articolo 17, paragrafo 2, della sesta direttiva, i soggetti passivi hanno la possibilità di detrarre l'imposta che ha gravato l'acquisto o la fornitura di beni o di servizi destinati a essere utilizzati esclusivamente per la realizzazione delle operazioni soggette ad imposta.
- 23 Per quanto riguarda i beni e i servizi destinati a essere utilizzati ai fini sia delle operazioni che danno diritto a detrazione sia delle operazioni che non conferiscono tale diritto, l'articolo 17, paragrafo 5, primo comma, di tale direttiva prevede che la detrazione sia ammessa soltanto per il prorata dell'IVA relativo alla prima categoria di operazioni.
- 24 Tuttavia, l'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, della sesta direttiva consente agli Stati membri di ricorrere a metodi di determinazione del diritto a detrazione specifici, a carattere derogatorio, tra i quali figura quello enunciato al punto d) di tale disposizione (v., in tal senso, sentenza dell'8 novembre 2012, *BLC Baumarkt*, C-511/10, EU:C:2012:689, punto 24).
- 25 Conformemente all'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), della sesta direttiva, uno Stato membro può autorizzare od obbligare un soggetto passivo ad operare la detrazione, secondo la norma di cui all'articolo 17, paragrafo 5, primo comma, di tale direttiva, relativamente a tutti i beni e i servizi utilizzati per tutte le operazioni ivi contemplate.
- 26 In primo luogo, occorre esaminare se l'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), della sesta direttiva, letto nel suo contesto, debba essere interpretato nel senso che il metodo di calcolo del diritto a detrazione dell'IVA da esso previsto implichi il ricorso a un prorata di detrazione fondato sulla cifra d'affari.
- 27 A tale riguardo, va rilevato che, contrariamente agli altri metodi di calcolo derogatori enunciati all'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, della sesta direttiva, quello previsto al suo punto d) prevede espressamente che tale metodo sia applicato secondo la norma di cui all'articolo 17, paragrafo 5, primo comma, di tale direttiva.
- 28 Orbene, come risulta dal punto 23 della presente sentenza, la norma di cui all'articolo 17, paragrafo 5, primo comma, della sesta direttiva non precisa come il prorata dell'IVA relativo alle operazioni che danno diritto a detrazione debba essere concretamente determinato.
- 29 Ciò detto, il secondo comma dell'articolo 17, paragrafo 5, della sesta direttiva, che segue immediatamente il primo comma e inizia con i termini «detto prorata», riferendosi così al prorata di detrazione previsto al primo comma, precisa che detto prorata deve essere determinato conformemente all'articolo 19 di tale direttiva.
- 30 Orbene, l'articolo 19, paragrafo 1, della sesta direttiva dispone che il prorata di detrazione previsto all'articolo 17, paragrafo 5, primo comma, della medesima direttiva deve essere stabilito sulla base di una frazione avente, al numeratore, la cifra d'affari relativa alle operazioni che danno diritto a detrazione e, al denominatore, la cifra d'affari relativa a tali operazioni e alle operazioni che non danno diritto a detrazione.

- 31 Pertanto, si deve intendere il riferimento, figurante all'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), della sesta direttiva, alla conformità alla norma di cui al primo comma di tale paragrafo, come implicante l'utilizzo di un prorata di detrazione fondato sulla cifra d'affari nell'attuazione di tale disposizione.
- 32 Ne deriva che l'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), della sesta direttiva, letto in combinato disposto con l'articolo 17, paragrafo 5, primo e secondo comma nonché con l'articolo 19, paragrafo 1, di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che il metodo di calcolo del diritto a detrazione dell'IVA che esso prevede implica il ricorso a un prorata fondato sulla cifra d'affari.
- 33 In secondo luogo, occorre esaminare se l'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), della sesta direttiva osti a che uno Stato membro imponga a un soggetto passivo di applicare al complesso dei beni e dei servizi da esso acquistati un prorata di detrazione fondato sulla cifra d'affari, e ciò senza tener conto della natura e della destinazione effettiva di ciascuno di tali beni e di tali servizi.
- 34 A tale riguardo, da un lato, dalla formulazione stessa dell'articolo 17, paragrafo 5, primo comma, della sesta direttiva risulta che il calcolo di un prorata di detrazione per determinare l'importo dell'IVA detraibile è, in linea di principio, riservato unicamente ai beni e servizi utilizzati da un soggetto passivo per effettuare nel contempo operazioni economiche che danno diritto a detrazione e operazioni economiche che non conferiscono diritto a detrazione (v., in tal senso, sentenze del 6 settembre 2012, Portugal Telecom, C-496/11, EU:C:2012:557, punto 40, e del 9 giugno 2016, Wolfgang und Dr. Wilfried Rey Grundstücksgemeinschaft, C-332/14, EU:C:2016:417, punto 25).
- 35 Dall'altro lato, in forza dell'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), della sesta direttiva, è consentito agli Stati membri autorizzare o obbligare un soggetto passivo ad operare la detrazione «secondo la norma di cui al primo comma relativamente a tutti i beni e servizi utilizzati per tutte le operazioni ivi contemplate».
- 36 Dato che l'articolo 17, paragrafo 5, primo comma, della sesta direttiva, richiamato espressamente all'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), di tale direttiva, si riferisce sia alle operazioni che danno diritto a detrazione sia a quelle che non conferiscono tale diritto, si devono intendere i termini «tutte le operazioni ivi contemplate» come comprendenti entrambi i tipi di operazioni menzionati all'articolo 17, paragrafo 5, primo comma, di detta direttiva.
- 37 Orbene, contrariamente al primo comma dell'articolo 17, paragrafo 5, della sesta direttiva, il terzo comma, lettera d), del medesimo articolo 17, paragrafo 5, non utilizza i termini «sia...sia».
- 38 In mancanza di una siffatta precisazione, l'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), della sesta direttiva deve essere inteso nel senso che si riferisce al complesso dei beni e dei servizi utilizzati dal soggetto passivo al fine di realizzare tanto le operazioni che danno diritto a detrazione quanto quelle che non conferiscono tale diritto, senza che sia necessario che tali beni e servizi servano ad effettuare sia l'uno sia l'altro tipo di operazioni.
- 39 Occorre infatti ricordare che, allorché una disposizione di diritto dell'Unione può avere diverse interpretazioni, occorre dare priorità a quella che è idonea a salvaguardare il suo effetto utile (v., in particolare, sentenza del 9 marzo 2000, EKW e Wein & Co, C-437/97, EU:C:2000:110, punto 41).
- 40 Orbene, interpretare l'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), della sesta direttiva nel senso che esso si applichi unicamente con riferimento ai beni e ai servizi utilizzati

per realizzare «sia» operazioni che danno diritto a detrazione «sia» operazioni che non conferiscono tale diritto condurrebbe ad attribuire a tale disposizione la medesima portata dell'articolo 17, paragrafo 5, primo comma, di tale direttiva, alla quale si suppone che tale disposizione debba invece derogare.

- 41 Certamente, il giudice del rinvio sembra nutrire dubbi riguardo alla compatibilità dell'interpretazione esposta al punto 38 della presente sentenza con i principi di proporzionalità delle detrazioni, di effettività del diritto a detrazione e di neutralità dell'IVA.
- 42 Tuttavia, senza dover esaminare quale sia l'incidenza precisa di tali principi sull'interpretazione dell'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, della sesta direttiva, va constatato che la presa in considerazione di questi principi, che informano il sistema dell'IVA, ma ai quali il legislatore può validamente derogare, non può comunque giustificare un'interpretazione che privi detta deroga, voluta espressamente dal legislatore, di qualsiasi effetto utile.
- 43 Le considerazioni svolte al punto 38 della presente sentenza sono, inoltre, avvalorate da uno degli obiettivi perseguiti dalla sesta direttiva consistente, come risulta dal suo diciassettesimo considerando, nell'autorizzare il ricorso a regole di applicazione relativamente semplici (v., in tal senso, sentenza dell'8 marzo 2012, Commissione/Portogallo, C-524/10, EU:C:2012:129, punto 35).
- 44 Infatti, applicando la regola di calcolo prevista all'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), della sesta direttiva, i soggetti passivi non hanno l'obbligo di imputare i beni e i servizi che acquistano o alle operazioni che danno diritto a detrazione, o a quelle che non conferiscono un tale diritto, o a entrambi i tipi di operazioni e, di conseguenza, le amministrazioni fiscali nazionali non sono tenute a verificare se tale imputazione sia stata correttamente effettuata.
- 45 In terzo luogo, occorre determinare se a uno Stato membro sia consentito, tenuto conto dell'articolo 19, paragrafo 2, della sesta direttiva, imporre che tale soggetto passivo si riferisca parimenti alla composizione della sua cifra d'affari al fine di identificare, tra le operazioni realizzate, quelle che sono qualificabili come «accessorie».
- 46 A tale riguardo, occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, della sesta direttiva, per stabilire il prorata di cui al paragrafo 1 di tale articolo, non si deve tener conto dell'importo della cifra d'affari relativa alle «operazioni accessorie, immobiliari o finanziarie». Orbene, quest'ultima nozione non è definita dalla sesta direttiva.
- 47 Tuttavia, la Corte ha già precisato che, se è pur vero che l'entità dei redditi provenienti dalle operazioni finanziarie ricomprese nella sfera di applicazione della sesta direttiva può costituire un indizio del fatto che tali operazioni non debbano essere considerate accessorie, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, di tale direttiva, la circostanza che redditi superiori a quelli prodotti dall'attività indicata come principale dall'impresa interessata provengano da tali operazioni non può, di per sé, escludere la qualificazione di queste ultime quali «operazioni accessorie» ai sensi della disposizione medesima (v., in tal senso, sentenza del 29 aprile 2004, EDM, C-77/01, EU:C:2004:243, punto 77).
- 48 Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte risulta che un'attività economica deve essere qualificata come «accessoria», ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, della sesta direttiva qualora essa non costituisca il prolungamento diretto, permanente e necessario dell'attività imponibile dell'impresa e non implichi un impiego significativo di beni e di servizi per i quali l'IVA è dovuta (v., in tal senso, sentenze dell'11 luglio 1996, Régie dauphinoise, C-306/94, EU:C:1996:290, punto 22; del 29 aprile 2004, EDM, C-77/01, EU:C:2004:243, punto 76, e del 29 ottobre 2009, NCC Construction Danmark, C-174/08, EU:C:2009:669, punto 31).

- 49 Pertanto, si deve constatare che la composizione della cifra d'affari del soggetto passivo costituisce un elemento rilevante per determinare se talune operazioni debbano essere considerate come «accessorie», ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, seconda frase, della sesta direttiva, ma che si deve altresì tener conto, a tal fine, del rapporto tra dette operazioni e le attività imponibili di tale soggetto passivo nonché, eventualmente, dell'impiego che esse implicano dei beni e dei servizi per i quali l'IVA è dovuta.
- 50 Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che l'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), e l'articolo 19 della sesta direttiva devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa e a una prassi nazionali, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, che impongono a un soggetto passivo:
- di applicare alla totalità dei beni e dei servizi da esso acquistati un prorata di detrazione basata sulla cifra d'affari, senza prevedere un metodo di calcolo che sia fondato sulla natura e sulla destinazione effettiva di ciascun bene e servizio acquistato e che rifletta oggettivamente la quota di imputazione reale delle spese sostenute a ciascuna delle attività tassate e non tassate; e
 - di riferirsi alla composizione della sua cifra d'affari per l'individuazione delle operazioni qualificabili come «accessorie», a condizione che la valutazione condotta a tal fine tenga conto altresì del rapporto tra dette operazioni e le attività imponibili di tale soggetto passivo nonché, eventualmente, dell'impiego che esse implicano dei beni e dei servizi per i quali l'IVA è dovuta.

Sulle spese

- 51 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

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

L'articolo 17, paragrafo 5, terzo comma, lettera d), e l'articolo 19 della sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa e a una prassi nazionali, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, che impongono a un soggetto passivo:

- **di applicare alla totalità dei beni e dei servizi da esso acquistati un prorata di detrazione basata sulla cifra d'affari, senza prevedere un metodo di calcolo che sia fondato sulla natura e sulla destinazione effettiva di ciascun bene e servizio acquistato e che rifletta oggettivamente la quota di imputazione reale delle spese sostenute a ciascuna delle attività tassate e non tassate; e**
- **di riferirsi alla composizione della sua cifra d'affari per l'individuazione delle operazioni qualificabili come «accessorie», a condizione che la valutazione condotta a tal fine tenga conto altresì del rapporto tra dette operazioni e le attività imponibili di tale soggetto passivo nonché, eventualmente, dell'impiego che esse implicano dei beni e dei servizi per i quali l'imposta sul valore aggiunto è dovuta.**

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 14 dicembre 2016.

CONTENZIOSO NAZIONALE

Brevi note sulla trasmissibilità alla nascita del cognome materno dopo la sentenza della Corte EDU Cusan e Fazzo c. Italia del 7 gennaio 2014, n. 77. Nota a Corte Costituzionale n. 286 del 21 dicembre 2016

Giulia Fabrizi*

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 c.c., 72, comma 1, del R.D. n. 1238 del 1939 e artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 3 novembre 2000, nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno, atteso che siffatta preclusione pregiudica il diritto all'identità personale del minore e, al contempo, costituisce un'irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi, che non trova alcuna giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare. Di conseguenza, ai sensi dell'art. 27 della l. n. 87 del 1953 va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, comma 1, c.c., nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno e dell'art. 299, comma 3, c.c., nella parte in cui non consente ai coniugi, in caso di adozione compiuta da entrambi, di attribuire, di comune accordo, anche il cognome materno al momento dell'adozione.

Con la sentenza in epigrafe (1), la Corte Costituzionale ha operato un primo intervento sul delicato tema dell'attribuzione alla prole anche del cognome materno, al momento della nascita.

Il Giudice delle Leggi, preso atto della lacunosità del vigente sistema norma-

(*) Dottoressa in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato. In tema si rinvia a ROBERTO DE FELICE, *Che cosa è un nome? Brevi appunti sul diritto al nome*, in questa *Rass.*, p. 229 ss.

(1) <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>, pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale*, n. 52 del 28 dicembre 2016.

tivo *in subiecta materia*, più volte denunciata sia in sede comunitaria che nazionale (*infra*), ha iniziato a muoversi in direzione più conforme ai principi ivi sanciti.

La soluzione adottata, invero, nella sua pur pregevole innovazione, non ha avuto quella portata dirompente che avrebbe potuto prospettarsi, configurandosi, piuttosto, come un “ponte” tra vecchio e, auspicabilmente, nuovo.

Il giudizio a quo. Il giudizio di costituzionalità ha preso avvio da un’ordinanza di remissione emessa dalla Corte di Appello di Genova (2).

Nel caso di specie, le parti reclamanti - di nazionalità brasiliana - avevano proposto ricorso innanzi al Tribunale di Genova (3), in composizione collegiale, avverso il rifiuto opposto dall’Ufficiale dello stato civile del Comune di Genova di attribuire al figlio anche il cognome materno. Il Tribunale rigettava il gravame motivando il provvedimento sull’assunto che nell’ordinamento italiano l’attribuzione automatica del cognome paterno al figlio legittimo, seppur non prevista da alcuna specifica disposizione di legge, è desunta da una serie di disposizioni regolatrici diverse, quali gli artt. 237, 262 e 299 cod. civ., l’art. 72 del R.D. n. 1238 del 1939 e gli artt. 33 e 34 del d.P.R. 396 del 2000.

Il Tribunale richiamava la sentenza n. 61 del 2006 (4) con la quale la Consulta aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa alle norme predette, e ribadiva che la richiesta avanzata dalle parti non sarebbe stata conforme neppure alla legislazione brasiliana, nella quale sarebbe stato il cognome paterno a posporre a quello materno (5).

Avverso il provvedimento del Tribunale le parti proponevano reclamo, contestando tutte le motivazioni addotte e precisando che la richiamata sentenza della Corte Costituzionale, pur avendo dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità, aveva qualificato l’attuale sistema di attribuzione del solo cognome paterno “un retaggio del passato, lesivo dei valori costituzionali dell’uguaglianza tra uomo e donna”.

(2) Ordinanza del 26 novembre 2013, n. 31, pubblicata in *G.U. 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale*, n. 13 del 19 marzo 2014.

(3) Trattasi di ricorso *ex art.* 95 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, previsto per la rettificazione di atti dello stato civile, ai sensi del quale, “*Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omissso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell’ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l’ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l’atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l’adempimento. Il procuratore della Repubblica può in ogni tempo promuovere il procedimento di cui al comma 1. L’interessato può comunque richiedere il riconoscimento del diritto al mantenimento del cognome originariamente attribuitogli se questo costituisce ormai autonomo segno distintivo della sua identità personale*”.

(4) V. *infra* nota 13.

(5) Il sistema brasiliano di trasmissione del cognome trova la sua disciplina nella *Lei de Registros Públicos*, n. 6015 del 31 dicembre 1973 e ss.mm.ii., in specie, nell’art. 60, secondo cui “*O registro conterà o nome do pai ou da mãe, ainda que ilegítimos, quando qualquer deles for o declarante.*”

La Corte di Appello, recependo le doglianze dei reclamanti, formulava l'ordinanza di remissione al Giudice delle Leggi (6) sollevando la questione di costituzionalità degli artt. 237, 262 e 299 cod. civ., nonché dell'art. 72 del R.D. n. 1238 del 1939 e degli artt. 33 e 34 del d.P.R. 396 del 2000, in relazione agli artt. 2, 3, 29, comma 2 e 117 della Costituzione.

Il remittente ribadiva che l'attribuzione automatica del cognome paterno al figlio, pur non prevista da una norma specifica, si desumeva dal sistema normativo, in quanto presupposta dagli artt. 237, 262 e 299 cod. civ., nonché dall'art. 72 del R.D. n. 1238 del 1939 e dagli artt. 33 e 34 del d.P.R. 396 del 2000. La citata pronuncia della Corte Costituzionale n. 61 del 2006, pur avendo dichiarato inammissibile la questione relativa alle norme predette, aveva affermato che "l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna". Nel caso di specie, la Consulta aveva ritenuto la questione "esorbitante" rispetto alle sue funzioni, auspicando un intervento risolutore del Legislatore.

Si riscontrava, inoltre, una reiterata violazione degli obblighi derivanti dalla ratifica della *Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna* del 18 dicembre 1979, resa esecutiva in Italia con la legge 14 marzo 1985, n. 132 (7).

Il giudice *a quo* richiamava le due sentenze n. 348 e 349 del 2007 (8) della stessa Corte Costituzionale, nelle quali era stato affrontato il tema concernente l'obbligo del legislatore ordinario, in forza del nuovo art. 117 Cost., comma 1, di rispettare le norme comunitarie di natura convenzionale, qualificate come "norme interposte", con conseguente violazione dell'art. 117 della norma nazionale con le stesse incompatibile. Di tale meccanismo non avrebbe potuto avvalersi la Consulta nel 2006, in quanto la possibilità di utilizzare le norme convenzionali come norme interposte e quindi come parametro di costituzionalità della norma interna sull'attribuzione automatica del cognome paterno al momento della nascita, era sorta solamente a seguito dell'approvazione del nuovo art. 117, comma 1, e della citata interpretazione elaborata dalla Corte Costituzionale.

(6) V. *supra* nota 2.

(7) <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm> in specie, l'art. 16, comma 1, lettera g), ai sensi del quale, "*States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women (...). The same personal rights as husband and wife, including the right to choose a family name, a profession and an occupation*".

(8) Sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, pubblicate in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 42 del 31 novembre 2007.

Il remittente ribadiva che, a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona nel 2008, si era aperta la via all'applicazione diretta delle norme del trattato stesso e al controllo di costituzionalità delle norme interne in relazione a quelle comunitarie. Segnatamente, si menzionavano gli artt. 1-*bis* e 2, in tema di parità tra donne e uomini e di promozione della parità, l'art. 6 in tema di riconoscimento di diritti, libertà e principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000, che prevedeva, inoltre, l'adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, i cui diritti fondamentali costituiscono principi generali del diritto dell'Unione.

Alla luce delle considerazioni suesposte, il giudice *a quo* ribadiva il palese contrasto della disciplina in tema di automatica attribuzione del cognome paterno al momento della nascita con l'art. 2 della Costituzione, in quanto violazione del diritto all'identità personale, che trova il primo ed immediato riscontro nel nome e che identifica il singolo in seno alla collettività, che si estrinseca nel diritto del singolo di vedersi riconosciuti i segni identificativi di entrambi i rami genitoriali, nonché nel diritto della madre di poter trasmettere al figlio il proprio cognome.

In secundis, si riscontrava la violazione dell'art. 3 della Costituzione, quale diritto di uguaglianza e pari dignità sociale dei genitori nei confronti dei figli, dell'art. 29, quale diritto di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, menomato innegabilmente dall'obbligatoria prevalenza del cognome paterno, nonché dell'art. 117, comma 1 - alla luce dell'interpretazione della Consulta nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 -, avendo le norme convenzionali richiamate natura di norme interposte e dunque di parametro di costituzionalità delle norme interne.

L'oggetto del giudizio. Con la sentenza in epigrafe (9) la Corte Costituzionale ha accolto le doglianze "limitate" del giudice *a quo*, pervenendo ad una declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 237, 262 e 299 del codice civile; 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile); e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127) nella parte in cui non prevedono la possibilità per i coniugi, di comune accordo, di attribuire alla prole anche il cognome materno al momento della nascita, recependo, infine, i risalenti e reiterati moniti provenienti sia dalla giurisprudenza comunitaria (10), che da quella nazionale.

(9) V. *supra* nota 1.

(10) Vengono, inoltre, richiamate le raccomandazioni del Consiglio d'Europa 28 aprile 1995, n. 1271 e 18 marzo 1998, n. 1362, nonché la risoluzione 27 settembre 1978, n. 37, relative alla piena realizzazione della uguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome dei figli, nonché alcune

L'attribuzione *ipso jure* alla prole del cognome paterno, è una regola non enunciata *expressis verbis* in alcuna disposizione legislativa, ma espressione di un principio che, oltre ad essere saldamente penetrato nella coscienza sociale, affonda le proprie radici nel sistema (11), tanto da poter agevolmente, seppur implicitamente, essere colto in numerose disposizioni legislative (12), tra cui quelle poste all'esame della Consulta.

I precedenti costituzionali. La Corte richiama due pregresse pronunce (13) in cui analoga questione era stata prospettata e, sebbene non risolta in ragione della inammissibilità dei rispettivi ricorsi, aveva in essi svolto alcune considerazioni sul *favor* verso un criterio di attribuzione del nome distintivo dei membri della famiglia che fosse più rispettoso della uguaglianza morale e dell'autonomia dei coniugi.

Già nell'ordinanza n. 176 del 1988, la Corte auspicava che il Legislatore elaborasse un criterio di attribuzione "originaria" del cognome alla nascita che meglio garantisse e tutelasse il dettato dell'art. 29 Cost., posto a presidio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, affermando che "*Sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall'art. 29 Cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro; che, peraltro, siffatta innovazione normativa, per la quale è stato presentato già nelle passate legislature e riproposto in quella in corso un disegno di legge di iniziativa parlamentare, e una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza esclusiva del "conditor iuris" (14).*

pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul genere nella scelta del cognome: sentenze 16 febbraio 2005, *Unal Tekeli contro Turchia*; 24 ottobre 1994, *Stjerna contro Finlandia*; 24 gennaio 1994, *Burghartz contro Svizzera*, (vedi *infra*).

(11) PACINI, *Una consuetudine secolare da rivedere*, in *Giur. merito*, 1985, 1243 ss., nel senso di una consuetudine ormai *contra legem*; nello stesso senso, PROSPERI, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e la trasmissione del cognome ai figli*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 841 ss. Di contro, CARRARO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, sub art. 262, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. IV, 686, rileva che una tale "consuetudine" sia invece conforme al dettato dell'art. 29 Cost.

(12) Secondo parte della dottrina, SANTORO PASSARELLI, *Diritti e doveri dei coniugi*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di CIAN, OPPO, TRABUCCHI, 1992 la regola dell'attribuzione *ipso jure* alla prole del cognome paterno risponde all'esigenza di assicurare l'unità del nucleo familiare: "*L'assunzione del cognome dei figli legittimi è parsa così inerente al principio dell'unità, che non si trova disposta testualmente nel codice*". Nello stesso senso, CATTANEO, *Il cognome della moglie e dei figli*, in *Riv. Dir. Civ.* 1997, 1, pag. 63 e ss.

(13) Corte Cost. ord. n. 176 dell'11 febbraio 1988, pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 8 del 24 febbraio 1988; Corte Cost. sent. n. 61 del 16 febbraio 2006 pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 8 del 22 febbraio 2006.

(14) Nel caso di specie, nel corso di un procedimento di rettificazione di un atto di nascita, in-

A distanza di ben diciotto anni, nella sentenza n. 61 del 2006, si rilevava, alla luce dell'immutato quadro normativo, come il sistema vigente costituisse ormai retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, per nulla confacente all'evoluzione dell'ordinamento vigente e del rapporto tra coniugi all'interno del nucleo familiare: *“Tuttavia, l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte. Ed infatti, nonostante l'attenzione prestata dal collegio rimettente a circoscrivere il petitum, limitato alla richiesta di esclusione dell'automatismo della attribuzione al figlio del cognome paterno nelle sole ipotesi in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde diversa volontà, viene comunque lasciata aperta tutta una serie di opzioni, che vanno da quella di rimettere la scelta del cognome esclusivamente a detta volontà - con la conseguente necessità di stabilire i criteri cui l'ufficiale dello stato civile dovrebbe attenersi in caso di mancato accordo - ovvero di consentire ai coniugi che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida, a quella di richiedere che la scelta dei coniugi debba avvenire una sola volta, con effetto per tutti i figli, ovvero debba essere espressa all'atto della nascita di ciascuno di essi. Del resto, la stessa eterogeneità delle soluzioni offerte dai diversi disegni di legge presentati in materia nel corso della XIV legislatura (v., tra gli altri, disegno di legge n. 1739-S., che prevede che ai figli legittimi nati in costanza di matrimonio sia attribuito il cognome di entrambi i genitori, e che sia riportato per primo quello del padre, ed inoltre che il figlio naturale assuma il doppio cognome di chi lo ha riconosciuto; disegno di legge n. 1454-S., secondo il quale, all'atto della registrazione del figlio, l'ufficiale di stato civile, sentiti i genitori, attribuisca al neonato il cognome del padre, ovvero quello della madre, ovvero entrambi nell'ordine determinato di comune accordo tra i genitori stessi, e, in caso di mancato accordo, i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico; disegno di legge n. 3133-S., che, dopo aver disposto che il cognome parentale è composto dal primo cognome di ciascuno dei genitori, prevede, quanto all'ordine dei cognomi stessi, che, nel*

staurato dai coniugi X e Y in conseguenza del rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile di Mezzolombardo alla loro richiesta congiunta di imporre al figlio Z. entrambi i loro cognomi, il tribunale di Trento, con ordinanza del 7 maggio 1987 (ord. n. 311 del 1987), aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 71 del R.D. 9 luglio 1939, n. 1238, dell'art. 72, ultimo comma, del R.D. 9 luglio 1939, n. 1238 e dell'art. 73 del R.D. 9 luglio 1939, n. 1238 sull'ordinamento dello stato civile, nella parte in cui "non prevedono e consentono ai genitori la facoltà di determinare anche il cognome da attribuire al proprio figlio legittimo mediante l'imposizione di entrambi i loro cognomi, e in quanto non prevedono il diritto di quest'ultimo di assumere anche il cognome materno". Si deduceva che le disposizioni denunziate, in quanto presupponevano una norma - implicita nel sistema del codice civile - che attribuiva ai figli legittimi esclusivamente il cognome paterno, erano reputate dal giudice remittente in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 30 *Cost.*, perché avrebbero violato il diritto del figlio all'identità personale, il principio di uguaglianza dei cittadini in generale e il principio di uguaglianza dei coniugi in particolare, nonché, infine, anche i diritti dei membri della famiglia legittima in rapporto al trattamento previsto per i figli naturali dall'art. 262, comma secondo, cod. civ.

corso della celebrazione del matrimonio, gli sposi, con dichiarazione resa davanti all'ufficiale dello stato civile, stabiliscono se il primo cognome della madre preceda quello del padre o viceversa, e che, in assenza di manifestazioni di volontà, il cognome parentale è composto dal primo cognome del padre e dal primo cognome della madre) testimonia la pluralità delle opzioni prospettabili, la scelta tra le quali non può che essere rimessa al legislatore. Per tali ragioni, e tenuto conto del vuoto di regole che determinerebbe una caducazione della disciplina denunciata, non è ipotizzabile, come adombrato nella ordinanza di rimessione, nemmeno una pronuncia che, accogliendo la questione di costituzionalità, demandi ad un futuro intervento del legislatore la successiva regolamentazione organica della materia” (15).

In quella sede il Giudice della Legge, pur non potendo entrare nel merito della questione, in quanto avrebbe posto in essere un'operazione esorbitante le sue funzioni che avrebbe parimenti lasciato un vuoto di tutela colmabile unicamente dall'attività normativa, assumeva indubbiamente un atteggiamento più critico nei confronti di un sistema che, conforme all'ideologia a cui era ispirato il codice civile nel 1942, si prestava ormai a censure di anacronismo e di non rispondenza all'evoluzione dell'ordinamento.

Nella sentenza in commento la Corte redarguisce l'operato, anzi il non operato del legislatore, evidenziando come, anche a distanza di un notevole lasso temporale, alcun intervento legislativo sull'attribuzione originaria del cognome al momento della nascita fosse stato attuato (16). L'unico risultato concreto, rappresentato dalla disciplina sul cambiamento di cognome - abrogazione degli artt. 84, 85, 86, 87, 88 del d.P.R. n. 396 del 2000 e modifica dell'art. 89 ad opera del d.P.R. 13 marzo 2012, n. 54 - non aveva attinto la disciplina dell'attribuzione originaria del cognome (17), considerato uno dei

(15) Nel caso di specie, la Corte di cassazione, I Sez. civile, chiamata a decidere sul ricorso proposto nei confronti della sentenza della Corte d'appello di Milano con la quale si confermava la decisione del Tribunale di Milano di rigetto della domanda dei coniugi C.A. e F.L. diretta ad ottenere la rettifica dell'atto di nascita della propria figlia minore nel senso che le fosse imposto il cognome materno in luogo di quello paterno, risultante dall'atto formato dall'ufficiale dello stato civile, in contrasto con la volontà espressa dal padre al momento della dichiarazione di nascita, con ordinanza del 17 luglio 2004, aveva sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29, secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli artt. 143-bis, 236, 237, secondo comma, 262, 299, terzo comma, del codice civile, 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), nella parte in cui prevedono che il figlio legittimo acquisti automaticamente il cognome del padre anche quando vi sia in proposito una diversa volontà dei coniugi, legittimamente manifestata.

(16) Neppure il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*), con cui il legislatore aveva posto le basi per la completa equiparazione della disciplina dello *status* di figlio legittimo, figlio naturale e figlio adottato, riconoscendo l'unicità dello *status* di figlio, era riuscito a scalfire la norma censurata.

(17) L'art. 89 del d.P.R. n. 396 del 2000, modificato dall'art. 2, comma 1, del d.P.R. 13 marzo 2012, n. 54, così recita: “*Salvo quanto disposto per le rettificazioni, chiunque vuole cambiare il nome o aggiungere al proprio un altro nome ovvero vuole cambiare il cognome, anche perché ridicolo o ver-*

corollari del diritto alla identità personale nonché segno distintivo della personalità, tanto del minore, quanto della madre (18).

La rilevanza costituzionale del diritto al nome. Violazione dell'articolo 2 Cost. Il primo profilo di illegittimità costituzionale viene rinvenuto dalla Consulta in una totale distonia delle norme *de quibus* rispetto alla piena garanzia del diritto all'identità personale (19) come aspetto della rilevanza costituzionale che la persona vede garantito dall'art. 2 della Costituzione (20).

gognoso o perché rivela l'origine naturale o aggiungere al proprio un altro cognome, deve farne domanda al prefetto della provincia del luogo di residenza o di quello nella cui circoscrizione è situato l'ufficio dello stato civile dove si trova l'atto di nascita al quale la richiesta si riferisce. Nella domanda l'istante deve esporre le ragioni a fondamento della richiesta. 2. Nella domanda si deve indicare la modificazione che si vuole apportare al nome o al cognome oppure il nome o il cognome che si intende assumere. 3. In nessun caso può essere richiesta l'attribuzione di cognomi di importanza storica o comunque tali da indurre in errore circa l'appartenenza del richiedente a famiglie illustri o particolarmente note nel luogo in cui si trova l'atto di nascita del richiedente o nel luogo di sua residenza".

(18) V. nota 27

(19) Una delle prime teorie dottrinali in materia, STOLFI, *I segni di distinzione personale*, 1905, 85 ss., costruiva il diritto al nome secondo lo schema del diritto di proprietà (sul nome), al fine di affermarne l'invulnerabilità, inalienabilità e imprescrittibilità. Per altri, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1977, 50-51, il diritto al nome doveva essere inquadrato in uno schema prettamente pubblicistico, al fine di distinguere i consociati l'uno dall'altro, per esigenze di ordine pubblico. La dottrina dominante ha da tempo superato sia la concezione del *dominium*, che quella pubblicistica, mettendo in luce come il diritto al nome ex art. 6 cod. civ. avesse natura di diritto soggettivo personale, espressivo dell'identità personale del singolo individuo e come tale essenziale, imprescrittibile, irrinunciabile, indisponibile. BESSONE e FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)* in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, 193-223; MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, 1984, 46-51, secondo cui "vi sono diritti a struttura complessa, che presentano caratteri tali da sfuggire a qualsiasi elementare classificazione in termini di ciò che è fisico e di ciò che è morale. E il diritto al nome ne costituisce un chiaro esempio. Esso infatti designa la persona umana nel suo complesso". DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* 1982, "Il nome è strettamente inerente alla persona che appresenta ed individua in sé medesima e nelle sue azioni (...) Per mezzo di quel segno distintivo che è il nome, si realizza il bene dell'identità, consistente nel distinguersi nei rapporti sociali dalle altre persone, risultando per chi si è realmente (...). BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, 1990, 175, secondo cui "Il diritto al nome tutela un interesse che è reputato essenziale della persona". NIVARRA L., RICCIUTO V. e SCOGNAMIGLIO C., *Diritto privato, I diritti della persona*, in *Foro Italiano*, "Inteso come diritto della persona, il nome non ha più finalità meramente identificativa ispirata ad un'elementare esigenza di ordine pubblico: esso assume la qualità di attributo fondamentale del soggetto; è espressione in grado di riassumere e riferire qualità e caratteri a quel determinato soggetto; diviene elemento attraverso il quale il singolo può agire e distinguersi dalla massa indefinita degli altri consociati".

(20) In dottrina si sono fronteggiati due opposti orientamenti sull'oggetto dei diritti della personalità. I fautori della concezione monista, FRANCESCHELLI, *Il diritto alla riservatezza*, 1960, Napoli, sostengono la sussistenza di un unico diritto della personalità, che sintetizza tutte le diverse forme e gli interessi in cui lo stesso può manifestarsi; per contro, i sostenitori della concezione pluralista, DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* 1982, affermano che il nostro ordinamento tutela la persona nella misura in cui sia possibile determinare distinte situazioni giuridiche meritevoli di tutela, ossia diversi diritti della personalità. La Suprema Corte, in un primo tempo oscillante tra le due opposte teorie, ha da tempo aderito alla tesi monista, affermando in Cass. civ., 9 febbraio 1996, n. 978, che "L'identità personale è venuta emergendo, nella più recente elaborazione giurisprudenziale, come bene - valore costituito dalla proiezione sociale della personalità dell'individuo, cui si correla un interesse

In accordo a precedenti pronunce (21), la Corte ribadisce che il diritto al nome, al quale è accordata una valenza sia privatistica - ex art. 6 cod. civ. - che pubblicistica, rappresenta una delle estrinsecazioni del valore dell'identità della persona (22), proiettato, *in subiecta materia*, nell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare. Orbene, i criteri attributivi del cognome al minore non possono non influire sull'ampiezza riconosciuta dall'ordinamento al valore *de quo*.

Tale legame indissolubile, invero, era stato riconosciuto nella sentenza n. 297 del 1996, ove la Consulta, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 262 cod. civ. laddove non prevedeva che il figlio naturale, nell'assumere il cognome del genitore che lo aveva riconosciuto, potesse ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere, antepoendolo o aggiungendolo, il cognome precedentemente attribuitogli con atto formalmente legittimo, aveva qualificato il diritto al nome come "segno distintivo della identità personale" idoneo a determinare una corrispondenza tra soggetto e nome (23).

del soggetto ad essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, a non vedere quindi, all'esterno, modificato, offuscato o comunque alterato il proprio patrimonio intellettuale, ideologico, etico, professionale (ecc.) quale già estrinsecatosi o destinato, comunque, ad estrinsecarsi, nell'ambiente sociale, secondo indici di previsione costituiti da circostanze obiettive ed univoche. La specificità di tale interesse ("ad essere se stesso") è stata anche colta in parallelo od in contrappunto ad altri interessi ad esso contermini o collegati come l'interesse ai segni distintivi (nome, pseudonimo), che identificano nell'attuale ordinamento il soggetto sul piano dell'esistenza materiale e della condizione civile; (...) Quest'ultima puntualizzazione che presuppone l'adesione ad una concezione "monistica" dei diritti della personalità (da questa Corte, del resto, già sostanzialmente anticipata nella citata sent. n. 990 del 1963) aiuta anche a definire, senza perplessità, in termini di diritto soggettivo perfetto, la struttura della situazione soggettiva considerata. E consente, nel contempo, di individuare con maggiore risolutezza (superando le riserve affioranti in qualche tratto della motivazione della pure già citata sentenza n. 3769 del 1985) il correlativo fondamento giuridico, ancorandolo direttamente all'art. 2 della Costituzione (Cfr., implicitamente su questa linea, anche Corte Cost. n. 13 del 1994); inteso tale precetto nella sua più ampia dimensione di clausola generale, "aperta" all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile, per ciò appunto, di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela del "pieno sviluppo della persona umana", di cui al successivo art. 3 della Costituzione".

(21) Corte Cost. n. 297 del 23 luglio 1996, pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 31 del 31 luglio 1996; Corte Cost. 268 del 24 giugno 2002, pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 26 del 3 luglio 2002.

(22) Secondo DE CUPIS, *Nome e cognome*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, 1965, 300, "il nome è strettamente inerente alla persona che appresenta ed individua in se medesima e nelle sue azioni (...) Per mezzo di quel segno distintivo che è il nome, si realizza il bene dell'identità, consistente nel distinguersi nei rapporti sociali dalle altre persone, risultando per chi si è realmente (...)".

(23) Nel caso di specie con ordinanza del 15 gennaio 1996 il Tribunale di Salerno - adito con ricorso diretto ad ottenere l'accertamento del diritto di un figlio naturale di anteporre al cognome, derivatogli dall'(unico) riconoscimento della madre naturale intervenuto oltre quaranta anni dopo il parto, il precedente cognome attribuito dall'ufficiale di stato civile - aveva sollevato questione incidentale di legittimità costituzionale dell'art. 262 del codice civile in riferimento all'art. 2 della Costituzione, nella parte in cui non prevedeva che il figlio naturale, assumendo il cognome del genitore che per primo lo aveva riconosciuto, avesse diritto di mantenere il cognome originariamente attribuitogli ove questo fosse ormai da ritenersi segno distintivo della sua identità personale.

In particolare il tribunale rimettente osservava che, tra i diritti che formano il patrimonio irrettrattabile

Analogamente, nella sentenza n. 268 del 2002, si ribadiva che “costituisce principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte quello per cui il cognome è una "parte essenziale ed irrinunciabile della personalità" che, per tale ragione, gode di tutela di rilievo costituzionale in quanto "costituisce il primo ed immediato elemento che caratterizza l'identità personale"; esso è quindi riconosciuto come un "bene oggetto di autonomo diritto dall'art. 2 Cost." e costituisce oggetto di un "tipico diritto fondamentale della persona umana" - sentenze n. 13 del 1994, n. 297 del 1996 e, da ultimo, sentenza n. 120 del 2001” (24).

Nel caso di specie, la Corte aveva ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 - *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* -, nella parte in cui, rinviando all'art. 299 del codice civile per l'attribuzione del cognome al minore adottato in casi particolari, non consentiva che il minore, o i suoi legali rappresentanti, o gli adottanti potessero ottenere, sempre nell'interesse del minore, che questi mantenesse il suo precedente cognome, ovvero lo anteponesse o lo aggiungesse a quello dell'adottante, o ancora sostituisse il cognome dell'adottante al suo (25).

Si riteneva, invero, che si trattasse di una disposizione rispettosa della personalità del minore e non discriminatoria; l'attribuzione del doppio cognome era idonea a significare l'avvenuto inserimento del minore nel nuovo nucleo familiare, senza che nel contempo venisse imposta la perdita del cognome con il quale egli era conosciuto nei diversi ambienti che frequentava e dei legami con la famiglia di origine.

La conclusione raggiunta dalla Corte nella sentenza in commento rappre-

della persona umana, l'art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale, primo e più immediato elemento della quale è proprio il nome, sicché sussisteva un'autonoma esigenza di protezione dell'interesse alla conservazione del cognome, attribuito con atto formalmente legittimo, in presenza di una situazione nella quale con quel cognome la persona sia ormai individuata e conosciuta nell'ambiente ove vive.

(24) Corte Cost. n. 13 del 3 febbraio 1994, pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 7 del 9 febbraio 1994; Corte Cost. n. 297 del 18 luglio 1996, pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 31 del 31 luglio 1996; Corte Cost. n. 120 dell'11 maggio 2001, pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 19 del 16 maggio 2001.

(25) Nel caso di specie, la Corte d'appello di Torino - sezione per i minorenni, con ordinanza emessa il 20 novembre 2000, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, secondo comma, 30, terzo comma, e 31, secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*), nella parte in cui, rinviando all'art. 299 del codice civile per l'attribuzione del cognome al minore adottato in casi particolari, non consente che il minore, o i suoi legali rappresentanti, o gli adottanti possano ottenere, sempre nell'interesse del minore, che questi mantenga il suo precedente cognome, ovvero lo anteponga o lo aggiunga a quello dell'adottante, o ancora sostituisca il cognome dell'adottante al suo.

La Corte rimettente era investita dell'esame di un reclamo avverso un provvedimento del tribunale per i minorenni che aveva dichiarato inammissibile un'istanza con la quale si chiedeva l'attribuzione ad un minore, adottato ai sensi dell'art. 44, lettera b), della legge n. 184 del 1983, del solo cognome dell'adottante (nella fattispecie, il coniuge della madre), con la conseguente sostituzione del suo cognome originario.

sentata, dunque, l'esito naturale di un processo argomentativo che da tempo aveva preso piede.

Ad avvalorare le susesposte considerazioni, si richiama la recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cusan e Fazzo* contro Italia del 7 gennaio 2014, n. 77/07 (26), in cui, in un caso analogo a quello del giudizio *a quo*, l'impossibilità per i genitori di attribuire al figlio, alla nascita, il cognome della madre, mediante apposita richiesta di iscrizione nei registri dello stato civile, anziché quello del padre, veniva ritenuta lesiva dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della CEDU. La Corte condannava e ammoniva, pertanto, l'ordinamento italiano a colmare tale lacuna legislativa che, da un lato impediva la piena ed effettiva realizzazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori, e dall'altro impediva il riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale. Anzi, la Corte EDU riteneva la disciplina in esame fortemente discriminatoria nei confronti della madre, alla quale era preclusa in ogni modo, anche con l'assenso del coniuge, la possibilità di trasmettere *ab origine* al figlio il segno distintivo del proprio gruppo familiare. Si affermava che *“La regola secondo la quale i «figli legittimi» si vedono attribuire alla nascita il cognome del padre risulta, mediante adeguata interpretazione, dal combinato disposto di un certo numero di articoli del codice civile. La legislazione interna non prevede alcuna eccezione a tale regola. È vero, come sottolinea il Governo, che l'articolo 84 del decreto del Presidente della Repubblica n. 396 del 2000 prevede la possibilità di un cambiamento del cognome e che, nel caso di specie, il prefetto di Milano ha autorizzato i ricorrenti a completare il cognome di Maddalena con l'aggiunta di un altro cognome (quello della madre). Tuttavia, occorre distinguere la determinazione del cognome alla nascita dalla possibilità di cambiare il cognome nel corso della vita. Al riguardo, la Corte rinvia alle considerazioni da essa esposte nell'ambito dell'eccezione del Governo relativa alla perdita, da parte dei ricorrenti, della qualità di vittime. Alla luce di quanto precede, la Corte è del parere che, nell'ambito della determinazione del cognome da attribuire al «figlio legittimo», persone che si trovavano in situazioni simili, vale a dire il ricorrente e la ricorrente, rispettivamente padre e madre del bambino, siano stati trattati in maniera diversa. Infatti, a differenza del padre, la madre non ha potuto ottenere l'attribuzione del suo cognome al neonato, e ciò nonostante il consenso del coniuge”* (27).

(26) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122470>.

(27) Nel caso di specie, i ricorrenti presentarono dinanzi al tribunale di Milano un ricorso contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di iscrizione della figlia con il nome della madre, sostenendo che

non vi fosse alcuna disposizione del diritto italiano che lo impedisse. Il tribunale di Milano respinse il ricorso dei ricorrenti osservando che, benché nessuna disposizione di legge imponesse di iscrivere un figlio nato da una coppia sposata con il cognome del padre, tale regola corrispondeva a un principio ben radicato nella coscienza sociale e nella storia italiana. Il tribunale riteneva inoltre superflua la questione dell'esistenza o meno di una disposizione di legge esplicita, osservando in effetti che, ai sensi del vecchio articolo 144 del codice civile («il CC»), la donna sposata adottava il cognome del marito, e che i figli potevano essere iscritti solo con tale cognome; esso era di fatto comune ai coniugi, anche se, successivamente, l'articolo 143 *bis* del CC aveva previsto che il cognome del marito potesse essere semplicemente aggiunto a quello della moglie. I ricorrenti proposero appello, ma la corte d'appello di Milano confermò la sentenza di primo grado osservando che la Corte costituzionale aveva affermato più volte (ordinanze nn. 176 del 28 gennaio 1988 e 586 dell'11 maggio 1988) che la mancata previsione della possibilità, per la madre, di trasmettere il proprio cognome ai «figli legittimi» non violava l'articolo 29 (matrimonio ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi) né l'articolo 3 (eguaglianza dei cittadini davanti alla legge) della Costituzione. Essa osservò che la Corte costituzionale aveva indicato che spettava al legislatore decidere sull'opportunità di introdurre un sistema diverso di attribuzione del cognome e che almeno sei disegni o proposte di legge erano all'epoca all'esame del Parlamento. Ciò dimostrava a suo avviso che la regola non scritta di attribuzione del cognome era ancora in vigore; la giurisprudenza del resto non ne aveva messo in dubbio l'esistenza. I ricorrenti presentarono ricorso per cassazione, la quale, con ordinanza del 26 febbraio 2004, depositata in cancelleria il 17 luglio 2004, ritenne la questione incidentale della legittimità costituzionale della regola che attribuisce ai «figli legittimi» il cognome del padre rilevante e non manifestamente infondata; di conseguenza, sospese il procedimento e ordinò la trasmissione del fascicolo alla Corte costituzionale.

Nella motivazione dell'ordinanza, la Corte di cassazione precisò che la regola in questione non era una norma consuetudinaria, ma risultava dall'interpretazione di alcuni articoli del CC. Con sentenza (n. 6) del 16 febbraio 2006, la Corte costituzionale dichiarò inammissibile la questione di legittimità costituzionale.

Nella motivazione, la Corte costituzionale ritenne che il sistema in vigore di attribuzione del cognome fosse retaggio di una concezione patriarcale della famiglia e della potestà maritale che affondava le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico e non era più coerente con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna. Inoltre, la Corte rilevò che l'articolo 16, comma 1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (ratificata con legge 14 marzo 1985, n. 132) impegnava gli Stati contraenti ad adottare tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti famigliari e, in particolare, ad assicurare gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome.

Essa rilevò in effetti che veniva lasciata aperta tutta una serie di opzioni, ossia: 1) se la scelta del cognome dipendesse esclusivamente dalla volontà dei coniugi; 2) se ai coniugi fosse consentito derogare alla regola; 3) se la scelta dei coniugi dovesse avvenire una sola volta con effetto per tutti i loro figli o dovesse essere espressa all'atto della nascita di ciascuno di essi. La Corte costituzionale osservò che i disegni di legge (nn. 1739-S, 1454 S e 3133-S) presentati nel corso della XIV legislatura testimoniavano la pluralità delle opzioni prospettabili, la scelta tra le quali non poteva che essere rimessa al legislatore. Ritenne anche che una dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni interne pertinenti avrebbe determinato un vuoto giuridico. Con sentenza del 29 maggio 2006, depositata in cancelleria il 16 luglio 2006, la Corte di cassazione prese atto della decisione della Corte costituzionale e respinse il ricorso dei ricorrenti. Nella motivazione essa sottolineò che la norma denunciata dai ricorrenti era retaggio di una concezione patriarcale della famiglia non in sintonia con le fonti sopranazionali, ma che spettava comunque al legislatore ridisegnarla in senso costituzionalmente adeguato.

Successivamente i ricorrenti domandarono al Ministro dell'Interno di essere autorizzati a far completare il cognome dei loro «figli legittimi» aggiungendo il cognome «Cusan». Essi spiegavano che con ciò desideravano permettere ai figli di identificarsi nel patrimonio morale del loro nonno materno - deceduto nel 2011 - che, secondo loro, era stato un filantropo; poiché il fratello della ricorrente non aveva avuto discendenti, essi precisavano che il cognome «Cusan» poteva perpetuarsi soltanto passando ai figli di Alessandra Cusan. Il prefetto di Milano li autorizzò al cambiamento di cognome. Nonostante l'assenso prefettizio i ricorrenti hanno deciso di proseguire il loro ricorso dinanzi alla Corte, osservando che il

La disciplina vigente nel sistema giuridico priva, dunque, il minore del diritto ad essere identificato, sin dalla nascita anche attraverso il cognome materno, a nulla rilevando, proprio perché afferente ad ambiti differenti, la possibilità per lo stesso di cambiare il proprio cognome durante il corso della vita (28).

Violazione degli artt. 3 e 29 Cost. Accogliendo le ulteriori doglianze avanzate dal giudice remittente (29), il Giudice delle Leggi rileva come il criterio della prevalenza del cognome paterno, comporti inevitabilmente una ingiustificata violazione del principio di uguaglianza dei coniugi, non trovando fondamento né nell'art. 3 della Costituzione, né nella "*finalità di salvaguardia dell'unità familiare*", sancita nell'art. 29.

Anzi, la Corte evidenzia come proprio tale finalità di salvaguardia, sebbene possa giustificare talune ipotesi di disparità di trattamento dei coniugi, non faccia che essere così ripetutamente mortificata dalla disciplina vigente, che, impedendo che la madre possa alla nascita trasmettere il proprio cognome al figlio, spezza quell'unità familiare che, sia il dettato costituzionale, che la disciplina del codice civile intendono tutelare (30).

Già in una risalente pronuncia - Corte Cost. n. 133 del 1970 (31) - si era, invero, affermato lo stretto legame tra uguaglianza tra i coniugi e unità familiare, evidenziando come la prima fosse posta a garanzia della seconda. La

decreto del Prefetto è stato emesso all'esito di un procedimento amministrativo, e non giudiziario, e che non sono stati autorizzati a dare alla loro figlia soltanto il cognome della madre, come avevano domandato al tribunale di Milano.

(28) Dopo questa condanna dell'Italia, alla Camera dei deputati sono stati presentati alcuni disegni di legge (A.C. 360 e A.C. 1943) tra cui uno di iniziativa del Governo dell'epoca, firmato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri della giustizia e degli esteri nel febbraio 2014 (A.C. 2123 del 21 febbraio 2014) in materia di cognomi dei figli.

Al termine di vivaci discussioni, unificato il testo del disegno di legge, la Camera propose l'introduzione, nel vigente codice civile, dell'art. 144 *quater* in cui si afferma che i genitori coniugati possono attribuire all'atto della dichiarazione di nascita il cognome del padre o quello della madre o di entrambi nell'ordine concordato, o in caso di mancato accordo in ordine alfabetico. Il figlio con entrambi i cognomi, divenuto padre può trasmetterne al proprio figlio soltanto uno a sua scelta. La Camera approvò il disegno di legge il 24 settembre 2014 e il 26 settembre 2014 lo trasmise al Senato dove diventò il D.D.L. S. 1628 e si aggiunse ad un precedente D.D.L. n. 1363 del 12 marzo 2014 presentato subito dopo la sentenza della Cedu. Purtroppo al Senato, come si evince dal "fascicolo iter" aggiornato al 19 dicembre 2016, il testo è fermo da oltre due anni, anche se la commissione permanente Giustizia si è riunita più volte (maggio, giugno, settembre, ottobre e novembre 2016). L'ultima riunione si è tenuta il 2 novembre 2016.

(29) Nell'ordinanza di remissione della Corte d'Appello di Genova, n. 31 del 2014, si affermava quanto segue: "*Tale disciplina si trova in palese contrasto con l'art. 3, come violazione del diritto di uguaglianza e pari dignità sociale dei genitori nei confronti dei figli, con l'art. 29 comma 2, come violazione del diritto di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, che non si pone in contrasto con l'esigenza di tutela dell'unità familiare, non potendosi ragionevolmente giustificare con quest'ultima l'obbligatoria prevalenza del cognome paterno*".

(30) L'art. 143, 1 co., cod. civ. dispone che "*Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri*".

(31) Corte Cost. n. 133 del 24 giugno 1970, pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 177 del 15 luglio 1970.

Corte ritenne “*che siffatta disparità di trattamento non trovi giustificazione in funzione dell'unità familiare. Si può, anzi, affermare che, quando si tratti dei rapporti patrimoniali fra i coniugi, è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo. Certo è, in verità, che, per quanti sforzi si facciano, l'obbligo del marito di mantenere la moglie se questa disponga di mezzi sufficienti o più che sufficienti in nessun modo riesce ad apparire come strumento necessario all'unità della famiglia: la quale, al contrario, si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità*” (32).

Le parole della Corte risultano ancor di maggior pregio se si considera che, all'epoca della pronuncia, la riforma del diritto di famiglia era ancora inattuata, ma desta, al contrario, notevoli perplessità la circostanza per la quale ad oggi, quasi 50 anni dopo, a fronte di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti tra coniugi, esse perdurino nella loro attualità.

Rilievi critici e problematiche aperte. Seppur conclusiva della sentenza in commento, non può tralasciarsi l'ultima incisiva, anzi lapidaria, affermazione della Corte che, nel delimitare nuovamente la *quaestio* affrontata, ribadisce, quasi *ad abundantiā*, che la dichiarazione di incostituzionalità delle norme *de quibus* investe unicamente la trasmissibilità anche del cognome materno al momento della nascita - le modalità attuative dovranno, peraltro, essere accuratamente disciplinate - in presenza di accordo dei genitori: in assenza di tale comune volontà residuerebbe, pertanto, la generale previsione dell'attribuzione *ipso jure* del solo cognome paterno, destinata a disciplinare organicamente la materia fino a quando non interverrà una nuova regolamentazione normativa onnicomprensiva (33).

(32) Quattro ordinanze del tribunale di Udine (17 ottobre 1968), della Corte di appello di Roma (21 dicembre 1968 e 8 gennaio 1969) e della Corte di appello di Genova (9 gennaio 1969) proponevano una questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 156, primo comma, in relazione all'art. 145 del codice civile, nella parte relativa agli obblighi patrimoniali che nei confronti del coniuge incolpevole gravavano sul coniuge per colpa del quale fosse stata pronunciata la separazione personale.

Le ordinanze mettevano in rilievo che dalla disposizione impugnata derivava un trattamento più sfavorevole per il marito colpevole della separazione, tenuto a somministrare alla moglie incolpevole tutto ciò che fosse necessario ai bisogni della vita indipendentemente dalle condizioni economiche di lei, e più favorevole per la moglie in colpa, che al mantenimento del marito incolpevole era tenuta solo se egli non avesse mezzi sufficienti: siffatta disparità - concludevano le ordinanze avrebbe violato gli artt. 3 e 29 della Costituzione, non essendo possibile giustificarla in funzione di quella unità della famiglia che con la separazione era venuta meno.

(33) Critiche alla pronuncia sono svolte da CASARUBI, “*La corte costituzionale apre al cognome materno, ma restano molte questioni irrisolte* (Nota a Corte Cost., 21 dicembre 2016, n. 286, M.M., in *Foro it.*, Rep. 2017, secondo cui “*Qual è il cognome che, su accordo dei coniugi/genitori, si può imporre al figlio? Solo quello della madre, invece di quello del padre, ovvero quello della madre in aggiunta a quello del padre, ed in quale ordine? La sentenza è ambigua, richiamando, anche in dispositivo, la possibilità di trasmettere «anche» il cognome materno, parola che sembra avere il valore di congiunzione. Se così fosse, tuttavia, la portata della decisione ne risulterebbe diminuita (non senza profili discrimi-*

Si rileva, altresì, come la sentenza in epigrafe abbia tutt'altro che recepito il *dictum* della Corte Europea del 2014. Invero, avrebbe potuto dichiarare in-costituzionale il complesso di norme (34) per violazione dell'art. 46 della CEDU (35) e 117, 1 co. Cost., in forza di *Cusan e Fazzo*, in cui il consenso del coniuge è un *obiter* che rafforza il principio di diritto ivi affermato che non lice discriminare la madre nella trasmissione del cognome (36). L'espres-

natori), in quanto - a tutto voler concedere, e sempre che vi sia accordo tra i genitori - il cognome materno può essere sì imposto, ma mai da solo (a differenza di quello paterno) e, piuttosto, in aggiunta (anticipato o posticipato) all'altro. La motivazione, sul punto, non è di aiuto; nondimeno, ritengo - proprio perché la pronuncia si fonda sull'eguaglianza dei coniugi/genitori (art. 3 e 29 Cost.) - che, in caso di accordo, può scegliersi il cognome materno anche in via esclusiva ovvero in aggiunta a quello paterno, nell'ordine prescelto dai genitori stessi.

Quale è il momento in cui la scelta del cognome va effettuata, ovvero oltre il quale non è più possibile (con imposizione, quindi, del cognome paterno)? Le principali disposizioni di riferimento, gli art. 29 e 30 d.p.r. 396/00, sono del tutto inadeguate; in particolare, si ricordi che, alla stregua della seconda, la dichiarazione di nascita, propedeutica alla formazione dell'atto di nascita, può essere effettuata anche da uno solo dei genitori. È comunque verosimile che - nel termine per la dichiarazione in oggetto (dieci giorni dalla nascita) - i genitori dovranno contestualmente dichiarare all'ufficiale di stato civile la loro concorde scelta per il cognome materno (nel senso sopra indicato), in deroga al criterio legale di attribuzione del cognome paterno. La scelta dei coniugi/genitori deve avvenire una sola volta, con effetto per tutti i figli, ovvero deve essere espressa all'atto della nascita di ciascuno di essi? Si tratta di una delle possibili opzioni richiamate da Corte cost. 61/06, che, infatti - a fronte di questa e di altre fattispecie suscettibili di soluzioni alternative - dichiarò inammissibile il medesimo incidente di costituzionalità ora accolto. La sentenza in rassegna, del tutto incongruamente, ha evitato anche solo di riferirsi a questa parte, pur decisiva, della prima pronuncia"; secondo CARBONE, Per la Corte Costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo, in Corriere Giur., 2017, 2, 165 (nota a sentenza), in assenza di comune volontà dei genitori, ma volendo ugualmente la madre apporre il proprio cognome, quid juris? "Se la decisione della Corte è da accogliere positivamente, essa però non risolve il problema alla radice. Occorre perciò che il legislatore si decida ed intervenga sia per dare veste normativa alla predetta decisione, sia per regolare i casi - speriamo sporadici o eccezionali - nei quali non sussista l'accordo dei coniugi e la madre insista ugualmente per l'aggiunta del proprio cognome in ordine alfabetico (art. 143 quater del disegno di legge 1628 pendente in Senato), tenendo conto quanto la stessa Corte costituzionale affermò, in relazione al solo patronimico, considerato "un retaggio di una concezione patriarcale della famiglia... e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'eguaglianza tra uomo e donna".

(34) Per una completa analisi delle stesse si rinvia al successivo articolo di de Felice (*infra*).

(35) Ai sensi dell'art. 46 CEDU, "*Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione. Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato. Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1".*

(36) A seguito della sentenza della Corte EDU del 2009 *Scoppola c. Italia*, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 210 del 18 luglio 2013, pubblicata in GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n.

sione “nonostante il consenso del coniuge”, veniva ivi impiegata per evidenziare l’inadeguatezza del sistema italiano di attribuzione del cognome, lesivo dell’uguaglianza dei genitori, tale che, persino in presenza di una concorde e unanime volontà degli stessi, la madre non avrebbe potuto trasmettere il proprio cognome alla prole (37).

Per contro, nel sistema oggi delineato dalla Consulta, l’elemento del consenso dei genitori è l’unico espediente, peraltro di assai difficile e scarsa operatività, in grado di adeguare il sistema italiano al monito della Corte Europea (38). Con ciò pare quasi che la Corte, auspicando inoltre un rapido intervento legislativo e dichiarando assorbita la questione di legittimità costituzionale relativa all’art. 117, comma 1, Cost., abbia implicitamente ridotto la portata innovativa della sua pronuncia (39), estromettendosi da un’operazione manipolativa esorbitante le sue funzioni nel caso di specie ma ammonendo il legislatore a provvedere in tempi brevi per portare a compimento il processo innovativo da essa intrapreso (40).

30 del 24 luglio 2013, affermava che, “*Deve rilevarsi che le modalità attraverso le quali lo Stato membro si adegua con misure strutturali alle sentenze della Corte di Strasburgo non sempre sono puntualmente determinate nel loro contenuto da tali pronunce, ma ben possono essere individuate con un ragionevole margine di apprezzamento. Perciò non è necessario che le sentenze della Corte EDU specifichino le “misure generali” da adottare per ritenere che esse, pur discrezionalmente configurabili, costituiscono comunque una necessaria conseguenza della violazione strutturale della CEDU da parte della legge nazionale. Quando ciò accade è fatto obbligo ai poteri dello Stato, ciascuno nel rigoroso rispetto delle proprie attribuzioni, di adoperarsi affinché gli effetti normativi lesivi della CEDU cessino*”.

(37) Invero, la Corte affermava che “*Alla luce di quanto precede, la Corte è del parere che, nell’ambito della determinazione del cognome da attribuire al «figlio legittimo», persone che si trovavano in situazioni simili, vale a dire il ricorrente e la ricorrente, rispettivamente padre e madre del bambino, siano stati trattati in maniera diversa. Infatti, a differenza del padre, la madre non ha potuto ottenere l’attribuzione del suo cognome al neonato, e ciò nonostante il consenso del coniuge*”.

(38) Si rileva, altresì, che i rimedi ex artt. 144 e 316, 2 co., cod. civ., fondati sull’accordo tra i genitori, sono di non pronta spedizione e incompatibili con la necessità della sollecita formazione dell’atto di nascita. *Ibidem* dicasi in caso di accordo tra i genitori prima della nascita, in quanto per ogni eventuale contrasto, gli stessi saranno obbligati ad adire ugualmente l’autorità giudiziaria, con sensibili ripercussioni sulla effettività della disciplina *de qua*.

(39) Sulla ridotta portata della sentenza, MALFATTI, *Illegittimità dell’automatismo, nell’attribuzione del cognome paterno: la cornice giurisprudenziale europea non fa il quadro*, in *Forum di quaderni costituzionali - Rassegna*, (http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/nota_286_2016_malfatti.pdf), secondo la quale, “*Nella sent. n. 286/2016, invece, lo stesso assorbimento della censura relativa all’art. 117, comma 1, Cost. arriva un po’ a sorpresa, seguendo l’andamento della motivazione - la Corte non trova di meglio che distinguere de facto la richiesta portata in Europa (attribuire il cognome materno anziché quello paterno) da quella che ha determinato la nuova questione di costituzionalità (attribuire anche il cognome materno) - e ingenera il dubbio che a prevalere su una diversa linea interpretativa siano stati i timori di ridimensionamento di ruolo della stessa Corte, di apparire all’esterno come una sorta di semplice “terminale periferico” della condanna fioccata a Strasburgo (con ciò sottovalutando forse l’importanza, e l’infungibilità, del dispositivo di accoglimento)*”.

(40) Si segnala la Circolare del Ministero dell’Interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali - n. 1/ 2017, del 23 gennaio 2017, recante l’invito ai Prefetti di sollecitare le opportune direttive agli uffici di stato civile per la puntuale applicazione dei principi di diritto affermati nella sentenza della Corte Costituzionale citata (<http://servizidemografici.interno.it/it/content/circolare-n-12017>).

Il legislatore invero, proprio per ottemperare alla condanna europea, potrebbe prevedere, come nel codice spagnolo (41), l'attribuzione automatica di due cognomi e, alla nascita dei figli di coloro così nominati, la formazione di un nuovo, doppio cognome, utilizzando solo quello paterno o solo quello materno, o l'assoluta libertà di scelta, per ciascuno dei figli, della formazione di più cognomi o lo stesso per tutti come in Francia (42).

Va indubbiamente salutata con favore questa prima e attesa recezione dei moniti internazionali, comunitari e nazionali, ma non può non considerarsi che andrà ad attingere un marginale, seppur rilevante, aspetto della questione.

Corte costituzionale, sentenza 21 dicembre 2016 n. 286 - Pres. P. Grossi, Red. G. Amato - Giudizio di legittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 cod. civ., 72, primo comma, del R.D. 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), promosso dalla Corte di appello di Genova con ordinanza del 28 novembre 2013.

PERSONA FISICA E DIRITTI DELLA PERSONALITÀ - DIRITTO AL NOME - FILIAZIONE - COGNOME - COGNOME PATERNO - ATTRIBUZIONE AUTOMATICA - IMPOSSIBILITÀ DI TRASMISSIONE DEL COGNOME MATERNO - VIOLAZIONE DEL DIRITTO ALL'IDENTITÀ PERSONALE DEL FIGLIO - VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI UGUAGLIANZA GIURIDICA E MORALE DEI CONIUGI - INCOSTITUZIONALITÀ

(41) In Spagna, la normativa sul cognome dei figli è contenuta nell'art. 109 del codice civile, modificato dalla legge n. 40 del 1999, Disposizioni di dettaglio sono contenute negli artt. 49-57 della Legge sul Registro civile del 2011 (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), che è entrato in vigore il 22 luglio 2014, abrogando la precedente normativa del 1957. Nell'ordinamento spagnolo, vige la regola del "doppio cognome", per cui ogni individuo porta il primo cognome di entrambi i genitori, nell'ordine deciso in accordo tra di essi. In caso di disaccordo, è attribuito al figlio il primo cognome del padre insieme al primo cognome della madre. Una volta maggiorenne, si può proporre istanza per invertire l'ordine dei cognomi.

(42) In Francia, l'art. 311-21 del *Code Civil* prevede che nella trasmissione del cognome non esiste più distinzione tra la madre o il padre ed il figlio può ricevere il cognome di uno o dell'altro genitore o entrambi i cognomi affiancati.

In caso di riconoscimento simultaneo del figlio, l'attribuzione viene decisa di comune accordo dai genitori che possono scegliere il cognome di uno o dell'altro o entrambi i nomi affiancati secondo l'ordine di loro scelta (per un massimo di un cognome per genitore). I genitori devono presentare una dichiarazione congiunta davanti all'ufficiale di stato civile. In assenza di una dichiarazione congiunta il bambino prende il cognome del padre. *“Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique”.*

(...)

Ritenuto in fatto

1.– Con ordinanza emessa il 28 novembre 2013, la Corte d'appello di Genova ha sollevato - in riferimento agli artt. 2, 3, 29, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione - questione di legittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 del codice civile, 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), nella parte in cui prevede «l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori».

2.– Il giudizio a quo ha per oggetto il reclamo avverso il provvedimento del Tribunale ordinario di Genova che ha respinto il ricorso avverso il rigetto, da parte dall'ufficiale dello stato civile, della richiesta di attribuire al figlio dei ricorrenti il cognome materno, in aggiunta a quello paterno.

La Corte d'appello di Genova osserva che, sebbene la norma sull'automatica attribuzione del cognome paterno, anche in presenza di una diversa volontà dei genitori, non sia prevista da alcuna specifica norma di legge, essa è desumibile dal sistema normativo, in quanto presupposta dagli artt. 237, 262 e 299 cod. civ., nonché dall'art. 72, primo comma, del r.d. n. 1238 del 1939, e dagli artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000.

Il rimettente evidenzia che molti Stati europei si sono già adeguati al vincolo posto dalle fonti convenzionali e, in particolare, dall'art. 16, comma 1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva con legge 14 marzo 1985, n. 132. Essa impegna gli Stati contraenti ad adottare tutte le misure adeguate per eliminare tale discriminazione in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari e, in particolare, ad assicurare «gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome».

Vengono, inoltre, richiamate le raccomandazioni del Consiglio d'Europa 28 aprile 1995, n. 1271 e 18 marzo 1998, n. 1362, nonché la risoluzione 27 settembre 1978, n. 37, relative alla piena realizzazione della uguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome dei figli, nonché alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul genere nella scelta del cognome (sentenze 16 febbraio 2005, Unal Tekeli contro Turchia; 24 ottobre 1994, Stjerna contro Finlandia; 24 gennaio 1994, Burghartz contro Svizzera).

Viene, in particolare, richiamata la sentenza di questa Corte in cui si afferma che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna» (sentenza n. 61 del 2006). In quella occasione, osserva il rimettente, la Corte costituzionale ritenne che la questione esorbitasse dalle proprie prerogative, in quanto l'intervento invocato avrebbe comportato un'operazione manipolativa eccedente dai suoi poteri.

Il giudice a quo evidenzia, tuttavia, la necessità di una rivalutazione della medesima questione, alla luce degli argomenti sviluppati dalla Corte di cassazione nell'ordinanza n. 23934 del 22 settembre 2008, con la quale - ai sensi dell'art. 374, secondo comma, del codice di procedura civile - veniva disposta la trasmissione degli atti al Primo Presidente ai fini della ri-

messione alle sezioni unite, per valutare la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che regolano l'attribuzione del cognome ai figli.

Il rimettente ritiene che la distonia rispetto ai principi sanciti dall'art. 29 Cost., già rilevata nella sentenza n. 61 del 2006, imponga - alla luce dei due eventi normativi consistenti, da un lato, nella modifica dell'art. 117 Cost. e, dall'altro, nella ratifica del trattato di Lisbona - la riproposizione della questione relativa alla norma implicita che prevede l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa volontà dei genitori.

Tale disciplina si porrebbe in contrasto, in primo luogo, con l'art. 2 Cost., per la violazione del diritto all'identità personale, che trova il primo ed immediato riscontro proprio nel nome e che, nell'ambito del consesso sociale, identifica le origini di ogni persona. Da ciò discenderebbe il diritto del singolo individuo di vedersi riconoscere i segni di identificazione di entrambi i rami genitoriali.

Viene, inoltre, denunciata la violazione dell'art. 3 e dell'art. 29, secondo comma, Cost., sotto il profilo del diritto di uguaglianza e pari dignità dei genitori nei confronti dei figli e dei coniugi tra di loro. D'altra parte, ad avviso del rimettente, l'esigenza di tutela dell'unità familiare non sarebbe idonea a giustificare l'obbligatoria prevalenza del cognome paterno.

Viene, infine, denunciata la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., «come interpretato nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale [...], costituendo le norme di natura convenzionale già citate parametri del giudizio di costituzionalità delle norme interne».

3.- Nel giudizio dinanzi alla Corte si sono costituite le parti reclamanti nel giudizio principale, chiedendo l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice a quo.

3.1.- In punto di fatto, esse evidenziano che il proprio figlio minore, nato in costanza di matrimonio, è titolare di doppia cittadinanza e tuttavia - per effetto del rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile di procedere all'iscrizione del minore con il cognome di entrambi i genitori - egli viene identificato diversamente nei due Stati dei quali è cittadino: in Italia con il solo cognome del padre ed in Brasile con il doppio cognome, paterno e materno.

Dopo avere illustrato l'evoluzione normativa e giurisprudenziale successiva alla sentenza n. 61 del 2006, la difesa delle parti ricorrenti evidenzia che, nelle more del presente giudizio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'impossibilità per i genitori di far iscrivere il figlio "legittimo" nei registri dello stato civile attribuendogli alla nascita il cognome della madre, anziché quello del padre, integra violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione), in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, e deriva da una lacuna del sistema giuridico italiano, per superare la quale «dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nelle prassi italiane» (sentenza 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo contro Italia).

Ad avviso delle parti reclamanti, tale decisione, vertente su un caso sostanzialmente identico a quello all'esame di questa Corte, rafforza gli argomenti a sostegno della fondatezza della questione.

3.2.- Con riferimento alla denunciata violazione dell'art. 2 Cost., la difesa delle parti private richiama i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale sul diritto al nome come segno distintivo dell'identità personale, anche in riferimento alla posizione del figlio adottivo (sentenze n. 268 del 2002; n. 120 del 2001; n. 297 del 1996 e n. 13 del 1994).

Pur riconoscendo che permangono delle differenze in materia di attribuzione del co-

gnome tra la posizione del figlio di una coppia non unita in matrimonio o adottato e la posizione del figlio di una coppia coniugata, le parti ricorrenti ritengono che la rigidità della norma che impone in ogni caso l'attribuzione del cognome paterno sacrifichi il diritto all'identità del minore, che si vede negata la possibilità di aggiungere il cognome materno, qualora tale scelta sia espressione di un'esigenza connessa all'esercizio del diritto all'identità personale.

Ad avviso delle parti private, se il diritto al nome e, più in particolare, al cognome, costituisce la manifestazione esterna e "tangibile" del diritto all'identità personale, l'attribuzione automatica al figlio di una coppia coniugata del solo cognome paterno determina l'irrimediabile compromissione di tale diritto, precludendo al singolo individuo di essere identificato attraverso il cognome che meglio corrisponda alla propria identità personale.

3.3.– Con riferimento alla dedotta violazione dell'art. 3, primo comma, e dell'art. 29, secondo comma, Cost., sotto il profilo dell'uguaglianza e pari dignità dei genitori e dei coniugi, vengono richiamate le pronunce con le quali, sin dal 1960, la giurisprudenza costituzionale ha affermato l'illegittimità di norme che prevedevano un trattamento irragionevolmente differenziato dei coniugi (sentenze n. 33 del 1960; n. 126 e n. 127 del 1968; n. 147 del 1969; n. 128 del 1970; n. 87 del 1975; n. 477 del 1987; n. 254 del 2006; in tema di eguaglianza nei rapporti patrimoniali tra i coniugi, vengono, inoltre, citate le sentenze n. 46 del 1966; n. 133 del 1970; n. 6 del 1980 e n. 116 del 1990).

3.4.– Quanto alla denunciata violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., la difesa delle parti private richiama i principi affermati a livello internazionale, e recepiti dall'ordinamento italiano, sulla protezione dei diritti del fanciullo e sulla parità di genere. Vengono richiamati, in particolare, l'art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881); l'art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo (fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176); l'art. 16, lettera g), della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women - CEDAW), adottata il 18 dicembre 1979 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, ratificata e resa esecutiva con legge 14 marzo 1985, n. 132.

Da tale quadro normativo emergerebbe la non conformità ai principi sopra richiamati della norma che impone l'attribuzione automatica ed esclusiva del solo cognome paterno. Essa sarebbe lesiva sia dei principi che garantiscono la tutela del diritto al nome, sia di quelli in tema di eguaglianza e di non discriminazione tra uomo e donna nella trasmissione del cognome al figlio, sia esso legittimo o naturale.

La difesa delle parti reclamanti evidenzia, in particolare, che sebbene la CEDU non contenga alcun riferimento espresso al diritto al nome del singolo individuo, la Corte di Strasburgo, in molteplici pronunce, ne ha ricondotto la tutela entro l'ambito applicativo del diritto al rispetto della vita privata, sancito dall'art. 8 della CEDU. In queste decisioni la Corte europea - pronunciandosi su casi analoghi a quello successivamente deciso dalla citata sentenza nel caso Cusan e Fazzo - ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU, in combinato disposto con l'art. 14, in ragione della disparità di trattamento fondata sul genere.

3.5.– Le parti private deducono, inoltre, che la pronuncia richiesta alla Corte non sarebbe tale da invadere la sfera di discrezionalità del legislatore, trattandosi, viceversa, di un intervento costituzionalmente imposto, limitato all'apposizione, alla norma impugnata, delle "rime obbligate". La Corte potrebbe, infatti, limitarsi a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle

norme invocate, nella parte in cui non consentono ai genitori di scegliere, di comune accordo, il cognome da trasmettere ai figli.

D'altra parte, non sarebbe ravvisabile alcun vuoto normativo derivante dall'invocato intervento caducatorio. Al riguardo, sono richiamate le pronunce che affermano che, a fronte di «un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa - tanto più se attinente a diritti fondamentali - la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere. [...] Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione» (sentenza n. 113 del 2011; nello stesso senso, sentenze n. 78 del 1992 e n. 59 del 1958).

4.– (...)

5.– L'ordinanza di rimessione è stata ritualmente notificata al Presidente del Consiglio dei ministri, il quale ha omesso di intervenire in giudizio.

Considerato in diritto

1.– Con ordinanza emessa il 28 novembre 2013, la Corte d'appello di Genova ha sollevato - in riferimento agli artt. 2, 3, 29, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione - questione di legittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 del codice civile, 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), nella parte in cui prevede «l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori».

È denunciata, in primo luogo, la violazione dell'art. 2 Cost., in quanto verrebbe compresso il diritto all'identità personale, il quale comporta il diritto del singolo individuo di vedersi riconoscere i segni di identificazione di entrambi i rami genitoriali.

Viene, inoltre, evidenziato il contrasto con gli artt. 3 e 29, secondo comma, Cost., poiché sarebbe leso il diritto di uguaglianza e pari dignità dei genitori nei confronti dei figli e dei coniugi tra di loro.

Viene, infine, ravvisata la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 16, comma 1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, alle raccomandazioni del Consiglio d'Europa 28 aprile 1995, n. 1271 e 18 marzo 1998, n. 1362, nonché alla risoluzione 27 settembre 1978, n. 37, relative alla piena realizzazione dell'uguaglianza dei genitori nell'attribuzione del cognome dei figli.

2.– (...)

3.– La questione sollevata in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost. è fondata.

3.1.– È denunciata l'illegittimità costituzionale della norma - desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 cod. civ. e dagli artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000 - che prevede l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio nato in costanza di matrimonio, in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori.

Va rilevato, preliminarmente, che tra le disposizioni individuate dal rimettente compare, altresì, l'art. 72, primo comma, del r.d. n. 1238 del 1939, il quale, tuttavia, è stato abrogato dall'art. 110 del d.P.R. n. 396 del 2000. Dal tenore complessivo degli argomenti sviluppati

nell'ordinanza di rinvio si evince, peraltro, che tale disposizione rientra nel fuoco delle censure del rimettente al solo fine di esplicitare la norma - da essa presupposta - che prevede l'automatica attribuzione del solo cognome paterno.

L'esistenza della norma censurata e la sua perdurante immanenza nel sistema, desumibili dalle disposizioni che implicitamente la presuppongono, è stata già riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale, nelle precedenti occasioni in cui ne è stata denunciata l'illegittimità (sentenze n. 61 del 2006 e n. 176 del 1988; ordinanze n. 145 del 2007 e n. 586 del 1988). In queste pronunce, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di tale norma, in quanto presupposta dalle medesime disposizioni, regolatrici di fattispecie diverse, individuate dall'odierno rimettente (artt. 237, 262 e 299 cod. civ., nonché artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000).

Sebbene essa non abbia trovato corpo in una disposizione espressa, ancora una volta, non vi è ragione di dubitare dell'attuale vigenza e forza imperativa della norma, in base alla quale il cognome del padre si estende ipso iure al figlio.

Nello stesso senso si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità, sia precedente, sia successiva alle richiamate pronunce di questa Corte, laddove ha riconosciuto che - da tali eterogenee previsioni - si desume l'esistenza di una norma che, sebbene non prevista testualmente nell'ambito di alcuna disposizione, è ugualmente presente nel sistema e «certamente si configura come traduzione in regola dello Stato di un'usanza consolidata nel tempo» (Cass., sez. I, 17 luglio 2004, n. 13298; v. anche Cass., sez. I, 22 settembre 2008, n. 23934).

Nel caso in esame, la norma sull'automatica attribuzione del cognome paterno è oggetto di censura per la sola parte in cui non consente ai genitori - i quali ne facciano concorde richiesta al momento della nascita - di attribuire al figlio anche il cognome materno.

3.2.- Così ricostruito l'oggetto della presente questione, va rilevato che già in precedenti occasioni questa Corte ha esaminato la disciplina della prevalenza del cognome paterno, al momento della sua attribuzione al figlio, ma ha dichiarato inammissibili le relative questioni, ritenendole riservate alla discrezionalità del legislatore, nell'ambito di una rinnovata disciplina.

Tuttavia, già nell'ordinanza n. 176 del 1988, è stato espressamente riconosciuto che «sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall'art. 29 Cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro» (v. anche ordinanza n. 586 del 1988).

Diciotto anni dopo, con ancora maggiore fermezza, nella sentenza n. 61 del 2006, in considerazione dell'immutato quadro normativo, questa Corte ha espressamente rilevato l'incompatibilità della norma in esame con i valori costituzionali della uguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Tale sistema di attribuzione del cognome, infatti, è definito come il «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna».

3.3.- A distanza di molti anni da queste pronunce, un «criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi», non è ancora stato introdotto.

Neppure il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), con cui il legislatore ha posto le basi per la completa equiparazione della disciplina dello status di figlio legittimo, figlio naturale e figlio adottato, riconoscendo l'unicità dello status di figlio, ha scalfito la norma oggi censurata.

Pur essendo stata modificata la disciplina del cambiamento di cognome - con l'abrogazione degli artt. 84, 85, 86, 87 e 88 del d.P.R. n. 396 del 2000 e l'introduzione del nuovo testo dell'art. 89, ad opera del d.P.R. 13 marzo 2012, n. 54 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127) - le modifiche non hanno attinto la disciplina dell'attribuzione "originaria" del cognome, effettuata al momento della nascita.

Va, d'altro canto, rilevata un'intensa attività preparatoria di interventi legislativi volti a disciplinare secondo nuovi criteri la materia dell'attribuzione del cognome ai figli. Allo stato, tuttavia, essi risultano ancora in itinere.

Nella famiglia fondata sul matrimonio rimane così tuttora preclusa la possibilità per la madre di attribuire al figlio, sin dalla nascita, il proprio cognome, nonché la possibilità per il figlio di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome della madre.

3.4.- La Corte ritiene che siffatta preclusione pregiudichi il diritto all'identità personale del minore e, al contempo, costituisca un'irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi, che non trova alcuna giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare.

3.4.1.- Quanto al primo profilo di illegittimità, va rilevato che la distonia di tale norma rispetto alla garanzia della piena realizzazione del diritto all'identità personale, avente copertura costituzionale assoluta, ai sensi dell'art. 2 Cost., risulta avvalorata nell'attuale quadro ordinamentale.

Il valore dell'identità della persona, nella pienezza e complessità delle sue espressioni, e la consapevolezza della valenza, pubblicistica e privatistica, del diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare, portano ad individuare nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.

È proprio in tale prospettiva che questa Corte aveva, da tempo, riconosciuto il diritto al mantenimento dell'originario cognome del figlio, anche in caso di modificazioni del suo status derivanti da successivo riconoscimento o da adozione. Tale originario cognome si qualifica, infatti, come autonomo segno distintivo della sua identità personale (sentenza n. 297 del 1996), nonché «tratto essenziale della sua personalità» (sentenza n. 268 del 2002; nello stesso senso, sentenza n. 120 del 2001).

Il processo di valorizzazione del diritto all'identità personale è culminato nella recente affermazione, da parte di questa Corte, del diritto del figlio a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale, quale «elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona» (sentenza n. 278 del 2013).

In questa stessa cornice si inserisce anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ricondotto il diritto al nome nell'ambito della tutela offerta dall'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

In particolare, nella sentenza Cusan Fazzo contro Italia, del 7 gennaio 2014, successiva all'ordinanza di rimessione in esame, la Corte di Strasburgo ha affermato che l'impossibilità per i genitori di attribuire al figlio, alla nascita, il cognome della madre, anziché quello del padre, integra violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione), in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU, e deriva da una lacuna del sistema giuridico italiano, per superare la quale «dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nelle prassi italiane». La Corte EDU ha, altresì, ritenuto che tale impossibilità non sia compensata dalla successiva autorizzazione amministrativa a cambiare il cognome dei figli minorenni aggiungendo a quello paterno il cognome della madre.

La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori.

Viceversa, la previsione dell'inderogabile prevalenza del cognome paterno sacrifica il diritto all'identità del minore, negandogli la possibilità di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno.

3.4.2.– Quanto al concorrente profilo di illegittimità, che risiede nella violazione del principio di uguaglianza dei coniugi, va rilevato che il criterio della prevalenza del cognome paterno, e la conseguente disparità di trattamento dei coniugi, non trovano alcuna giustificazione né nell'art. 3 Cost., né nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare, di cui all'art. 29, secondo comma, Cost.

Come già osservato da questa Corte sin da epoca risalente, «è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo», poiché l'unità «si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità» (sentenza n. 133 del 1970).

La perdurante violazione del principio di uguaglianza “morale e giuridica” dei coniugi, realizzata attraverso la mortificazione del diritto della madre a che il figlio acquisti anche il suo cognome, contraddice, ora come allora, quella finalità di garanzia dell'unità familiare, individuata quale ratio giustificatrice, in generale, di eventuali deroghe alla parità dei coniugi, ed in particolare, della norma sulla prevalenza del cognome paterno.

Tale diversità di trattamento dei coniugi nell'attribuzione del cognome ai figli, in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti fra coniugi, non è compatibile né con il principio di uguaglianza, né con il principio della loro pari dignità morale e giuridica.

4.– Con la presente decisione, questa Corte è, peraltro, chiamata a risolvere la questione formulata dal rimettente e riferita alla norma sull'attribuzione del cognome paterno nella sola parte in cui, anche in presenza di una diversa e comune volontà dei coniugi, i figli acquistano automaticamente il cognome del padre. L'accertamento della illegittimità è, pertanto, limitato alla sola parte di essa in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno.

4.1– Rimane assorbita la censura relativa all'art. 117, primo comma, Cost.

5.– Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), la dichiarazione di illegittimità costituzionale va estesa, in via consequenziale, alla disposizione dell'art. 262, primo comma, cod. civ., la quale contiene tuttora - con riferimento alla fattispecie del riconoscimento del figlio naturale effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori - una norma identica a quella dichiarata in contrasto con la Costituzione dalla presente sentenza.

Anche tale disposizione va, pertanto, dichiarata illegittima, nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno.

5.1.– Per le medesime ragioni, la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, va estesa, infine, all'art. 299, terzo comma, cod. civ., per la parte in cui non consente ai coniugi, in caso di adozione compiuta da entrambi, di attribuire, di comune accordo, anche il cognome materno al momento dell'adozione.

6.– Va, infine, rilevato che, in assenza dell'accordo dei genitori, residua la generale previsione dell'attribuzione del cognome paterno, in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 del codice civile; 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile); e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno;

2) dichiara in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, primo comma, cod. civ., nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno;

3) dichiara in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 299, terzo comma, cod. civ., nella parte in cui non consente ai coniugi, in caso di adozione compiuta da entrambi, di attribuire, di comune accordo, anche il cognome materno al momento dell'adozione.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'8 novembre 2016.

Sulla qualifica di P.G. per gli operatori ARPA: considerazioni sulle due recenti pronunce della Cassazione e della Corte Costituzionale

*NOTA A CASSAZIONE PENALE, SEZ. III, SENTENZA 28 NOVEMBRE 2016 N. 50352
E CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 13 GENNAIO 2017 N. 8*

*Antonio Pugliese**

La Corte di Cassazione e la Consulta, a stretto giro l'una dall'altra, tornano ad affrontare il tema della qualifica attribuibile agli operatori ARPA. La questione, più volte al centro di (anche accesi) dibattiti, pare aver trovato, per bocca delle due Alte Corti, una soluzione che ambisce ad essere definitiva. Oltre che per la risoluzione offerta alla singola questione, le due sentenze si contraddistinguono per l'aver offerto, soprattutto se lette congiuntamente, degli utili criteri spendibili in ogni successivo dibattito che dovesse prender piede circa l'attribuzione di qualifica e di funzioni di Polizia giudiziaria. Anche per questa ragione le due statuizioni assumono un sicuro rilievo.

Premesse.

Le sentenze in commento affrontano il difficile tema dell'attribuzione di qualifica al personale ARPA nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza. Il tema, invero, è stato a lungo vittima di incertezze applicative e in altre circostanze la giurisprudenza, anche di recente (1), ha avuto occasione di misurarsi col tema, sì giungendo, in verità, a soluzioni spesso discordanti.

L'incertezza applicativa, così come rileva anche la Corte costituzionale nella sentenza in commento, è figlia di una legislazione statale confusa che, prima della riforma (2) avvenuta per il tramite della L. n. 132/2016 (art. 14, co. 7), ben si prestava a differenti interpretazioni in ordine all'esistenza di una fonte (3) che giustificasse l'attribuzione al personale ARPA della qualifica di polizia giudiziaria.

Così, nel 2012, il Consiglio di Stato, adunanza del 23 maggio, sezione seconda consultiva, si esprimeva in termini negativi in ordine alla riconduci-

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bologna.

(1) Per ultimo, in ordine di tempo, Corte cass. pen., sez. 3, 3-28 novembre 2016, n. 50352. Sulla questione era già intervenuto il Consiglio di Stato, sezione seconda consultiva, il 23 maggio del 2012. Su queste ultime due pronunce torneremo in corso trattazione.

(2) L'art. 14, rubricato "Disposizioni sul personale ispettivo", al suo co. 7, della L. n. 132/2016, afferma "Il presidente dell'ISPRA e i legali rappresentanti delle agenzie possono individuare e nominare, tra il personale di cui al presente articolo, i dipendenti che, nell'esercizio delle loro funzioni, operano con la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria. A tale personale sono garantite adeguata assistenza legale e copertura assicurativa a carico dell'ente di appartenenza".

(3) Come si dirà a breve, statale.

bilità al detto personale della qualifica in discussione, mentre, molto più di recente, la Cassazione (4) si è espressa in maniera diametralmente opposta: è riuscita a ricondurre la qualifica agli operatori ARPA. Su queste ultime pronunce si tornerà a breve ma è parso opportuno farne immediato accenno, a riprova delle difficoltà interpretative.

Prima di procedere, invece, par bene ripercorrere, seppur brevemente, le ragioni che si pongono alla base del presente giudizio di legittimità costituzionale.

La legge regionale della Basilicata n. 37 del 2015, contenente norme per la disciplina dell' Agenzia regionale per la protezione ambientale della Basilicata (d' ora innanzi, ARPAB), stabiliva, al suo art. 31 co. 4, che «nell' esercizio delle funzioni di vigilanza tale personale [ARPAB] riveste anche la qualifica di ufficiale o agente di polizia giudiziaria».

La censura di ordine costituzionale mossa dal Presidente del Consiglio dei Ministri riguarda lo sconfinamento, ad opera di detta legge, in una materia riservata allo Stato a norma dell' art. 117 Cost. Per essere più precisi, l' art. 117, secondo comma, lettera l), riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ciò che ricade nella «giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale (...)».

Preannunciando, in parte, le finali determinazioni della Consulta, solo si noti che, al di là del singolo caso, ed anche oltre lo stretto conflitto d' attribuzione, il quesito posto ai giudici, in realtà, sconfina in un ambito, ci sia consentito dire, più delicato ancora: quello del rispetto dei principi fondamentali dei singoli e delle garanzie, anche di ordine processuale, che debbono essere riconosciute.

La questione sarà oggetto di successive riflessioni ma, sin d' ora, si osservi solo che il dibattito attorno all' attribuzione di qualifica di polizia giudiziaria inevitabilmente si riflette sui diritti dei singoli. In merito a ciò, si rammenti, inoltre, come l' Amministrazione, in virtù dei poteri di cui dispone e degli ambiti in cui è chiamata ad operare, può, delle volte, assumere iniziative che finiscono per collocarsi tra l' istruttoria amministrativa e le indagini penali, una sorta di *terra di mezzo* (5). Intuitivi i rischi: le attività poste in essere dall' Amministrazione potrebbero far gola agli organi d' Accusa. In quest' ottica, possedere o meno poteri di p.g. finisce per rilevare in ordine all' incisività degli atti che questi soggetti possono porre in essere: più incisivi se potessero godere della qualifica di cui si discute, il che, ovviamente, non è vietato; purché sia chiaro.

Quanto detto vale, per quanto qui interessa, per il settore ambientale, ove, di frequente, la P.A. è chiamata ad effettuare attività istruttorie che, delle volte,

(4) *Supra*, v. nota "1".

(5) In questo senso si può fare riferimento agli atti a finalità c.d. mista, ossia quegli atti posti in essere dall' amministrazione ed in grado di recare conoscenze spendibili anche in campo penale.

rischiano di essere particolarmente incisive e, perché no (?), anche dal contenuto, come si diceva, spendibile in sede penale (6).

D'altronde questa preoccupazione risulta certamente presente nel caso oggetto d'esame, così come emerge dalle parole spese dall'Avvocatura Generale dello Stato nell'ambito della memoria depositata prima dell'udienza pubblica.

A tal proposito, si deve evidenziare come la Regione Basilicata, anche con l'obiettivo di rispondere alle critiche mossegli, dopo la promozione del giudizio di legittimità aveva proceduto, con legge n. 5 del 2016 (art. 10), all'abrogazione dell'art. 31, co. 4 della legge n. 37 del 2015; ciononostante l'Avvocatura Generale riteneva, trovando d'accordo i giudici, che la materia del contendere non potesse ritenersi cessata, la ragione? Per il tempo in cui quella disposizione è rimasta in vigore potrebbero essere stati posti in essere dal personale ARPA, nell'erronea convinzione di possedere la qualifica di p.g., atti incidenti sulla libertà dei cittadini o, più in generale, in grado di ledere i loro diritti, anche di ordine processuale.

Per questa ragione non ci si è potuti accontentare della legge abrogativa della Basilicata: si rendeva necessaria una pronuncia che travolgesse, anche con efficacia retroattiva, gli effetti eventualmente prodottisi dalla disposizione incriminata.

Ecco, in definitiva, la questione con la quale ha dovuto cimentarsi la Consulta.

Prima di procedere, solo qualche breve annotazione introduttiva circa la sentenza della Cassazione in commento. Ai giudici di legittimità era stato posto proprio un quesito inerente alla qualifica da assegnare al personale ARPA (Toscana) nel corso delle loro funzioni di vigilanza. Ora, al di là del fatto che la Cassazione è riuscita, partendo dal D.M. 57/1997, a trovare una legislazione di matrice statale che giustificasse una simile attribuzione di funzione - comunque oggetto privilegiato delle attenzioni della sentenza (in commento) della Corte costituzionale, cui si rimanda - la pronuncia dei giudici del Palazzaccio si contraddistingue anche e soprattutto perché fornisce alcuni criteri di ordine generale, spendibili anche in futuri confronti, in merito all'attribuzione di funzioni di P.g.

Solo per completezza, si deve rilevare come il tema sia ricco di molte altre implicazioni e sarebbero molteplici le riflessioni che potrebbero essere sviluppate. Per la maggior parte, però, rischierebbero di risultare eccentriche rispetto alle finalità del presente approfondimento (7). Per questa ragione si circoscriverà il più possibile il campo d'azione.

(6) Come si intuisce dalle parole spese, il tema affrontato nel presente approfondimento potrebbe facilmente aprire un più ampio confronto sul tema della spendibilità, o meglio, utilizzabilità degli atti amministrativi nel processo penale. Il tema, benché di certo interesse, rischierebbe, però, di risultare eccentrico rispetto alla questione che abbiamo scelto di affrontare e, anche per questa ragione, ne faremo, in seguito, solo un breve cenno. Per un approfondito esame, si veda R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, 1992.

(7) Si potrebbe intraprendere una riflessione sui tipi di atti che il personale ARPA può porre in essere, ed ancora, si potrebbe approfondire il tema degli atti a finalità c.d. mista, ossia quelli posti in essere

I precedenti dibattiti e le attuali determinazioni.

È opportuno evidenziare come, in verità, sulla questione si siano cimentati in molti negli anni, a riprova della centralità del tema. Così, a titolo esemplificativo, oltretutto per la lucidità delle determinazioni assunte - in anticipo rispetto a quanto molto più di recente ha affermato la Consulta -, si può fare riferimento al parere espresso dalla Procura Generale presso la Corte d'Appello di Ancona del 2007, alla quale era stata sottoposta la questione se potesse essere attribuita alle guardie ecologiche e volontarie zoofile della Provincia di Pesaro e Urbino la qualifica e le funzioni di polizia giudiziaria.

Il parere appare particolarmente istruttivo. In maniera molto lucida espone le ragioni di chi, già al tempo, riteneva potesse esservi tale attribuzione e, al contempo, mostra i limiti di una simile impostazione.

Sinteticamente, come si dirà anche in seguito, si può affermare che gli orientamenti favorevoli al riconoscimento della qualifica, a prescindere da una formale e statutaria investitura, si fondavano sulla circostanza che alcuni dei soggetti chiamati ad effettuare un'attività di controllo e di vigilanza, «svolgono in tutto o in parte compiti riconducibili all'art. 55 c.p.p. In altri termini, l'attribuzione della qualifica sarebbe conseguenza diretta non già di una formale investitura (...), bensì delle funzioni che il personale è chiamato a svolgere (...)» (8).

Sin d'ora, preme evidenziare come argomenti di questo tipo si pongono in contrasto con sovraordinati principi di rango costituzionale; nella sostanza, così come con vigore affermato dai Giudici delle Leggi (9), rischiano di tradursi in una (troppo facile) elusione della riserva di legge.

Lo si è già accennato ma pare comunque opportuno tornare rapidamente sulla questione. Non solo non si rispetterebbe la distribuzione delle materie fra Stato e Regioni ma, elemento tutt'altro che secondario, si finirebbe per interferire con i diritti fondamentali tutelati dalla Carta costituzionale (artt. 13 ss.). Anche per questa ragione - non pare inutile ripeterlo - deve ritenersi non praticabile ogni soluzione - come è stato per il caso che ci interessa, così per quelli che potrebbero nascere - che pretenda di adottare interpretazioni analogiche o estensive. Una simile possibilità deve ritenersi preclusa anche perché rischierebbe di incidere sui diritti dei singoli (oltretutto sulla inflessibile riserva di legge).

Si è già accennato in precedenza al parere del Consiglio di Stato del 2012, ma è opportuno tornare rapidamente sul punto, coerentemente con le problematiche appena esposte.

dalla Pubblica Amministrazione ma in grado di portare conoscenze utili al procedimento penale. Si potrebbe, in definitiva, proporre un'analisi sugli artt. 220 e 223 disp. att. c.p.p. Nelle *conclusioni*, solo marginalmente, in maniera tutt'altro che esaustiva, lambiremo questi ultimi temi. Sul tema, per la completezza dell'indagine, si veda R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit.

(8) Parere espresso dalla Procura Generale presso la Corte d'Appello di Ancona del 27 febbraio 2007, p. 1.

(9) Sentenza Corte costituzionale n. 8 del 2017.

Ai giudici era stato posto proprio un quesito (10) circa l'esistenza di una normativa statale da cui far discendere, in via generale, la qualifica di u.p.g. al personale ARPA. Testualmente, all'epoca, il Consiglio di Stato rispose affermando che *“in relazione al quesito posto, dunque, non può che concludersi rilevando, in linea con la prospettazione dell'Amministrazione regionale richiedente, l'assenza, allo stato, nell'ordinamento di norme di livello statale che attribuiscono in via generale la qualifica di u.p.g. al personale ARPA e che individuino l'autorità competente ad attribuire espressamente tale incarico”*.

La pronuncia del Consiglio di Stato, in verità, ha generato un esteso dibattito, diffusosi soprattutto negli ambiti ove si sperava nel riconoscimento della qualifica (11).

Sintetizzando le ragioni del disappunto, in molti ritenevano che i giudici avessero finito per proporre una visione limitativa delle funzioni di controllo ambientale posto in essere dal personale ARPA (12). In pratica, visto il valore delle attività di vigilanza, da più parti si domandava il riconoscimento delle competenze messe a disposizione.

Le preoccupazioni e, con esse, le argomentazioni espresse trovano sfogo nel dibattito immediatamente successivo al parere del Consiglio di Stato (13), ove in diversi rilevavano come le violazioni della materia ambientale, già nel 2013, potevano condurre il trasgressore verso sanzioni oltretutto amministrative, penali.

Per questa ragione, letteralmente, «i soggetti preposti alle attività di vigilanza e controllo debb[on]o essere in possesso della qualifica di Polizia Giudiziaria e, nel caso delle ARPA, tale qualifica può essere propriamente ricoperta dal Tecnico di Prevenzione» (14).

In realtà, quanto detto, benché giustificabile nelle intenzioni, come si è già segnalato, rischia di sovrapporre esigenze o, perché no (?), ambizioni di singoli gruppi alle prerogative statuali e, con esse, si pongono a rischio anche le prerogative dei singoli quando questi ultimi, ad esempio, siano chiamati a fare i conti con la legge penale.

A tal proposito, appare utile fare un cenno al pur diverso e ampio tema degli atti a finalità c.d. mista e circa la loro spendibilità in sede penale. Seppur consci dei limiti di cui soffre una trattazione così rapida - e dunque senza nessuna pretesa di esaustività -, si sappia solo che delle volte gli organi amministrativi possono porre in essere atti che potrebbero avere anche un certo valore

(10) Il parere riguarda il quesito della Regione Lombardia in merito alla non attribuzione della qualifica di Ufficiale di Polizia Giudiziaria al personale dell'Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale.

(11) A tal proposito si veda la lettera dell'UNPISI (Unione Nazionale Personale Ispettivo Sanitario Italiano) al Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare del 18 gennaio 2013.

(12) Lettera dell'UNPISI, cit., p. 3.

(13) *Supra*, nota “5”.

(14) Lettera dell'UNPISI, cit., p. 3.

all'interno di un procedimento penale (15). Nell'ambito del rapporto e del confine (alle volte fumoso) tra procedimento amministrativo e penale assume una certa importanza l'art. 220 disp. att. c.p.p. La norma, avendo il compito di segnare il confine tra i due procedimenti, afferma che "quando nel corso di attività ispettive e di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari ad assicurarle fonti di prova (...) sono compiuti nell'osservanza della legge penale". Ebbene, al di là delle discussioni e dibattiti (16), anche giurisprudenziali (17), sul concetto di indizio di reato (18), ciò che per noi rileva è che comunque vi è un limite, un confine oltre il quale è necessario passare ad altro rito: quello penale.

Ebbene, a prima vista questa rapida digressione potrebbe apparire estranea all'oggetto dell'approfondimento ma, in realtà, consente un'utile precisazione. Come è intuibile, è tutt'altro che indifferente per un organo amministrativo essere in grado di cumulare la qualifica di P.g. Facciamo un esempio. Nel caso in cui l'Amministrazione stesse conducendo proprie investigazioni (per restare in tema, immaginiamo) ai fini della verifica del rispetto delle norme in materia ambientale, potrebbe capitare che gli organi ispettivi vengano a conoscenza di un possibile reato; ebbene, in questa circostanza, possedere o meno la qualifica di P.g. può fare una sicura differenza in merito all'incisività delle loro azioni (19).

Così, semplificando, se il soggetto "ispettore" non potesse accedere alla diversa qualifica, le sue indagini dovrebbero rimanere confinate nel (più ristretto) ambito delle attività ispettive amministrativo (20); per contro, se si

(15) Il tema è quello degli atti a finalità c.d. mista che, per verità, resterà quasi del tutto estraneo all'approfondimento. Per l'indagine esaustiva si rimanda a R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit.

(16) Si vedano, G. BISCARDI, *Atti a finalità mista, indizi di reato e garanzie difensive: una sintesi difficile*, *Processo penale e giustizia*, n. 6 del 2015, p. 159; P. SORBELLO, *La valutazione di sospetti, indizi e notizie di reato nel passaggio (incerto) dalle attività ispettive alle funzioni di polizia giudiziaria*, *Diritto penale contemporaneo*, 2/2016, p. 128; per la completezza dell'indagine, R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit; e ancora R.E. KOSTORIS, *Sub art. 220*, in E. AMODIO, O. DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Appendice, Milano, 1990, p. 74.

(17) Fra le più importanti, Cass. Pen., Sez. Un., n. 45477 del 2001; più di recente, Cass. Pen., sez. III, n. 1973 del 2015 e Cass. Pen., sez. III, n. 4919 del 2015. Fra le pronunce della Consulta, che hanno aperto il dibattito sul tema, Corte cost. nn. 148 e 149 del 1969.

(18) Seppur molto brevemente, si sappia che il concetto che sia in dottrina sia in giurisprudenza sembra si sia fatto strada è quello di "mera possibilità di reato". Dunque, quando nel corso delle attività ispettive e di vigilanza condotte in sede amministrativa, dovesse palesarsi questa possibilità di reato di cui si è detto, sarà il tempo di passare al rito penale. In dottrina, R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit. In giurisprudenza si rimanda, fra le tante, a Cass. SS.UU., 45477 del 2001.

(19) Viste le brevi considerazioni che si sono anticipate a norma dell'art. 220 disp. att. c.p.p., infatti, "quando nel corso di attività ispettive e di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari ad assicurarle fonti di prova (...) sono compiuti nell'osservanza della legge penale".

(20) In maniera esemplificativa, si può citare la recente Cass. Pen., sez. II, 10 giugno 2015, n. 35099, "A norma dell'art. 57, comma secondo, lett. b), cod. proc. pen., gli agenti della polizia municipale hanno la qualifica di agenti di polizia giudiziaria, quando sono in servizio nell'ambito territoriale del-

producesse in indagini penali gli atti da questi prodotti dovrebbero esser ritenuti inutilizzabili nell'ipotetico successivo giudizio penale (21). Ed infine, visto il recentissimo riconoscimento, quando può accedere alla qualifica, seppur nei limiti e nel rispetto della legge processuale, potrà continuare le sue indagini anche in ambito penale.

Ed allora, venendo al contenuto più significativo delle sentenze in commento, ed anche in forza delle argomentazioni esposte, si può certamente affermare come le precisazioni effettuate dalle due Corti hanno il pregio di fissare una volta di più i criteri spendibili ai fini di una corretta ricerca della qualifica attribuibile ad un organo, *lato sensu*, investigativo.

Le due pronunce, invero, avviandoci alla conclusione, hanno il merito, soprattutto se lette congiuntamente, di specificare quali debbono essere i criteri ermeneutici utilizzabili ai fini dell'attribuzione di funzione. Un'analisi critica svela come per un corretto inquadramento della questione, debbono utilizzarsi criteri sia di matrice sostanziale sia di natura processuale. Sul punto, si esprime in maniera particolarmente lucida la sentenza della Cassazione (22).

Difatti, come emerge dalle parole spese dai giudici di legittimità, una let-

l'ente di appartenenza; ne consegue che tale qualifica è limitata nel tempo e nello spazio, a differenza di altri corpi di polizia (Polizia di Stato, Carabinieri, Guardia di Finanza, ecc.) i cui appartenenti operano su tutto il territorio nazionale e sono sempre in servizio. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto illegittimo l'arresto operato da agenti della polizia municipale al di fuori del territorio di propria competenza, sebbene lì avesse avuto inizio l'inseguimento dell'indagato)".

(21) In questo senso, a titolo esemplificativo, si collocano, fra le altre, Cass. Pen., sez. III, 9 febbraio 2016, n. 13502, *"I dipendenti dell'Agenzia delle Entrate non rivestono la qualità di soggetti legittimati a svolgere attività di polizia giudiziaria, con la conseguenza che è affetto da nullità l'interrogatorio, richiesto dall'indagato ex art. 415 bis, comma terzo, cod. proc. pen., che sia stato agli stessi delegato dal P.M. (In motivazione, la Corte ha escluso l'applicabilità alle attuali Agenzie fiscali delle norme concernenti i preesistenti uffici delle imposte ovvero di quelle relative alle funzioni di P.G. svolte della Guardia di Finanza, altresì rilevando che l'Agenzia delle Entrate aveva, nella specie, la qualità di persona offesa dal reato)"*; ed ancora, in termini più prossimi all'oggetto della nostra indagine, si veda, Cass. Pen., sez. VI, n. 37491 del 2010 *"Le guardie zoofile dell'E.N.P.A. (Ente nazionale protezione animali) non rivestono in alcun caso la qualifica di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria e non possono procedere pertanto al sequestro probatorio"*, o ancora quanto affermato da Cass. Pen., sez. III, n. 15074 del 2007 *"Orbene alle guardie volontarie delle associazioni di protezione dell'ambiente (come il WWF) non risulta riconosciuta la qualifica di polizia giudiziaria né dalla L. n. 157 del 1992, né da altra normativa speciale (...). Stante la mancanza della qualifica di Agente o Ufficiale di P.G. nei confronti delle guardie volontarie che hanno operato in concreto il sequestro probatorio, consegue la illegittimità dello stesso, perché eseguito in violazione delle norme di cui agli artt. 354 e 355 c.p.p."*

(22) Cass. Pen., sez. III, n. 50352/2016, afferma che *"Il tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro, operante nei servizi con compiti ispettivi di vigilanza (nella specie, si trattava di personale in servizio presso un'agenzia regionale per l'ambiente: Arpa) è, nei limiti delle proprie attribuzioni, ufficiale di polizia giudiziaria, in ragione delle specifiche competenze attribuitegli e alla rilevanza - anche costituzionale - del bene (l'ambiente) al quale le stesse attengono. Ciò, del resto, dovendolo desumere, con riferimento al disposto generale dell'art. 57, comma 3, c.p.p., dal d.l. 4 dicembre 1993 n. 496, conv. dalla l. 21 gennaio 1994 n. 61, istitutivo dell'agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente e delle agenzie regionali e provinciali, nonché dal d.m. 17 gennaio 1997 n. 58, di disciplina del profilo professionale del tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro"*.

tura che si basasse solamente sugli articoli 55 e 57 del codice di procedura penale si mostrerebbe insufficiente. Gli articoli da ultimo richiamati, infatti, indicano “solamente” le attività che la P.g. deve svolgere e individuano chi, astrattamente, è chiamato a svolgere quelle funzioni. Una corretta “indagine”, però, come emerge chiaramente dalla sentenza della Cassazione n. 50352/2016, pretende una riflessione che investa anche la materia di volta in volta oggetto delle investigazioni, latamente intese: la materia è presidiata dalla legge penale? (23).

Ovviamente, come accennato, la risposta al quesito non potrà che avvenire per ogni singolo ambito; qui, per rimanere in tema con l’oggetto delle riflessioni proposte, ci si può limitare al quesito se la materia ambientale è presidiata dalla legge penale (?).

Ora, in verità, in merito a ciò la risposta appare quasi immediata: la materia ambientale è presidiata dalla legge penale. A riprova si consideri solamente la riforma intercorsa nel 2015 (24), volta ad inasprire la risposta repressiva dello Stato contro comportamenti in grado di impattare negativamente sull’ambiente.

D’altronde, il tutto appare in piena linea di coerenza logica con i numerosi dibattiti politici diffusisi sia in ambito nazionale sia in contesti internazionali (25), che hanno avuto ad oggetto il tema. Oramai il diritto ambientale costituisce un modernissimo terreno di confronto e di dialogo: è presidiato dalla legge penale. Ciò ha reso ancor più attuale questo rinnovato confronto in merito alla qualifica attribuibile agli operatori ARPA.

Note conclusive.

Dunque, in conclusione, le Alte Corti hanno dato risposta ai quesiti ed alle istanze che provenivano da più parti e nel far ciò, hanno fornito criteri, di certa utilità, spendibili anche in altri e futuri casi, qualora si aprisse un nuovo dibattito.

In ultima istanza, solo si nota che, se da un lato le due pronunce, riconoscendo la qualifica P.g. al personale ARPA, hanno reso più incisive le loro attività di vigilanza; dall’altro, seppur in maniera apparentemente mediata, hanno comunque fornito tutela ai cittadini. Ciò perché la sentenza della Consulta, ad esempio, finisce con l’essere un monito a future iniziative regionali sul tema e poi, visto anche la (corposa) giurisprudenza di legittimità sulla questione, tengono accesi i riflettori sulle attività di P.g. e sull’importanza che queste siano sempre legittime.

Infine, si segnala come la Corte costituzionale, rilevata la violazione dell’art. 117 Cost., ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 31, co. 4,

(23) Questo è uno dei quesiti cui deve dar risposta l’interprete.

(24) Legge n. 68 del 2015.

(25) Si pensi, per ultimo, alla Conferenza di Parigi del 2016.

della Legge della Regione Basilicata n. 37 del 2015, nella parte in cui riteneva di poter attribuire al personale ARPAB, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, la qualifica e le funzioni di Polizia giudiziaria; e ciò (al tempo della Legge incriminata) senza che vi fosse una fonte di provenienza statale.

Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2017 n. 8 - Pres. P. Grossi, Red. N. Zanon - Giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 31, comma 4, della legge della Regione Basilicata 14 settembre 2015, n. 37 (avv. St. P.G. Marrone per il Presidente del Consiglio dei ministri).

Ritenuto in fatto

1.- Con ricorso notificato il 12-17 novembre 2015, depositato il 17 novembre 2015 e iscritto al n. 100 del registro ricorsi 2015, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha promosso questione di legittimità costituzionale in via principale dell'art. 31, comma 4, della legge della Regione Basilicata 14 settembre 2015, n. 37, recante «Riforma Agenzia Regionale per l'Ambiente di Basilicata (A.R.P.A.B.)», per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione.

1.1.- Ricorda, anzitutto, il ricorrente che la legge reg. Basilicata n. 37 del 2015 disciplina l'Agenzia regionale per la protezione ambientale della Basilicata (d'ora in avanti: ARPAB), ente che era già stato istituito dalla legge della Regione Basilicata 19 maggio 1997, n. 27 (Istituzione dell'Agenzia regionale per l'ambiente della Basilicata. A.R.P.A.B.); che tra le attività istituzionali obbligatorie svolte dall'Agenzia vi sono quelle di prevenzione, di monitoraggio e di controllo ambientale (elencate all'art. 6 della legge reg. Basilicata n. 37 del 2015); e che il personale addetto a tali attività è individuato, con proprio atto, dal direttore generale dell'ARPAB (art. 31, comma 1, legge reg. Basilicata n. 37 del 2015).

In tale quadro normativo, il Presidente del Consiglio dei ministri lamenta l'illegittimità costituzionale del comma 4 dell'art. 31 della legge reg. Basilicata n. 37 del 2015, il quale, dopo aver stabilito che «[a]l personale dell'A.R.P.A.B., incaricato dell'espletamento delle funzioni di vigilanza e controllo si applicano le disposizioni sul personale ispettivo di cui all'articolo 2-bis del D.L. 4 dicembre 1993, n. 496 convertito con modificazioni nella legge 21 gennaio 1994, n. 61», prevede che «[n]ell'esercizio delle funzioni di vigilanza tale personale riveste anche la qualifica di ufficiale o agente di polizia giudiziaria». Secondo il ricorrente tale disposizione, nella parte in cui attribuisce al personale dell'ARPAB, nello svolgimento delle funzioni di vigilanza, «la qualifica di ufficiale o agente di polizia giudiziaria», sconfinerebbe in ambiti riservati alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., il quale affida alla legge statale la materia «giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale».

Sono richiamate la sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 2003, nella quale sarebbe stato affermato che l'attribuzione di funzioni di polizia giudiziaria spetta alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di giurisdizione penale, e le successive sentenze n. 167 del 2010 e n. 35 del 2011, con cui sono state dichiarate costituzionalmente illegittime norme regionali che attribuivano agli addetti della polizia locale la qualifica di agenti e ufficiali di polizia giudiziaria. La Corte costituzionale avrebbe, dunque, in più occasioni affermato che il codice di procedura penale, agli artt. 55 e 57, concepisce la polizia giudiziaria quale «soggetto ausiliario di uno dei soggetti del rapporto triadico in cui si esprime la funzione giurisdi-

zionale (il pubblico ministero)» proprio nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato in materia di giurisdizione penale disposta dalla lettera l) del secondo comma dell'art. 117 Cost., con l'inevitabile conseguenza di sottrarre al legislatore regionale qualsiasi possibilità di attribuire la qualifica di ufficiale o agente di polizia giudiziaria.

Osserva, quindi, il ricorrente che la possibilità da ultimo ricordata non potrebbe trovare fondamento nella potestà legislativa residuale riconosciuta alle Regioni a statuto ordinario in ordine alla polizia amministrativa locale, né la disposizione impugnata potrebbe «trovare emenda» nel richiamo, contenuto nell'art. 31, comma 4, della legge reg. Basilicata n. 37 del 2015, all'art. 2-bis del decreto-legge 4 dicembre 1993, n. 496 (Disposizioni urgenti sulla riorganizzazione dei controlli ambientali e istituzione della Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 gennaio 1994, n. 61, il quale detta disposizioni sul personale ispettivo dell'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente.

L'Avvocatura generale dello Stato conclude ricordando quanto affermato dalla Corte costituzionale nella già menzionata sentenza n. 35 del 2011, ossia che il problema in discussione non è stabilire se la legge regionale impugnata sia o non sia conforme a quella statale, ma, ancora prima, se essa sia competente a disporre il riconoscimento delle qualifiche di ufficiale o agente di polizia giudiziaria.

(...) 3.- Con memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica, l'Avvocatura generale dello Stato dà atto dell'avvenuta abrogazione dell'art. 31, comma 4, della legge reg. Basilicata n. 37 del 2015 da parte dell'art. 10 della legge della Regione Basilicata 4 marzo 2016, n. 5 (Collegato alla Legge di stabilità regionale 2016). Essa ritiene, tuttavia, che non sussistano le condizioni per una pronuncia di cessazione della materia del contendere. Mentre la novella sarebbe certamente satisfattiva delle ragioni del ricorrente, non vi sarebbe invece prova della mancata applicazione della norma abrogata. L'Avvocatura generale dello Stato, sul punto, osserva che, nonostante la disposizione censurata sia rimasta in vigore per un lasso temporale «non eccessivo in termini assoluti», essa è di immediata applicazione e - anche in difetto di contrarie allegazioni da parte della Regione Basilicata, ... - è presumibile che abbia prodotto effetti.

Non potrebbe, dunque, escludersi - secondo l'Avvocatura generale dello Stato - che al personale dell'ARPAB, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, sia stata attribuita la qualifica di agente o ufficiale di polizia giudiziaria già all'indomani dell'entrata in vigore della disposizione impugnata, e che, dunque, sulla base di essa siano stati adottati atti incidenti sulla libertà o sui beni dei cittadini, i quali, in difetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale, non sarebbero travolti dalla sopravvenuta abrogazione, che non ha efficacia retroattiva.

Considerato in diritto

1.- Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'art. 31, comma 4, della legge della Regione Basilicata 14 settembre 2015, n. 37, recante «Riforma Agenzia Regionale per l'Ambiente di Basilicata (A.R.P.A.B.)», nella parte in cui prevede che il personale dell'ARPAB, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, riveste anche la qualifica di ufficiale o agente di polizia giudiziaria, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione.

Secondo il ricorrente la disposizione costituzionale da ultimo citata, affidando alla legge statale la materia «giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale», sottrarrebbe al legislatore regionale qualsiasi possibilità di attribuire ai funzionari dell'Agenzia regionale la qualifica di ufficiale o agente di polizia giudiziaria.

2.– Successivamente alla proposizione del ricorso, la Regione Basilicata ha approvato la legge regionale 4 marzo 2016, n. 5 (Collegato alla Legge di stabilità regionale 2016), nella quale è disposta, all'art. 10, comma 2, l'abrogazione della disposizione impugnata (art. 31, comma 4, ultimo periodo, della legge reg. Basilicata n. 37 del 2015).

Come rilevato dall'Avvocatura generale dello Stato, non sussistono, tuttavia, le condizioni per la dichiarazione di cessazione della materia del contendere.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, è a tal fine necessario il concorso di due requisiti: lo *ius superveniens* deve avere carattere soddisfacente delle pretese avanzate con il ricorso e le disposizioni censurate non devono avere avuto medio tempore applicazione (ex multis, sentenze n. 257, n. 253, n. 242, n. 199, n. 185, n. 155, n. 147, n. 101 e n. 39 del 2016).

Nel caso ora in esame, l'abrogazione dell'intera disposizione impugnata risulta soddisfacente delle ragioni del ricorrente.

Non sussistono, invece, elementi che dimostrino la sua mancata applicazione medio tempore o che ragionevolmente possano indurre ad escluderla. Essa è rimasta in vigore per un lasso di tempo relativamente contenuto (dal 1° ottobre 2015 al 5 marzo 2016), ma, indipendentemente da ciò, rileva, in primo luogo, la sua natura auto-applicativa (ex multis, sentenze n. 149 e n. 16 del 2015) e, in secondo luogo, la circostanza che la disposizione impugnata si pone in parziale continuità normativa con quanto previsto dalla precedente legge reg. Basilicata 19 maggio 1997, n. 27 (Istituzione dell'Agenzia regionale per l'ambiente della Basilicata. A.R.P.A.B.), la quale - all'art. 3, comma 2, ultimo periodo - prevedeva che «[i]l Direttore dell'A.R.P.A.B. con proprio atto individua il personale che ai fini dell'espletamento delle attività di istituto deve disporre della qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria». Pur se le due disposizioni recano formulazioni non coincidenti, esse mirano allo stesso obiettivo, cioè attribuire al personale dell'ARPAB la qualifica di ufficiale o agente di polizia giudiziaria. E anche tale parziale continuità normativa induce a non escludere che la disposizione ora impugnata abbia trovato applicazione nel territorio regionale.

3.– Nel merito, la questione è fondata.

Accanto a quella effettivamente impugnata, altre leggi regionali hanno affrontato il problema qui in discussione, con formulazioni diverse ma convergenti nel disporre che al personale delle agenzie sia possibile attribuire la qualifica di ufficiale o agente di polizia giudiziaria (con attribuzione diretta ex lege, ovvero affidando ad una autorità amministrativa la concreta individuazione dei funzionari muniti della qualifica). Tale scelta si spiega con l'obiettivo di rendere maggiormente efficace l'attività ispettiva in materia ambientale, in un contesto normativo statale che, anteriormente alla riforma recata dall'art. 14, comma 7, della legge 28 giugno 2016, n. 132 (Istituzione del Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente e disciplina dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale), si prestava ad opposte interpretazioni in ordine all'esistenza di una fonte (appunto, statale) idonea ad attribuire al personale ispettivo delle agenzie la qualifica in questione (si vedano, da un lato, Consiglio di Stato - sezione seconda consultiva, adunanza di sezione del 23 maggio 2012; dall'altro, Corte di cassazione, sezione terza penale, 3-28 novembre 2016, n. 50352, che offrono contrastanti soluzioni sulla possibilità di fondare l'attribuzione in parola sull'art. 21 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, recante «Istituzione del servizio sanitario nazionale», sugli artt. 03, 2-bis, e 5 del decreto-legge 4 dicembre 1993, n. 496, recante «Disposizioni urgenti sulla riorganizzazione dei controlli ambientali e istituzione della Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente», convertito, con modificazioni, dalla legge 21 gennaio 1994, n. 61, e, infine, sul decreto del Ministro della sanità 17 gennaio 1997, n. 58, recante «Regola-

mento concernente la individuazione della figura e relativo profilo professionale del tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro»). Attualmente, il delicato problema è stato risolto dal ricordato art. 14, comma 7, della legge statale n. 132 del 2016, che autorizza i legali rappresentanti delle agenzie regionali per la protezione ambientale a individuare e nominare, tra il personale ispettivo, i dipendenti che, nell'esercizio delle loro funzioni, operano con la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria.

Anche a prescindere dall'opportuna soluzione ora introdotta dal legislatore competente, la disposizione impugnata è in contrasto con la costante giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 35 del 2011, n. 167 del 2010 e n. 313 del 2003), elaborata in relazione a disposizioni di leggi regionali che attribuivano la qualifica in discussione al personale della polizia locale o del corpo forestale regionale. Essa ha sempre affermato che ufficiali o agenti di polizia giudiziaria possono essere solo i soggetti indicati all'art. 57, commi 1 e 2, del codice di procedura penale, nonché quelli ai quali le leggi e i regolamenti attribuiscono le funzioni previste dall'art. 55 del medesimo codice, aggiungendo che le fonti da ultimo richiamate non possono che essere statali. Ciò perché le funzioni in esame ineriscono all'ordinamento processuale penale, che configura la polizia giudiziaria «come soggetto ausiliario di uno dei soggetti del rapporto triadico in cui si esprime la funzione giurisdizionale (il pubblico ministero)» (così, in particolare, la sentenza n. 35 del 2011).

Gli stessi principi vanno affermati in relazione all'attribuzione della qualifica in questione, operata da legge regionale, al personale ispettivo dell'Agenzia regionale per la protezione ambientale della Regione Basilicata. Ne consegue l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. della disposizione impugnata, in quanto invasiva della competenza esclusiva statale in materia di giurisdizione penale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 4, della legge della Regione Basilicata 14 settembre 2015, n. 37, recante «Riforma Agenzia Regionale per l'Ambiente di Basilicata (A.R.P.A.B.)», nella parte in cui prevede che «[n]ell'esercizio delle funzioni di vigilanza tale personale riveste anche la qualifica di ufficiale o agente di polizia giudiziaria».

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 6 dicembre 2016.

Cassazione penale, Sezione 3, sentenza 28 novembre 2016 n. 50352 - Pres. A. Fiale, Rel. E. Mengoni - Ricorso proposto da Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze nel procedimento nei confronti di I.T., avverso la sentenza del 14 agosto 2015 del Tribunale di Firenze.

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 14 agosto 2015, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Firenze dichiarava non luogo a procedere nei confronti di T.I. - indagato per il reato di cui agli artt. 192, 256, d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 - perché il fatto non sussiste; rilevava, al riguardo, che l'accusa si fondava esclusivamente su atti di indagine compiuti da personale dell'A.r.pa.t., al quale non può esser riconosciuta la qualifica di polizia giudiziaria, sì da risultare gli atti medesimi «radicalmente inutilizzabili».

2. Propone ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze, deducendo - con unico motivo - la violazione dell'art. 57 cod. proc. pen. e del d.m. n. 58 del 1997. Premesso il carattere oggettivamente controverso della questione, specie in ordine all'individuazione dell'autorità competente ad assegnare la qualifica in oggetto, e richiamata la legge Regione Toscana n. 12 del 2013 (che la stessa qualifica ha espressamente riconosciuto, così però inducendo dubbi di incostituzionalità), si afferma che la soluzione affermativa non potrebbe, tuttavia, esser negata in forza di una lettura congiunta ed armonica degli articoli citati (e delle disposizioni contrattuali del personale *de quo*); a mente dei quali, infatti, tali soggetti - addetti a funzioni di prevenzione, verifica e controllo in materia di igiene e sicurezza ambientale, presidiate dalla legge penale - ricoprirebbero senza dubbio la qualifica di cui trattasi, senza peraltro rendere necessario il conferimento della stessa attraverso espressa previsione normativa.

3. Con requisitoria scritta del 7 marzo 2016, il Procuratore generale presso questa Corte ha chiesto annullarsi con rinvio il provvedimento impugnato, condividendo le tesi del ricorrente.

CONSIDERATO IN DIRITTO

3. Il ricorso merita accoglimento.

Rileva innanzitutto il Collegio che la sentenza impugnata - lungi dall'affermare con motivata sicurezza un principio di diritto, per poi porlo a fondamento della decisione - ha sottolineato in primo luogo il carattere controverso della questione, «a più riprese e a più livelli dibattuta e nel tempo si sono così susseguiti vari pronunciamenti e pareri, di segno opposto tra loro, che hanno prima affermato e poi negato che il personale Arpa abbia ricevuto, da norme di rango statale, la qualifica di u.p.g.»; mossa questa premessa, il Giudice ha quindi ritenuto opportuno «prendere atto dell'orientamento che, certamente nel circondario fiorentino, si è affermato, e che fa discendere da ciò l'assenza della qualifica» in oggetto. Orientamento, subito dopo, argomentato con il richiamo al d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (*Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*) ed al d.m. 17 gennaio 1997, n. 58 (*Regolamento concernente la individuazione della figura e relativo profilo professionale del tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro*), così poi concludendo che la disciplina di quest'ultimo non può trovare applicazione nei confronti del personale A.r.p.a.t., non concernendo - *in parte qua* - il settore della tutela delle acque e della corretta gestione dei rifiuti.

4. Orbene, ritiene il Collegio che questa conclusione non possa esser condivisa, in uno con la premessa argomentativa che la sostiene, in forza delle considerazioni di cui al ricorso, che si apprezzano per la particolare lucidità e fondatezza.

5. In tal senso, quindi, occorre muovere dall'art. 57 cod. proc. pen., a mente del cui comma 3 "sono altresì ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, nei limiti del servizio cui sono destinate e secondo le rispettive attribuzioni, le persone alle quali le leggi e i regolamenti attribuiscono le funzioni previste dall'articolo 55"; da individuarsi, queste ultime, nel "prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale", nonché nello svolgere "ogni indagine e attività disposta o delegata dall'autorità giudiziaria".

Di seguito, occorre richiamare la legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, la quale - all'art. 21 (*Organizzazione dei servizi di prevenzione*) - stabilisce che "in applicazione di quanto disposto nell'ultimo comma dell'art. 27, D.P.R. 24 luglio 1977,

n. 616 (12/b), spetta al prefetto stabilire, su proposta del presidente della regione, quali addetti ai servizi di ciascuna unità sanitaria locale, nonché ai presidi e servizi di cui al successivo articolo 22 assumano ai sensi delle leggi vigenti la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria, in relazione alle funzioni ispettive e di controllo da essi esercitate relativamente all'applicazione della legislazione sulla sicurezza del lavoro (comma 3). Al personale di cui al comma precedente è esteso il potere d'accesso attribuito agli ispettori del lavoro dall'art. 8, secondo comma, nonché la facoltà di diffida prevista dall'art. 9, D.P.R. 19 marzo 1955, n. 520" (comma 4).

Tale disposizione, sia pur direttamente non riferibile al caso di specie (poiché attinente soltanto alla materia della sicurezza del lavoro), deve però esser letta in combinato disposto con il d.l. 4 dicembre 1993, n. 496 (*Disposizioni urgenti sulla riorganizzazione dei controlli ambientali e istituzione dell'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente*), convertito nella l. 21 gennaio 1994, n. 61, il cui art. 03 stabilisce che "Per lo svolgimento delle attività di interesse regionale di cui all'articolo 01 e delle ulteriori attività tecniche di prevenzione, di vigilanza e di controllo ambientale, eventualmente individuate dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano, le medesime regioni e province autonome con proprie leggi, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, istituiscono rispettivamente Agenzie regionali e provinciali, attribuendo ad esse o alle loro articolazioni territoriali le funzioni, il personale, i beni mobili e immobili, le attrezzature e la dotazione finanziaria dei presidi multinazionali di prevenzione, nonché il personale, l'attrezzatura e la dotazione finanziaria dei servizi delle unità sanitarie locali adibiti alle attività di cui all'articolo 01".

Lo stesso decreto, al successivo art. 2-bis, prescrive poi che, "nell'espletamento delle funzioni di controllo e di vigilanza di cui al presente decreto, il personale ispettivo dell'ANPA, per l'esercizio delle attività di cui all'articolo 1, comma 1, e delle Agenzie di cui all'articolo 03 può accedere agli impianti e alle sedi di attività e richiedere i dati, le informazioni e i documenti necessari per l'espletamento delle proprie funzioni. Tale personale è munito di documento di riconoscimento rilasciato dall'Agenzia di appartenenza. Il segreto industriale non può essere opposto per evitare od ostacolare le attività di verifica o di controllo".

Da ultimo, e soltanto per via cronologica, occorre qui richiamare il già citato decreto ministeriale 17 gennaio 1997, n. 58 (*Regolamento concernente la individuazione della figura e relativo profilo professionale del tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro*), con il quale il Ministro della Sanità, prima ancora di elencare le competenze spettanti al tecnico medesimo, afferma (art. 1, comma 2) che "Il tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro, operante nei servizi con compiti ispettivi e di vigilanza è, nei limiti delle proprie attribuzioni, ufficiale di polizia giudiziaria; svolge attività istruttoria, finalizzata al rilascio di autorizzazioni o di nulla osta tecnico sanitari per attività soggette a controllo".

Orbene, così richiamata la normativa di riferimento, occorre innanzitutto evidenziare che la stessa - di natura legislativa e regolamentare - riveste indubbio carattere generale, relativo cioè all'intero territorio nazionale, come (implicitamente) richiesto dal citato art. 57 cod. pen. proprio in tema di attribuzione delle funzioni di polizia giudiziaria; dal che, l'irrelevanza, nel caso di specie, della l. Regione Toscana 22 giugno 2009, n. 30, novellata sul punto dalla l. r. 2 aprile 2013, n. 12, che ha comunque, parimenti, attribuito al direttore generale dell'Arpat (in luogo del prefetto, come sopra indicato) la competenza ad individuare - peraltro, "con atto di natura ricognitiva" - il personale che, nell'ambito delle attività di ispezione e vigilanza, svolge funzioni di ufficiale di polizia giudiziaria.

Di seguito, ed in adesione alla prospettazione del Procuratore ricorrente, sottolinea il

Collegio che tale disciplina - e, in particolare, il citato decreto ministeriale n. 58 del 1997, in uno con il d. l. n. 496 del 1993 - costituisce un imprescindibile e chiaro supporto normativo per affermare la qualifica di cui trattasi in capo al personale in esame, proprio in ragione delle specifiche competenze allo stesso attribuite ed alla rilevanza - anche costituzionale - del bene al quale le stesse attengono, oggetto di tutela penale; in particolare, il decreto medesimo - emanato in attuazione del d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, ripreso nell'ordinanza impugnata - stabilisce (art. 1, comma 1) che "il tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro è l'operatore sanitario che, in possesso del diploma universitario abilitante, è responsabile, nell'ambito delle proprie competenze, di tutte le attività di prevenzione, verifica e controllo in materia di igiene e sicurezza ambientale nei luoghi di vita e di lavoro, di igiene degli alimenti e delle bevande, di igiene di sanità pubblica e veterinaria". Una competenza ampia, quindi, diffusamente descritta al comma 3 dell'art. 1, a mente del quale il tecnico medesimo: a) istruisce, determina, contesta e notifica le irregolarità rilevate e formula pareri nell'ambito delle proprie competenze; b) vigila e controlla gli ambienti di vita e di lavoro e valuta la necessità di effettuare accertamenti ed inchieste per infortuni e malattie professionali; c) vigila e controlla la rispondenza delle strutture e degli ambienti in relazione alle attività ad esse connesse; d) vigila e controlla le condizioni di sicurezza degli impianti; e) vigila e controlla la qualità degli alimenti e bevande destinati all'alimentazione dalla produzione al consumo e valuta la necessità di procedere a successive indagini specialistiche; f) vigila e controlla l'igiene e sanità veterinaria, nell'ambito delle proprie competenze, e valuta la necessità di procedere a successive indagini; g) vigila e controlla i prodotti cosmetici; h) collabora con l'amministrazione giudiziaria per indagini sui reati contro il patrimonio ambientale, sulle condizioni di igiene e sicurezza nei luoghi di lavoro e sugli alimenti. Fino a stabilirsi, quale disposizione di chiusura, che lo stesso tecnico della prevenzione dell'ambiente "vigila e controlla quant'altro previsto da leggi e regolamenti in materia di prevenzione sanitaria e ambientale, nell'ambito delle proprie competenze" (art. 1, comma 3, lett. i).

Competenze per le quali - si ribadisce - lo stesso decreto n. 58/1997 riconosce la qualifica di polizia giudiziaria anche al personale dell'A.r.p.a.t. che ha compiuto gli accertamenti di cui al giudizio in esame; si da condividere l'assunto del Procuratore ricorrente in forza del quale, «poiché la tutela dell'ambiente è materia presidiata dalla legge penale, le funzioni di vigilanza e controllo che la citata normativa statale riconosce (e, quanto alla Regione Toscana, anche la conforme e successiva legislazione regionale) ai Tecnici delle Agenzie Regionali non possono non essere ricondotte nell'alveo della previsione di cui all'art. 55 c.p.p. e, quanto alla qualifica spettante ai soggetti che ne sono titolari, alla generale previsione di cui al citato terzo comma del successivo art. 57 c.p.p.».

E sì, ancora, da imporre l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio al Tribunale di Firenze, per l'ulteriore esame del procedimento.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata con rinvio al Tribunale di Firenze.

Così deciso in Roma, il 3 novembre 2016.

Il “rito Fornero” e le controversie aventi ad oggetto l’impugnativa dei licenziamenti instaurate dai pubblici dipendenti “contrattualizzati”

NOTA A TRIBUNALE DI NAPOLI, SEZ. LAV., ORDINANZA 8 FEBBRAIO 2017

*Anna Andolfi**

SOMMARIO: 1. La “riforma Fornero” e il licenziamento del pubblico dipendente - 2. La controversia questione dell’applicabilità dell’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, novellato dalla “riforma Fornero”, al pubblico impiego - 3. La controversia questione dell’applicabilità del “rito Fornero” al pubblico impiego - 4. Brevi cenni sulla qualità della cognizione nella prima fase del “rito Fornero” - 5. Considerazioni conclusive.

1. La “riforma Fornero” e il licenziamento del pubblico dipendente.

L’ordinanza che si annota prende posizione su una delle questioni più controverse sorte con l’entrata in vigore della legge 28 giugno 2012, n. 92, vale a dire l’applicabilità (o meno) del rito per l’impugnativa dei licenziamenti, disciplinato dall’art. 1, commi 47 ss., della citata legge, alle controversie aventi ad oggetto l’impugnativa dei licenziamenti instaurate dai pubblici dipendenti “contrattualizzati”.

Infatti, sin dall’entrata in vigore della legge n. 92/2012, dottrina e giurisprudenza hanno nutrito dubbi in ordine all’ambito di applicazione della riforma.

I maggiori dubbi sono sorti soprattutto a causa dell’equivoca formulazione dei commi 7 e 8 dell’art. 1, L. n. 92/2012, concernenti la disciplina transitoria (1).

Il problema posto all’interprete è stabilire se l’applicazione al dipendente presso le pubbliche amministrazioni delle disposizioni di cui alla legge n. 92 del 2012 sia condizionata al soddisfacimento delle iniziative, di cui al comma 8, da parte del Ministero per la Pubblica Amministrazione.

L’incertezza interpretativa posta dalle predette disposizioni è ulteriormente aggravata dalle previsioni di cui agli artt. 2 e 51 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, le quali prevedono una estensione generalizzata delle regole vigenti nel settore privato, ivi inclusa la legge 20 maggio 1970, n. 300, ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (2).

(*) Dottore in Giurisprudenza, già praticante forense presso l’Avvocatura distrettuale di Napoli.

(1) Mentre il comma 7 prevede che «Le disposizioni della presente legge, per quanto ad esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni [...]», il comma 8 dispone che «Ai fini dell’applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche».

(2) COSMAI P., *La questione dell’applicabilità del rito Fornero al pubblico impiego*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, 790.

Su queste basi in dottrina e in giurisprudenza sono emerse diverse opzioni ermeneutiche circa i confini applicativi della riforma “Fornero”, con riferimento sia ai profili sostanziali che a quelli processuali della predetta riforma.

2. La controversa questione dell'applicabilità dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, novellato dalla “riforma Fornero”, al pubblico impiego.

La tesi favorevole all'applicazione dell'art. 18, come modificato dalla legge n. 92/2012 al pubblico impiego, fa leva sulla assimilazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti presso le pubbliche amministrazioni ai lavoratori del settore privato (3), assimilazione confermata dal “rinvio mobile” di cui all'art. 51, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001, il quale imporrebbe l'applicazione del novellato art. 18 anche ai rapporti di lavoro pubblico (4).

La tesi contraria si fonda sulla incompatibilità con il pubblico impiego degli obiettivi della riforma - vale a dire l'incremento occupazionale, agevolando la c.d. flessibilità in uscita - atteso che l'impiego presso le Amministrazioni ha un sistema di accesso diverso da quello privato e basato esclusivamente sul pubblico concorso (5). Inoltre, come evidenziato dai sostenitori della tesi in esame, posto che il rinvio di cui all'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, ha l'effetto di estendere al pubblico impiego tutte le norme sul lavoro privato, i commi 7 e 8 dell'art. 1, della l. n. 92/2012 avrebbero lo scopo specifico di paralizzare l'efficacia del predetto rinvio, rendendo inapplicabili le disposizioni di cui alla “riforma Fornero” (6).

La tesi in ultimo esaminata ha il pregio di offrire una soluzione che tenga conto delle diversità ontologiche tra il settore pubblico e quello privato, con particolare riferimento alle disposizioni in tema di licenziamento individuale. Si consideri, infatti, che l'art. 55 del D.Lgs. n. 165/2001 prevede che le disposizioni dettate in tema di procedura disciplinare del pubblico dipendente, nonché in tema di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, sono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1418, comma 2, c.c., la cui violazione dovrebbe comportare la nullità del recesso. Viceversa, la disci-

(3) CAVALLARO L., *Pubblico Impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: “difficile convivenza” o “coesistenza pacifica”?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT - 176/2013; ID., *Perché il nuovo art. 18 St. lav. si applica al pubblico impiego*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2013, 6, 927 ss.; CURZIO P., *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*. IT - 258/2012.

(4) GRAZIA M.A., *La disciplina del licenziamento nel pubblico impiego dopo la riforma Fornero*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, 77 ss.

(5) CARINCI F., *Ripensando il nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2013, 3, 461 ss.; ID., *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2013, 6, 913 ss.; BARBERI M., *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBERI M., DALFINO D., *Il licenziamento individuale*, 2013, Cacucci Editore, Bari, 49.

(6) BARBERI M., *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 49.

plina introdotta dalla legge n. 92/2012 ha generalizzato la tutela risarcitoria, sancendo la nullità del recesso datoriale nei soli casi tassativamente indicati nel comma 1 dell'art. 18, legge n. 300/1970 (7). Il limite della tesi in ultimo citata può individuarsi nella difficoltà di ipotizzare la coesistenza di due diversi articoli 18 dello Statuto dei Lavoratori, posto che, come testualmente previsto dall'art. 1, comma 42, della legge n. 92/2012, il vecchio testo dell'art. 18 sarebbe stato sostituito dalla formulazione di nuovo conio.

Si registra, infine, una tesi intermedia (8), la quale sussume tutte le ipotesi di illegittimità del licenziamento del pubblico dipendente alla tutela reintegratoria piena di cui al primo comma dell'art. 18 dello St. Lav., lasciando i restanti tre regimi sanzionatori di cui ai commi successivi (9) al solo impiego privato. L'opzione ermeneutica in esame si fonda sul carattere imperativo delle disposizioni contenute negli artt. 55 ss. del D.Lgs. n. 165/2001 e sulla impossibilità di configurare, in capo al lavoratore pubblico illegittimamente licenziato, una tutela meramente risarcitoria (10), in considerazione delle maggiori difficoltà di accesso al pubblico impiego.

La tesi in ultimo menzionata ha ispirato la prima pronuncia di legittimità sulla tematica della applicabilità al pubblico dipendente della novellata disciplina di cui all'art. 18 della legge n. 300/1970. La Corte di Cassazione infatti, con la sentenza 26 novembre 2015, n. 24157 (11), sul presupposto dell'applicabilità del novellato art. 18, ha sancito che le violazioni formali della procedura disciplinare promossa nei confronti del pubblico dipendente danno vita alla tutela reintegratoria piena di cui al primo comma della predetta disposizione (12).

Il dibattito sulla tormentata questione del perimetro applicativo della "riforma Fornero" ha assunto nuovo vigore con il D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (13), il quale opta per una netta esclusione delle pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione della riforma. L'art. 1, comma 1, del richiamato decreto le-

(7) GRAZIA M.A., *La disciplina del licenziamento nel pubblico impiego dopo la riforma Fornero*, cit., 77.

(8) DE LUCA M., *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alla dipendenza di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 178/2013.

(9) Vale a dire la tutela reintegratoria attenuata di cui ai commi 4 e 7 dell'art. 18, la tutela indennitaria piena di cui al comma 5 del novellato art. 18 e la tutela indennitaria attenuata o debole di cui al comma 6 dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori (BARBERI M., *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 18 ss.).

(10) GIORGI E., *Art. 18 Stat. Lav. e impiego pubblico contrattualizzato: brevi riflessioni su un re-
virement giurisprudenziale*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, 7, 679.

(11) In *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2015, 3-4, 510 ss., con nota di TAMPIERI A.

(12) GRAZIA M.A., *La disciplina del licenziamento nel pubblico impiego dopo la riforma Fornero*, cit., 83.

(13) Recante «disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183».

gislativo, infatti, definendo il campo di applicazione nella normativa, identifica come destinatari le categorie dei lavoratori privati definiti dall'art. 2095 c.c. (14).

Un ultimo importante arresto, nel dibattito relativo ambito di applicazione del novellato art. 18 St. Lav., si è avuto con la sentenza della Corte di Cassazione, n. 11868 del 9 giugno 2016 (15). La Suprema Corte, dopo aver illustrato gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali formatisi sul tema, mutando il precedente orientamento, ha escluso l'applicabilità, ai dipendenti pubblici "contrattualizzati", della disciplina di cui all'art. 18 della legge n. 300/1970. Secondo il giudice di legittimità, sino all'intervento normativo di cui al comma 8, art. 1, legge n. 92/2012, "non si estendono ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni le modifiche apportate all'art. 18 dello Statuto, con la conseguenza che la tutela da riconoscere a detti dipendenti in caso di licenziamento illegittimo resta quella assicurata dalla previgente formulazione della norma" (16). La Corte, al fine di salvaguardare la specialità della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, propende per la perdurante vigenza dell'art. 18 della legge n. 300/1970 nel testo antecedente alla legge n. 92/2012 limitatamente ai rapporti di lavoro di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 165/2001. Tale opzione ermeneutica, tuttavia, suscita qualche perplessità in quanto, valorizzando eccessivamente la disposizione transitoria di cui al comma 8, art. 1, legge n. 92/2012, finisce per scavalcare il dato letterale dell'art. 1, comma 42, della predetta legge, il quale ha *sic et simpliciter* sostituito la precedente formulazione dell'art. 18 con quella di nuovo conio.

3. La controversa questione dell'applicabilità del "rito Fornero" al pubblico impiego.

Il dibattito in ordine all'ambito di applicazione della legge n. 92/2012 ha investito non soltanto i profili sostanziali, ma anche quelli processuali della riforma.

Com'è noto, il legislatore, con la legge 28 giugno 2012, n. 92, in evidente controtendenza rispetto alla scelta operata con il D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (17), ripropone la tecnica della tutela giurisdizionale differenziata (18), introducendo un rito *ad hoc* per la trattazione delle controversie aventi ad og-

(14) Secondo una parte della dottrina, l'intervento normativo in ultimo citato, in sostanziale continuità con la "riforma Fornero", testimonierebbe la tendenza alla progressiva disgregazione del principio della privatizzazione del lavoro pubblico (MAINARDI S., *Il campo di applicazione del d.lgs. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2015, 1, 37 ss.; sulla c.d. "riforma Fornero", ROMEO C., *La "legge Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2012, 721). Con riferimento ai profili processuali del D.Lgs. n. 23/2015 si rinvia a BORGHESI D., *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in www.judicium.it; DE ANGELIS L., *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 250/2015.

(15) In *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, 7, 674 ss., con nota di GIORGI E.

(16) Sul punto anche PUCETTI E., *Il nuovo articolo 18 si applica al pubblico impiego, anzi no*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2016, 6, 949 ss.

getto l'impugnativa dei licenziamenti, nelle quali si chiede l'applicazione di una o più delle tutele previste nel novellato art. 18 della legge n. 300 del 1970.

La disciplina di riferimento è contenuta nei commi da 47 a 69 dell'art. 1, l. n. 92 del 2012, i quali disegnano un rito strutturato in quattro fasi: primo grado di giudizio a struttura bifasica (prima fase, sommaria, da concludersi, in tempi brevi, con ordinanza «immediatamente esecutiva», che si svolge dinanzi al tribunale in funzione di giudice del lavoro; fase, eventuale, di opposizione, avverso l'ordinanza, che si svolge dinanzi al medesimo tribunale e che sarà definita con sentenza); secondo grado di giudizio, eventuale, da proporsi, mediante "reclamo", dinanzi alla Corte d'Appello; terzo ed eventuale grado di giudizio, dinanzi alla Corte di Cassazione avverso la sentenza pronunciata dal giudice d'appello (19).

Il rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti - in particolare nella prima fase sommaria, strutturata in modo da consentire di pervenire, nel più breve tempo possibile, ad un accertamento circa la legittimità o meno del licenziamento - risponde senz'altro alle esigenze celerità e di certezza ampiamente espresse dal legislatore con la L. n. 92/2012 (20).

(17) Recante «disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69». Tale riforma mira a ricondurre i molteplici riti civili, previsti da leggi speciali, ai tre riti previsti nel codice di procedura civile: rito ordinario di cognizione, rito del lavoro, procedimento sommario di cognizione.

(18) PROTO PISANI A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli 2003, spec. *Problemi della cd. tutela giurisdizionale differenziata*, 227 ss.; ID., *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Il Foro Italiano*, 2006, 53.

(19) Per una dettagliata analisi del rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti si rinvia a CONSOLO C., RIZZARDO D., *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Il Corriere Giuridico*, 2012, 6, 735 ss.; CURZIO P., *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 158/2012; DALFINO D., *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012 n. 92)*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2012, 3, 759 ss.; ID., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2013, 2, 159 ss.; ID., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: aggiornamento*, ivi, 2014, 1, 3 ss.; ID., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: le questioni ancora aperte*, ivi, 3, 397 ss.; ID., *L'impugnativa del licenziamento secondo il cd. rito "Fornero": questioni interpretative*, in *Il Foro Italiano*, 2013, 1, 6 ss.; DE LUCA M., *La disciplina dei licenziamenti tra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 175/2013; DE CRISOTFARO M., GIOIA G., *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in CESTER C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*, Cedam, Padova 2013, 379 ss.; FICARELLA G., *Il rito "Fornero" a due anni dall'entrata in vigore: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2014, 4, 1211 ss.; LUISSO F.P., *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in *www.judicium.it*; PAGNI I., *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012, n. 92: note brevi sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2013, 1, 339 ss.; VERDE G., *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, 1, 299 ss.

(20) La legge, infatti, detta una serie di disposizioni dirette a ridurre il grado di incertezza derivante dall'impugnativa del licenziamento, incertezza che può volgere a danno del datore di lavoro e del lavoratore, ponendoli in una situazione di attesa per tutta la durata del processo. Rispondono senz'altro a questa esigenza: l'introduzione di un tetto massimo all'indennità risarcitoria, nonché la riduzione del secondo termine per l'impugnativa giudiziale del licenziamento, da 270 a 180 giorni.

Il nuovo rito si applica, come dispone il comma 47, art. 1, L. 92/2012 «alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro». Il criterio scelto dal legislatore fa perno, dunque, sulla disciplina sostanziale dei licenziamenti: quando, impugnando il licenziamento, il lavoratore chiedi una (o più) delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav., la domanda dovrà essere proposta nelle forme di cui al comma 48, art. 1, L. n. 92/2012.

L'entrata in vigore del rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti ha posto all'interprete numerose questioni interpretative, di cui solo alcune di queste hanno trovato soluzione in sede giurisprudenziale (21). Tra le principali questioni ermeneutiche vi è quella relativa all'attrazione (o meno) delle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti dei dipendenti presso le pubbliche amministrazioni all'ambito di applicazione del rito speciale, questione affrontata dal giudice di merito nell'ordinanza che si annota.

Fermo quanto sopra esposto con riferimento alla questione dell'(in)applicabilità del novellato art. 18 dello St. lav. al pubblico impiego, per quanto riguarda i profili processuali della riforma "Fornero" si potrebbe ritenere non applicabile la disciplina transitoria di cui ai più volte citati commi 7 e 8, art. 1, legge n. 92/2012, soprattutto perché non sembra possa riconoscersi, nella

(21) Tra le numerose questioni controverse si segnalano: la fruibilità del rito speciale da parte del datore di lavoro (DALFINO D., *Obbligatorietà del cd. rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2014, 2, 396 ss.; IZZO S., *La legittimazione del datore di lavoro nel nuovo rito per l'impugnativa dei licenziamenti*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2013, 2, 406 ss.; ID., *La legittimazione del datore di lavoro e la complessità della fase sommaria del c.d. rito Fornero alle sezioni unite*, in *Il Foro Italiano*, 2014, 6, 1858 ss.; ID., *Le sezioni unite, il c.d. rito Fornero e l'ammissibilità della domanda del datore di lavoro, «si parva non liquet»*, ivi, 9, 2760 ss.; PICCININI A., *Richiesta di accertamento della legittimità del licenziamento ex rito Fornero da parte del datore di lavoro*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2013, 4, 376 ss.), le domande proponibili con il rito speciale e la connessa questione delle conseguenze in caso di erronea individuazione del rito applicabile (BUONCRISTIANI D., *La conversione del rito Fornero in rito laburistico*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2014, 2, 610 ss.; MUTARELLI M.M., *È davvero "improponibile" nel rito Fornero la domanda di tutela ex art. 8, l. n. 604/1966?*, in *Rivista giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2016, 2, 241 ss.), il rapporto tra la prima fase sommaria e la tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. (CAPONETTI S., *Rito Fornero e ricorso al provvedimento cautelare d'urgenza: un caso di delicata "chirurgia" processuale*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, 12, 1102 ss.; RUSCIANO S., *Procedimento di impugnativa di licenziamento: il complicato ricorso alla tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2013, 1, 653 ss.), la natura del giudizio di opposizione (GIORGI F.M., *La consulta si pronuncia sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 51, del rito Fornero*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, 8, 788 ss.; MINAFRA N., *Brevi note sull'incompatibilità tra il giudice della fase sommaria e il giudice dell'opposizione nel procedimento per l'impugnativa del licenziamento*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2014, 3, 811 ss.; PANZAROLA A., *Incompatibilità del giudice e impugnativa del licenziamento alla luce della nuova disciplina della legge Fornero*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2013, 8, 1540 ss.), l'applicabilità al reclamo di cui ai commi 58 a 61, art. 1, legge n. 92/2012, del c.d. "filtro in appello" (DE LUCA M., *Reclamo contro la sentenza di primo grado nel procedimento specifico in materia di licenziamenti (art. 1, commi 58 ss., legge 92 del 2012): natura, forma e filtro in appello*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2013, 2, 847 ss.).

materia processuale, uno spazio di intervento e di armonizzazione al Ministero per la Pubblica Amministrazione (22).

Si consideri, inoltre, che con riferimento alle controversie in esame il perimetro applicativo del “rito Fornero” potrebbe essere più ampio, posta la esclusione dei pubblici dipendenti dall’ambito di applicazione del D.Lgs. n. 23/2015 e, dunque, dall’art. 11 ivi previsto, il quale dispone la non applicabilità del rito speciale ai licenziamenti soggetti al regime di tutele crescenti.

La dottrina allo stato prevalente (23) ha espresso opinione favorevole all’applicabilità del rito in esame alle controversie promosse dai pubblici dipendenti, facendo ricorso ad una serie di argomentazioni. Anzitutto, si pone l’accento sulla finalità del rito speciale, volto a dare certezza ai rapporti di lavoro, finalità il cui raggiungimento va favorito anche nei rapporti di lavoro presso la pubblica amministrazione (24). In secondo luogo, si fa leva sulla «natura tendenzialmente uniforme» della disciplina processualcivilistica, «per tutte le controversie aventi ad oggetto rapporti contrattuali della stessa natura» (25): mentre è comprensibile, infatti, una diversa disciplina dei regimi sanzionatori tra rapporti di lavoro pubblici e privati, altrettanto non può dirsi per le norme di natura processuale, richiedendosi, pertanto, una disciplina uniforme. Quest’ultima argomentazione è quella alla quale fa ricorso anche una parte della giurisprudenza di merito per riconoscere l’applicabilità del nuovo rito al pubblico dipendente, anche laddove si esclude l’applicabilità della disciplina sostanziale (26). Non mancano, tuttavia, pronunce di senso contrario, tendenti ad escludere dal perimetro applicativo del rito speciale le controversie instaurate dai dipendenti presso le Pubbliche Amministrazioni (27).

(22) GERARDO M., MUTARELLI A., *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubrik)*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2013, 1, 191 ss.

(23) CURZIO P., *Il nuovo rito per i licenziamenti*, cit., 7 s.; SORDI P., *L’ambito di applicazione del nuovo rito per l’impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, in www.giuslavoristi.it, 9 s.; DALFINO D., *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, in BARBERI M., DALFINO D., *Il licenziamento individuale*, cit., 71 s.; GERARDO M., MUTARELLI A., *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubrik)*, cit., 199 ss. In senso contrario, DE CRISTOFARO M., GIOIA G., *Il nuovo rito dei licenziamenti: l’anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 382, nota 10.

(24) In tal senso, CURZIO P., *Il nuovo rito per i licenziamenti*, cit., 7.

(25) In tal senso, SORDI P., *L’ambito di applicazione del nuovo rito per l’impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, cit., 9.

(26) Trib. Reggio Calabria, ord. 21 aprile 2013 (in www.personaedanno.it); Trib. di Napoli, ord. 9 gennaio 2014 (in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, fasc. 8-9, pag. 787 e ss. con commento di COSMAI P.). Si segnala, inoltre, Trib. di Perugia, ord. 9 novembre 2012 (inedita); Trib. di Trento, ord. 24 marzo 2013 (inedita); Trib. di Napoli, ord. 24 giugno 2015 (inedita); Trib. di Bari, ord. del 14 gennaio 2013 (in BARBERI M., DALFINO D., *Il licenziamento individuale nell’interpretazione della legge Fornero*, cit., pag. 118 ss.); Trib. di Perugia, ord. 15 gennaio 2013 (in www.filodiritto.com, “Rito Fornero” e licenziamento nel pubblico impiego contrattualizzato).

(27) Trib. di Modena, ord. 26 febbraio 2015 (inedita), Trib. di Frosinone, ord. 12 dicembre 2013, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2014, II, pag. 881 e ss., con nota di commento di AVALLONE F.;

L'ordinanza che si annota si colloca nel primo dei predetti orientamenti, ritenendo applicabile il rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti alla specifica controversia sottoposta alla cognizione del Tribunale di Napoli ed avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento disciplinare intimato dal Ministero della Difesa nei confronti di un proprio dipendente.

4. *Brevi cenni sulla qualità della cognizione nella prima fase del "rito Fornero".*

Nell'ordinanza che si annota il Tribunale di Napoli affronta anche la questione della natura della cognizione, delimitando l'oggetto ed i confini istruttori della prima fase di giudizio di cui all'art. 1, commi 47 e ss., legge 28 giugno 2012, n. 92.

Com'è noto, il nostro ordinamento conosce diverse nozioni di sommarietà, e dunque diversi modelli processuali sommari: l'elemento in comune tra tutti è la riduzione dei tempi del processo, riduzione ottenuta attraverso l'impiego di mezzi diversi (28). Esistono modelli deformalizzati, idonei tuttavia a conseguire un accertamento pieno e definitivo sui fatti di causa (riti *sommari quanto allo svolgimento* ma non anche *sommari quanto all'oggetto* (29)), ed esistono modelli sommari in punto di ritualità procedimentali ed anche sommari in punto di accertamento del *thema decidendum* (riti *sommari quanto allo svolgimento* e *sommari quanto all'oggetto*).

Nel rito di cui all'art. 1, commi 48 ss., legge 92 del 2012, la fase introduttiva è regolata dalla legge, e gli spazi di direzione del giudice sono ridotti, soprattutto dal necessario rispetto dei termini previsti nel comma 48, mentre le fasi successive (fase preparatoria, fase istruttoria e fase decisoria) sono totalmente rimesse alla direzione del giudice. È il giudice che stabilisce il *modus procedendi*, in base alle esigenze del caso concreto posto al suo esame, e nel rispetto del principio del contraddittorio. Il comma 49, infatti, proponendo, sia pure in parte, la formula utilizzata dal legislatore nell'art. 669 *sexies* del codice di rito civile, relativo al procedimento cautelare uniforme, stabilisce che «il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili». Come si legge dalla formula, dunque, altissimo è il tasso di flessibilità processuale: il legislatore supera la rigida predeterminazione legale delle forme e dei termini, nelle fasi successive a quella introduttiva, previste

quest'ultima pronuncia esclude l'applicabilità del nuovo rito al rapporto di lavoro presso la pubblica amministrazione «alla luce del disposto dei commi 7 e 8 della succitata Legge, non si può ritenere che il legislatore abbia voluto riferire l'applicabilità alla pubblica amministrazione»; Tribunale di Milano, ord. 23 giugno 2016, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, 4, 855 ss., con nota di AVOGARO M.

(28) TISCINI R., *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, in www.judicium.it, 3.

(29) Secondo la terminologia offerta da DELLA PIETRA G., *Il procedimento possessorio. Contributo allo studio della tutela del possesso*, Giappichelli, 2003, 221 ss.

per le controversie di lavoro dagli artt. da 420 a 429 c.p.c., lasciando al giudice la gestione del processo.

La prima fase del rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti può essere senz'altro definita *sommatoria quanto allo svolgimento*: posto che anche un procedimento non rigidamente regolato dalla legge può essere idoneo a far conseguire un accertamento pieno e definitivo sui fatti di causa (30), occorre verificare se alla prima fase in esame possa attribuirsi natura sommaria anche in punto di accertamento del *thema decidendum*.

Con riferimento alla natura della cognizione, la giurisprudenza di merito, soprattutto nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, ha aderito alla tesi della sommarietà della cognizione, parlando di «giudizio di mera verosimiglianza» (31) circa l'esistenza o meno dei vizi nel licenziamento, o di «*fumus* di fondatezza della domanda» (32), soprattutto perché, ragionando diversamente, la fase sommaria rischierebbe di diventare «una duplicazione della fase di opposizione» (33).

La tesi opposta, che riconosce alla fase sommaria l'idoneità a far conseguire un accertamento pieno sui fatti di causa, si è assestata come prevalente in seno alla giurisprudenza di merito (34), soprattutto dopo l'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 18 settembre 2014, n. 19674 (35), la quale rappresenta la prima pronuncia in cui la Suprema Corte offre un quadro ricostruttivo complessivo del rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti. Nella citata pronuncia, la Suprema Corte esclude la sommarietà in punto di cognizione del *thema decidendum* (*sommarietà quanto all'oggetto*), sulla base della equiparabilità della prima fase del nuovo rito per l'impugnativa dei licenziamenti con il primo grado di giudizio nel procedimento sommario di cognizione (36). Occorre rilevare, tuttavia, che la predetta tesi non è a perfetta

(30) PROTO PISANI A., *Tutela sommaria*, in *Il Foro Italiano*, 2007, 1, 241.

(31) Trib. Piacenza, ord. 12 novembre 2012 (inedita, l'estratto dell'ordinanza può essere letto in DALFINO D., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, cit., pag. 163); Trib. Roma, ord. 29 gennaio 2013 (in BARBERI M., DALFINO D., *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, cit., 207 ss.).

(32) Trib. Napoli, ord. 16 ottobre 2012 (inedita, l'estratto dell'ordinanza può essere letto in DALFINO D., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, cit., 163).

(33) Trib. Pavia, ord. 16 novembre 2012 (inedita); Trib. Roma, ord. 13 novembre 2012 (inedita). Secondo il Trib. di Milano, ord. 18 settembre 2012 (inedita), dando corso ad un'attività istruttoria piena «verrebbe meno il significato di un procedimento ridisegnato secondo modalità e contenuti [...] che appaiono viceversa finalizzati a una definizione più rapida possibile della controversia». L'estratto delle ordinanze citate può essere letto in DALFINO D., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, cit., 162 ss.

(34) Propende per la pienezza della cognizione il Trib. Napoli, ord. 24 aprile 2013 (in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2014, II, 623 ss., con nota di commento di TERESI M.), secondo cui «l'esigenza di accelerare i tempi del processo incide [...] sulla selezione degli atti istruttori da espletare, ma non sul tipo di cognizione e sulla tipologia dell'accertamento dei fatti rilevanti, che deve essere comunque tesa all'accertamento della sussistenza del diritto azionato».

(35) In *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, 3, 269 ss., con nota di GIORGI F.M., e in *Il Foro Italiano*, 2015, 3, 540 ss., con nota di DALFINO D.

tenuta, posto che il primo grado di giudizio del rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti ha struttura "bifasica", diversamente dal primo grado di giudizio del procedimento sommario di cognizione.

In considerazione della struttura del primo grado di giudizio, la prima fase del rito in esame dovrebbe ospitare un giudizio di natura sommaria, di mera "verosimiglianza" circa la legittimità/illegittimità del licenziamento, al fine di riconoscere alle parti una tutela rapida, con possibilità di instaurare il giudizio a cognizione piena mediante opposizione avverso l'ordinanza, ai sensi dei commi 51 ss., art. 1, legge n. 92/2012. Il Tribunale di Napoli, nella ordinanza che si annota, propende per la natura sommaria della cognizione della prima fase del rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti (37).

5. Considerazioni conclusive.

Il rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti ha senz'altro contribuito ad accelerare la trattazione e la definizione delle cause aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti ove sia applicabile l'articolo 18 St. Lav.: si consideri che i primi licenziamenti, impugnati successivamente all'entrata in vigore della legge n. 92/2012, sono stati decisi in Cassazione, dopo il giudizio di primo grado e il reclamo, in poco più di due anni (38). Al tempo stesso, tuttavia, ha dato luogo, sin dall'immediatezza della sua entrata in vigore, a molteplici questioni interpretative (39), alcune di fondamentale importanza sotto il profilo della effettività della tutela giurisdizionale e della certezza del diritto, tanto da far avanzare una proposta abrogativa da parte degli operatori, già nell'immediatezza della vigenza del rito (40).

Il legislatore, interprete delle suddette istanze, dopo neanche tre anni di vigenza del rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti, con l'articolo 11 del

(36) Si legge nell'ordinanza che «l'istruttoria, essendo limitata agli "atti di istruzione indispensabili", è semplificata o sommaria quale quella così qualificata nel procedimento di cui agli artt. 702-bis ss. c.p.c.», ed ancora «la sommarietà riguarda le caratteristiche dell'istruttoria, senza che ad essa si ricollegli una sommarietà della cognizione del giudice, né l'instabilità del provvedimento finale». In dottrina propendono per la pienezza della cognizione nella fase sommaria PAGNI I., *I correttivi alla durata del processo nella L. 28 giugno 2012, n. 92: brevi note sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, cit., spec. 342 ss.; RIZZARDO D., *Rito Fornero: l'ordinanza che chiude la fase sommaria passa in giudicato*, in *Il Corriere Giuridico*, 2015, 3, 381 ss., spec. 383 ss.; LUISO F.P., *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, cit., 3; DITTRICH L., *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, I, 111 ss.

(37) Come si legge nell'ordinanza in commento "trattasi di una fase a cognizione sommaria basata su una istruttoria che investe necessariamente solo il *fumus* di fondatezza della domanda e tale da garantire una definizione pressoché immediata della fase stessa".

(38) PICCINI A., *Forum/Giustizia del lavoro* (1/5), in www.questionegiustizia.it.

(39) Si rinvia alla nota n. 21.

(40) La proposta è stata elaborata congiuntamente da AGI (Avvocati giuslavoristi italiani) e ANM (associazione nazionale magistrati), il cui testo può essere letto in www.giuslavoristi.it. Sul punto anche MELIS V., *Avvocati e giudici contro il rito Fornero*, in www.ilsole24ore.com, 23 aprile 2014.

decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, ha scelto di non estendere alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti dei nuovi assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, il rito speciale introdotto nel 2012 (41), riconducendo le stesse al modello del lavoro di cui agli artt. 413 ss. c.p.c. (42). In ultimo, il disegno di legge n. 2953 di «delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile», in esame al Senato, prevede, all'art. 2, l'abrogazione delle disposizioni di cui all'art. 1, commi da 48 a 68 della legge n. 92/2012, facendo salvo il rito speciale solo per le controversie già introdotte con ricorso depositato entro la data di entrata in vigore della legge.

Tribunale di Napoli, Sezione lavoro, ordinanza 8 febbraio 2017 - Giud. Alessandra Luca-rino - D.A. M. (avv.ti O. Pannone e F. Eboli) c. Ministero difesa (avv. St. G. Arpaia).

Con ricorso ex art. 1, comma 48, L. n. 92/2012, depositato in data 7.11.2016, M. D.A, pre-messo di essere stato dipendente del Ministero della Difesa, prima n.q. di Caporal maggiore, poi trasferito nelle aree funzionali del personale civile - Centro Documentale di Napoli, a decorrenza dall'1.9.2011, in qualità di assistente amministrativo, profilo professionale SA3I - Area 2[^] - fascia retributiva F2, ha impugnato il licenziamento senza preavviso, intimato con provvedimento in data 18.5.2016, in quanto nullo, illegittimo ed inefficace, ed ha chiesto al Giudice adito di ordinare all'Amministrazione convenuta di reintegrarlo nel posto di lavoro precedentemente occupato ai sensi dell'art. 18 L. 300/1970; per l'effetto, di condannare parte convenuta al risarcimento del danno pari ad una indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto calcolata dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegra, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria; di condannare parte convenuta al versamento dei relativi contributi previdenziali ed assistenziali.

A sostegno della domanda ha dedotto l'illegittimità del procedimento disciplinare e della conseguente sanzione espulsiva per i seguenti motivi: 1) omessa, generica, incompleta contestazione; 2) tardività nell'inizio e nella conclusione del procedimento disciplinare; 3) insussistenza del fatto contestato.

(41) Dispone, infatti, l'art. 11 del citato decreto che «Ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012».

(42) DE LUCA M., *Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., 34. I primi commentatori individuano, nella scelta compiuta dal legislatore con il predetto articolo 11 del decreto legislativo n. 23 del 2015, l'inizio di un percorso a ritroso nel «cammino iniziato con l'istituzione nel 2012 di un rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti», in ragione dei limiti che presenta tale rito, il quale «costa, in termini di complicazioni procedurali, più di quanto rende in termini di riduzione dei tempi necessari per avere una pronuncia definitiva» (BORGHESI D., *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, cit., pag. 5. In questi termini anche DE ANGELIS L., *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 250/2015, 2; PISANI C., *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 1, 97 ss.; ZOPPOLI A., *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 260/2015, 20; VIDIRI G., *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del jobs act tra luci e (non poche) ombre*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 3, 357 ss.).

Si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa contestando la domanda e chiedendone il rigetto, per tutti i motivi di cui alla memoria di costituzione e risposta.

In particolare, ha dedotto la tempestività del procedimento disciplinare nonché la gravità degli addebiti mossi al ricorrente e, conseguentemente, la legittimità del licenziamento.

Acquisiti i documenti in atti il Giudice si è riservato di decidere.

1. La nuova disciplina del rito dei licenziamenti è contenuta nell'art. 1, commi 47-69, L. n. 92/2012, e si applica - recita il comma 47 - *“alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro”*.

Per intendere correttamente il significato di questa disposizione e, dunque, l'ambito delle controversie da trattare con il rito speciale, bisogna considerare che il comma 42 del medesimo art. 1 della L. n. 92/2012 ha completamente riscritto l'art. 18 St. lav., che - sotto la rubrica *“Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo”* - disciplina adesso non solo le conseguenze del licenziamento intimato alle dipendenze di datori di lavoro che occupino più di 15 dipendenti in ciascuna unità produttiva (o più di 60 sul territorio nazionale), ma anche taluni casi di licenziamento intimati alle dipendenze di datori di lavoro che non posseggano tali requisiti dimensionali. La legge ha inteso assicurare una corsia preferenziale ed un rito celere e sommario per le controversie che potrebbero concludersi, almeno astrattamente, con un provvedimento reintegratorio, che dichiara la prosecuzione o il ripristino del rapporto illegittimamente cessato.

Come espressamente disposto dalla L. n. 92/2012, il procedimento da essa previsto ex art. 1 commi 48 e ss. si applica dalla data di entrata in vigore della legge medesima (18.7.2012) e trova, quindi, applicazione al presente procedimento; anche la normativa sostanziale, prevista dall'art. 1, comma 42, trova applicazione nel caso di specie, in quanto il licenziamento è stato intimato dopo la data di entrata in vigore della legge.

2. Prima di affrontare l'esame del merito della questione proposta è necessario delimitare l'oggetto ed i confini istruttori di questa prima fase di giudizio prevista dall'art. 1, commi 47 e ss., della legge 92/2012 (c.d. rito Fornero).

Quest'ultima, come è noto, ha previsto al comma 49 dell'art. 1 che: *“Il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 cpc, e provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda”*.

Dunque, trattasi di una fase a cognizione sommaria basata su una istruttoria che investe necessariamente solo il *fumus* di fondatezza della domanda e tale da garantire una definizione pressoché immediata della fase stessa.

3. Ciò premesso e passando all'esame della fattispecie in oggetto, si osserva quanto segue. Il ricorrente è stato licenziato, senza preavviso, ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. g) del CCNL Comparto Ministeri, con Decreto del Direttore Generale del Ministero della Difesa - Direzione Generale per il Personale Civile, in data 18.5.2016, e decorrenza dal 5.12.2015 (all. 12 di parte ricorrente e all. 1 di parte convenuta).

Il procedimento disciplinare nei confronti del ricorrente ha avuto inizio con la contestazione di addebiti datata 8.3.2016, contenente anche la convocazione del ricorrente a difesa per il giorno 14.4.2016 (all. 9 di parte ricorrente e all. 2 di parte convenuta), proveniente dal Direttore del Servizio Disciplina della Direzione Generale per il Personale Civile del Ministero della Difesa, nella quale si legge:

"Ai sensi dell'art. 24 CCNL 16.5.1995 e s.m.i. e dell'art. 55 bis D.lgs. 165/2001 e successive modificazioni, si contesta quanto segue:

dalle comunicazioni del suo Ente di appartenenza risulta che il suo Legale Avv. Eboli ha precisato che nei suoi confronti in data 11.11.2014 è stata emessa una sentenza di condanna alla pena complessiva di 3 anni e 6 mesi, per la quale si trova ristretto nella casa circondariale di Santa Maria Capua Vetere, dopo aver scontato parte della condanna presso la Comunità di San Patrignano, avendo ottenuto il beneficio della pena esterna.

Al riguardo, dal carteggio trasmesso dall'Ente, è risultato, invece, che in data 29.1.2015 aveva chiesto di essere posto in aspettativa ai sensi dell'art. 11 del C.C.N.L. del 16.5.2001 al fine di entrare nella predetta Comunità Terapeutica, per il programma di recupero, senza rendere nota la circostanza della condanna alla pena esterna. Risulta inoltre che, in data 5.12.2015, abbandonava la predetta struttura, cagionando l'interruzione volontaria del programma di recupero".

Il ricorrente ha impugnato il provvedimento di licenziamento per una molteplicità di motivi attinenti sia al procedimento disciplinare che ha preceduto il provvedimento espulsivo sia alla legittimità dello stesso provvedimento.

È necessario, pertanto, analizzare singolarmente le varie ragioni di doglianza.

Il primo motivo di censura (omessa, generica, incompleta contestazione) è infondato.

Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, in tema di sanzioni disciplinari a carico dei lavoratori subordinati, la contestazione dell'addebito ha lo scopo di consentire al lavoratore incolpato l'immediata difesa e deve, conseguentemente, rivestire il carattere della specificità, senza l'osservanza di schemi prestabiliti e rigidi, purché siano fornite al lavoratore le indicazioni necessarie ed essenziali per individuare, nella sua materialità, il fatto o i fatti addebitati (Cass. Sez. L, n. 10662/2014).

Appare chiara l'esigenza avvertita dal legislatore di approntare un sistema di garanzie formali e sostanziali a favore del lavoratore il quale, nel momento patologico del rapporto, deve essere previamente e tempestivamente messo in grado di cogliere le ragioni del provvedimento sanzionatorio per poter esercitare efficacemente le proprie difese. Se è vero, allora, che la contestazione degli addebiti non esige una minuta, completa e particolareggiata esposizione dei fatti che integrano l'illecito (*rectius* inadempimento), è, tuttavia, necessario che il dipendente, con la lettura dell'addebito, sia posto in grado di cogliere la portata del fatto che gli viene contestato.

Nel caso di specie, dalla semplice lettura della lettera di contestazioni, sopra riportata, emerge che la stessa contiene in modo preciso e dettagliato gli addebiti mossi al ricorrente.

In particolare, l'Amministrazione datrice di lavoro ha specificato le circostanze di tempo e di luogo in cui i fatti contestati sarebbero stati commessi dal ricorrente.

Pertanto, ritiene il giudice che non vi sia stata alcuna violazione del diritto di difesa del lavoratore, garantito dall'art. 7 della L. n. 300/1970, il quale è stato posto in grado di esercitare, per il tramite del suo avvocato, una compiuta difesa in sede di giustificazioni.

Con riferimento al secondo motivo di censura (tardività nell'inizio e nella conclusione del procedimento disciplinare) si osserva quanto segue.

Nel caso di specie non vi è stata alcuna decadenza dell'Amministrazione convenuta dall'azione disciplinare, ai sensi dell'art. 55 bis del D.lgs. n. 165/2001, come introdotto dall'art. 69 del D.lgs. n. 150/2009 (c.d. riforma Brunetta), pacificamente applicabile alla fattispecie *ratione temporis*. Come è noto, il D.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 ha incisivamente innovato la disciplina del procedimento disciplinare e delle sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro pubblico, sostituendo l'art. 55 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (art. 68), introducendo nel medesimo corpus normativo gli artt. 55 bis-55 novies (art. 69) e abrogando l'art. 56 (art. 72).

Il fondamento della nuova disciplina in tema di responsabilità disciplinare deve ravvisarsi, da un lato - per quanto riguarda le norme attributive del potere disciplinare - nell'esigenza di assicurare il perseguimento dell'obiettivo del buon andamento ed efficienza dell'amministrazione e, dall'altro lato - per quanto riguarda le norme regolanti il provvedimento disciplinare - nell'esigenza di assicurare il diritto di difesa del pubblico dipendente.

In tale ottica, l' art. 55 bis, rubricato "Forme e termini del procedimento disciplinare" prevede testualmente:

1. *Per le infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, il procedimento disciplinare, se il responsabile della struttura ha qualifica dirigenziale, si svolge secondo le disposizioni del comma 2. Quando il responsabile della struttura non ha qualifica dirigenziale o comunque per le infrazioni punibili con sanzioni più gravi di quelle indicate nel primo periodo, il procedimento disciplinare si svolge secondo le disposizioni del comma 4. Alle infrazioni per le quali è previsto il rimprovero verbale si applica la disciplina stabilita dal contratto collettivo.*
2. *Il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, anche in posizione di comando o di fuori ruolo, quando ha notizia di comportamenti punibili con taluna delle sanzioni disciplinari di cui al comma I, primo periodo, senza indugio e comunque non oltre venti giorni contesta per iscritto l'addebito al dipendente medesimo e lo convoca per il contraddittorio a sua difesa con l'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato, con un preavviso di almeno dieci giorni. Entro il termine fissato, il dipendente convocato, se non intende presentarsi, può inviare una memoria scritta o, in caso di grave ed oggettivo impedimento, formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa. Dopo l'espletamento dell'eventuale ulteriore attività istruttoria, il responsabile della struttura conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione, entro sessanta giorni dalla contestazione dell'addebito. In caso di differimento superiore a dieci giorni del termine a difesa, per impedimento del dipendente, il termine per la conclusione del procedimento è prorogato in misura corrispondente. Il differimento può essere disposto per una sola volta nel corso del procedimento. La violazione dei termini stabiliti nel presente comma comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa.*
3. *Il responsabile della struttura, se non ha qualifica dirigenziale ovvero se la sanzione da applicare è più grave di quelle di cui al comma 1, primo periodo, trasmette gli atti, entro cinque giorni dalla notizia del fatto, all'ufficio individuato ai sensi del comma 4, dandone contestuale comunicazione all'interessato".*
4. *Ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, individua l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari ai sensi del comma 1, secondo periodo. Il predetto ufficio contesta l'addebito al dipendente, lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, istruisce e conclude il procedimento secondo quanto previsto nel comma 2, ma, se la sanzione da applicare è più grave di quelle di cui al comma 1, primo periodo, con applicazione di termini pari al doppio di quelli ivi stabiliti e salva l'eventuale sospensione ai sensi dell'articolo 55-ter. Il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi ai sensi del comma 3 ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione, mentre la decorrenza del termine*

per la conclusione del procedimento resta comunque fissata alla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora. La violazione dei termini di cui al presente comma comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa”.

5. ...*(omissis) il dipendente ha diritto di accesso agli atti istruttori del procedimento.. (omissis).*

Dal combinato disposto dei commi 1, 2 e 4 dell'art. 55 bis, come novellato, si evince, quindi, che nell'ipotesi di irrogazione di sanzione disciplinare più grave della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, come nel caso di specie, l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari (U.P.D.) deve contestare l'addebito al dipendente entro il termine di 40 giorni dalla ricezione degli atti trasmessi dal responsabile della struttura o dalla data (anteriore) in cui l'ufficio abbia, comunque, avuto notizia dell'infrazione; deve, poi, convocare il lavoratore con un preavviso di almeno 20 giorni ed emettere il provvedimento finale nei 120 giorni decorrenti dalla data della prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura cui il dipendente è addetto. In sostanza i termini sono raddoppiati (art. 55 bis, comma 4, d.lgs. cit.) rispetto alle ipotesi in cui siano irrogate sanzioni disciplinari più lievi.

Il tenore letterale delle disposizioni citate non lascia dubbi sulla natura decadenziale di detti termini, collegando, il legislatore, al mancato rispetto dei termini ivi fissati, la perdita del potere di esercitare il diritto dalla stessa previsto.

Può affermarsi, quindi, che il termine per la contestazione, il termine a difesa per la convocazione e quello per la conclusione del procedimento disciplinare sono termini perentori previsti a pena di decadenza dall'azione disciplinare; viceversa, poiché non è prevista alcuna conseguenza per il mancato rispetto del termine di 5 giorni fissato per l'invio degli atti al collegio di disciplina (comma 3), deve affermarsi la natura ordinatoria del detto termine.

Ciò posto, essendo in presenza, nel caso di specie, di infrazione punibile con una sanzione più grave della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per un periodo superiore a 10 giorni, i termini perentori di cui al comma 2 sono raddoppiati, e gli stessi sono stati rispettati dall'Amministrazione convenuta.

In particolare, ai sensi del comma 4 dell'art. 55 bis sopra indicato, il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi ai sensi del comma 3, ossia dalla data di ricezione degli atti da parte dell'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari; mentre la decorrenza del termine per la conclusione del procedimento è fissata alla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora.

Risulta documentalmente provato che il Comando Forze di Difesa Interregionale Sud di Napoli, presso cui era addetto il ricorrente, ha inoltrato all'Ufficio Procedimenti Disciplinari competente la pec dell'Avv.to Eboli, datata 23.1.2015, contenete i chiarimenti sulla vicenda giudiziaria nella quale il D.A. era rimasto coinvolto, con nota prot. n. M_D E25990/0003313 del 5.2.2016, pervenuta in data 8.2.2016 (all. 4 di parte convenuta); che l'UPD competente ha contestato al ricorrente gli addebiti con nota prot. n. M_D GCIV REG2016 0015078 dell'8.3.2016 (nel rispetto del termine di 40 giorni), e lo ha convocato a difesa per il giorno 14.4.2016 (nel rispetto del termine di 20 giorni di preavviso) (all. 2 di parte convenuta); che il procedimento disciplinare si è concluso con il decreto del Direttore Generale dell'UPD datato 18.5.2016 (nel rispetto del termine di 120 giorni dalla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione).

Ritiene il giudice, alla luce degli addebiti mossi al ricorrente e fondanti il provvedimento espulsivo, che solo con la pec dell'Avv.to Eboli del 23.1.2016 l'Amministrazione datrice di lavoro è venuta a conoscenza della sentenza penale di condanna emessa nei confronti del ricorrente e che la sua assegnazione alla Comunità terapeutica di San Patrignano non era giustificata da un programma di recupero, come dal D.A. evidenziato nella richiesta di aspettativa presentata in data 29.1.2015 ai sensi dell'art. 11 del CCNL comparto ministeri, ma per l'espiazione della pena esterna, ai sensi dell'art. 94 del DPR n. 309/1990, essendo costui tossicodipendente.

Alla luce delle considerazioni che precedono, anche il secondo motivo di censura è infondato. Il ricorrente ha, infine, allegato l'insussistenza del fatto contestato.

Preliminarmente, deve stabilirsi cosa si intenda per "fatto" ai sensi dell'art. 18, comma 4, St. lav. e individuare il criterio sulla base del quale fondare la valutazione di insussistenza.

In assenza di parametri normativi di riferimento, si discute se il fatto vada inteso come "fatto materiale", quale mero accadimento naturalistico, oppure come "fatto giuridico".

Evidentemente, il primo passaggio del percorso di valutazione e decisione che il giudice è chiamato a compiere consiste nel verificare se il fatto contestato dal datore di lavoro e posto a base del provvedimento espulsivo si sia verificato sul piano storico e naturalistico: laddove si accerti che il fatto non si è affatto verificato il giudizio di insussistenza sarà, senz'altro, positivo senza necessità di effettuare ulteriori valutazioni.

Nell'ipotesi in cui l'addebito mosso al lavoratore corrisponda ad una condotta o ad un evento storicamente e naturalisticamente avvenuti, l'accertamento giudiziale non può ritenersi esaurito, ma deve procedere per verificare se quel fatto (condotta attiva o omissiva/evento) abbia un rilievo disciplinare, perché il "fatto" contestato al lavoratore sussiste, ai fini del giudizio in corso, nella misura in cui abbia una consistenza di inadempimento rispetto alle obbligazioni poste a carico del lavoratore.

Poiché il licenziamento disciplinare è ontologicamente un licenziamento fondato sulla colpa del lavoratore, perché possa essere integrato l'illecito disciplinare il fatto deve configurare un inadempimento contrattuale. E tale valutazione spetta, necessariamente, al giudice.

Ed invero, interpretando il fatto quale mero accadimento materiale, privo di una connotazione giuridica nel senso sopra delineato, si rischierebbe di ritenere "fatto sussistente" qualsiasi comportamento, anche lecito e non integrante alcun profilo di inadempimento, compiuto dal lavoratore e addotto a motivo del licenziamento dal datore di lavoro.

La nozione di fatto rilevante ai fini della operatività del comma 4 dell'art. 18 deve, quindi, comprendere tutti i suoi elementi costitutivi nella loro pienezza (elemento oggettivo e elemento soggettivo, ove richiesto dalla concreta ipotesi sanzionatoria richiamata).

A sostegno dell'opzione ermeneutica qui proposta, si osserva che lo stesso art. 18, comma 4, L. 300/1970 chiede al giudice di valutare se il "fatto rientri tra le condotte punibili solo con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi", giudizio che implica necessariamente una qualificazione (non meramente fattuale ma) giuridica del fatto oggetto di contestazione ed un suo raffronto con le previsioni sanzionatorie contrattuali.

Negli stessi termini si è espressa la Corte di Cassazione, motivando che "con la legge n. 92 del 2012 è stata introdotta una nuova, complessa ed articolata disciplina dei licenziamenti che ancora le sanzioni irrogabili per effetto della accertata illegittimità del recesso a valutazioni di fatto incompatibili non solo con il giudizio di legittimità ma anche con una eventuale rimessione al giudice di merito che dovrà applicare uno dei possibili sistemi sanzionatori conseguenti alla qualificazione del fatto (giuridico) che ha determinato il provvedimento espulsivo" (Cass. 10550/2013).

Ed ancora ha affermato la Suprema Corte che *"l'insussistenza defatto di cui all'art. 18 l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, comprende anche l'ipotesi in cui il fatto sussista ma sia privo di illiceità, poiché la completa irrilevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale ed è, pertanto, suscettibile di dare luogo alla tutela reintegratoria"* (Cass. 20540/2015; 18418/2016).

Nel caso di specie, tenuto conto della contestazione mossa al ricorrente, l'indagine giudiziale deve effettuarsi accertando la sussistenza, nel caso concreto, del profilo oggettivo ed anche soggettivo della condotta, ovvero l'elemento psicologico dell'intenzionalità quale elemento essenziale e connotante la condotta contestata e presupposto necessario affinché l'azione possa assumere rilevanza disciplinare.

Osserva il giudice che il ricorrente, alla data del 29.1.2015, ossia quando ha trasmesso al Comando Forze di Difesa Interregionale Sud di Napoli la domanda di aspettativa ai sensi dell'art. 11 del CCNL 16.5.2001, era a conoscenza della sentenza penale di condanna, emessa nei suoi confronti in data 9.10.2014 e divenuta irrevocabile l'11.11.2014, e della concessione del beneficio dell'espiazione della pena esterna presso la Comunità di San Patrignano, ed ha ritenuto non solo di non darne comunicazione all'Amministrazione datrice di lavoro, ma anzi di richiedere un periodo di aspettativa per un motivo diverso (programma di recupero).

Inoltre, il ricorrente in data 5.12.2015 si è allontanato volontariamente dalla Comunità terapeutica e, ben potendolo fare, non avendo più il divieto di comunicare con l'esterno, non ne ha dato comunicazione all'Amministrazione convenuta.

Risulta, pertanto, provato che le condotte imputate al ricorrente (omessa comunicazione alla datrice di lavoro della sentenza penale di condanna emessa nei suoi confronti e della interruzione del programma terapeutico) sono state da lui commesse almeno con colpa, se non addirittura volontariamente, e che le stesse configurano un inadempimento contrattuale, ossia una violazione delle obbligazioni poste a suo carico.

Resta, quindi, da valutare se vi sia proporzione tra la condotta ascritta e la sanzione comminata. Ai sensi dell'art. 13, comma 6, del CCNL applicato al rapporto si applica la sanzione disciplinare del licenziamento senza preavviso in caso di *"condanna passata in giudicato per un delitto commesso in servizio o fuori servizio che, pur non attenendo in via diretta al rapporto di lavoro, non ne consenta neanche provvisoriamente la prosecuzione per la sua specifica gravità"*.

Ebbene, il ricorrente, con sentenza n. 4234/2014, divenuta irrevocabile l'11.11.2014, è stato condannato, ex art. 444 c.p.p., alla pena complessiva di anni 3 e mesi 6 di reclusione per i reati di cui all'art. 629, comma 2, art. 628, comma 3, n. 1, art. 4 L. 110/1975.

Si tratta, quindi, di una condanna per reati gravi, quali la rapina e l'estorsione aggravati dall'uso delle armi, sicuramente idonea a ledere il vincolo fiduciario intercorrente tra lavoratore e datore di lavoro.

Da quanto precede deriva che il provvedimento espulsivo è legittimo, avuto riguardo alla gravità dei fatti contestati e alle norme contrattuali e di legge violate dal lavoratore.

Il ricorso, per le ragioni che precedono, deve essere respinto.

La natura delle parti e la complessità delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese del giudizio.

PQM

- rigetta il ricorso;
- spese compensate.

Si comunichi.

Napoli, 8 febbraio 2017

Informativa antimafia e autorizzazioni: art. 89 bis del d.lgs. n. 159 del 2011 (c.d. codice delle leggi antimafia) un presunto eccesso di delega? Uno scambio di email su Consiglio di Stato, Sez. Terza, sentenza 7 marzo 2017 n. 1080

Da: Wally Ferrante [mailto:wally.ferrante@avvocaturastato.it]

Inviato: venerdì 24 marzo 2017 17:19

A: 'Avvocati_tutti' <Avvocati_tutti@avvocaturastato.it>

Oggetto: informativa antimafia e autorizzazioni

Vi allego un'importante sentenza del CDS, sez. III, Pres. Frattini, 7 marzo 2017, n. 1080 che, nel richiamare un principio affermato da altra sentenza della stessa sezione nella medesima camera di consiglio (Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565) nonché un parere del CDS, Sezione Prima, del 17 novembre 2015, n. 3088, ha precisato che l'informazione antimafia produce i medesimi effetti della comunicazione antimafia ai sensi dell'art. 89 bis del Codice antimafia anche nelle ipotesi in cui manchi un rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione *e quindi non solo in materia di appalti e concessioni ma anche in caso di svolgimento di attività imprenditoriale privata soggetta a mera autorizzazione.*

Non so chi abbia a Roma la questione in Corte costituzionale sollevata dal TAR Sicilia - Catania con l'ordinanza 28 settembre 2016, n. 2337 sull'art. 89 bis del d.lgs. n. 159/2011 ma la sentenza offre anche argomenti e motivati spunti a sostegno della costituzionalità della norma.

Wally Ferrante

(Avvocatura Generale Stato)

Da: Zito Mario

Inviato: venerdì 24 marzo 2017 17:42

A: Ferrante Wally; Avvocati_tutti

Oggetto: Re: informativa antimafia e autorizzazioni

Avevo visto la precedente che se non sbaglio dovrebbe essere nata da un contenzioso del nostro Tar.

Sono perplesso sul futuro delle informative interdittive.

Noi le stiamo vincendo quasi tutte, ma perché teniamo il profilo basso sostenendo che l'esclusione è solo dagli appalti pubblici e non significa un giudizio di valore sull'Impresa ma solo di pericolo, astratto e in estrema prevenzione, di infiltrazioni.

Con questa giurisprudenza che di fatto parifica il potenziale infiltrato al soggetto colpito da misura di prevenzione, temo che i Tar vorranno in futuro delle motivazioni molto rafforzate.

Spero di non sbagliarmi ma a volte il meglio é nemico del bene ...

Mario Zito

(Avvocatura dello Stato di Bologna)

Consiglio di Stato, Sezione Terza, sentenza 7 marzo 2017 n. 1080 - Pres. Franco Frattini, Est. Manfredo Atzeni.

(...)

Questo Consiglio di Stato ha già espresso il proprio orientamento al riguardo con la sentenza n. 565 in data 9 febbraio 2017, deliberata alla stessa odierna camera di consiglio, i cui principi sono ovviamente applicabili anche per risolvere la presente controversia.

In quella sentenza è stato affermato che la disciplina dettata dal d. lgs. n. 159 del 2011 (c.d. codice delle leggi antimafia) consente l'applicazione delle informazioni antimafia anche ai provvedimenti a contenuto autorizzatorio.

“La tendenza del legislatore muove, in questa materia, verso il superamento della rigida bipartizione tra comunicazioni antimafia, applicabili alle autorizzazioni, e informazioni antimafia, applicabili ad appalti, concessioni, contributi ed elargizioni.”

“Questo tradizionale riparto dei rispettivi ambiti di applicazione, tipico della legislazione anteriore al nuovo codice delle leggi antimafia (d. lgs. n. 159 del 2011), si è rilevato inadeguato ed è entrato in crisi a fronte della sempre più frequente constatazione empirica che la mafia tende ad infiltrarsi, capillarmente, in tutte le attività economiche, anche quelle soggette a regime autorizzatorio (o a s.c.i.a.), e che un'efficace risposta da parte dello Stato alla pervasività di tale fenomeno criminale rimane lacunosa, e finanche illusoria nello stesso settore dei contratti pubblici, delle concessioni e delle sovvenzioni, se la prevenzione del fenomeno mafioso non si estende al controllo e all'eventuale interdizione di ambiti economici nei quali, più frequentemente, la mafia si fa, direttamente o indirettamente, imprenditrice ed espleta la propria attività economica.”

“L'esperienza ha mostrato, infatti, che in molti di tali settori, strategici per l'economia nazionale (l'edilizia, le grandi opere pubbliche, lo sfruttamento di nuove fonti energetiche, gli scarichi delle sostanze reflue industriali, come appunto nel caso di specie, relativo all'AUA, e persino la ricostruzione dopo i gravi eventi sismici che funestano il territorio italiano), le associazioni di stampo mafioso hanno impiegato, diretto o controllato ingenti capitali e risorse umane per investimenti particolarmente redditizi finalizzati non solo ad ottenere pubbliche commesse o sovvenzioni, ma in generale a colonizzare l'intero mercato secondo un disegno, di più vasto respiro, del quale l'aggiudicazione degli appalti o il conseguimento di concessioni ed elargizioni costituisce una parte certo cospicua, ma non esclusiva né soddisfattiva per le mire egemoniche

della criminalità; disegno, quello mafioso, talvolta agevolato dall'omertà, se non persino dalla collusione o dalla corruzione, dei pubblici amministratori.”

“La tradizionale reciproca impermeabilità tra le comunicazioni antimafia, richieste per le autorizzazioni, e le informazioni antimafia, rilasciate per i contratti, le concessioni e le agevolazioni, ha fatto sì che le associazioni di stampo mafioso potessero, comunque, gestire tramite imprese infiltrate, inquinate o condizionate da essa, lucrose attività economiche, in vasti settori dell'economia privata, senza che l'ordinamento potesse efficacemente intervenire per contrastare tale infiltrazione, al di fuori delle ipotesi di comunicazioni antimafia emesse per misure di prevenzione definitive con effetto interdittivo ai sensi dell'art. 67 del d. lgs. n. 159 del 2011, anche quando, paradossalmente, a dette imprese fosse stata comunque interdetta la stipulazione dei contratti pubblici per effetto di una informativa antimafia.”

“Ciò non di rado ha condotto allo stesso aggiramento della normativa antimafia, nel suo complesso, perché l'organizzazione mafiosa, anche dopo l'interdizione di una impresa mediante una informativa, poteva (e può) servirsi di una nuova, creata ad hoc, per avviare, intanto e comunque, una nuova attività economica privata, soggetta solo al regime della comunicazione antimafia, e nuovamente concorrere alle pubbliche gare, fintantoché non venga emessa una informazione antimafia anche a carico di quest'ultima.”

“Il riordino della materia, impresso dalla legge delega, ha posto fine a molte delle gravi lacune evidenziatesi nel sistema precedente della prevenzione antimafia.”

“La l. n. 136 del 13 agosto 2010, intitolata «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia», ha introdotto, nell'art. 2 che reca la specifica Delega al Governo per l'emanazione di nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, il comma 1, lett. c), il quale ha istituito la Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, con immediata efficacia delle informative antimafia negative su tutto il territorio nazionale e «con riferimento a tutti i rapporti, anche già in essere, con la pubblica amministrazione, finalizzata all'accelerazione delle procedure di rilascio della medesima documentazione e al potenziamento dell'attività di prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa».”

“È evidente che l'art. 2, comma 1, lett. c) si riferisca a tutti i rapporti con la pubblica amministrazione, senza differenziare le autorizzazioni dalle concessioni e dai contratti, come fanno invece, ed espressamente, le lett. a) e b); dunque, la lettera c) si riferisce anche a quei rapporti - come nel caso di specie l'AUA - che, per quanto oggetto di mera autorizzazione, hanno un impatto fortissimo e potenzialmente devastante su beni e interessi pubblici, come nei casi di scarico di sostanze inquinanti o l'esercizio di attività pericolose per la salute e per l'ambiente.”

“Né giova replicare, come fa il primo giudice, che l'espressione «rapporti» si riferisca solo ai contratti e alle concessioni, ma non alle autorizzazioni, che secondo una classica concezione degli atti autorizzatori non costituirebbero un “rapporto” con l'Amministrazione.”

“Tale conclusione non solo è smentita dal tenore letterale dell’art. 2, comma 1, lett. c), che non differenzia le une dalle altre come fanno, invece, la lett. a) e la lett. b) (che richiama la lett. a), ma anche a livello sistematico contrasta con una visione moderna, dinamica e non formalistica del diritto amministrativo, quale effettivamente vive e si svolge nel tessuto economico e nell’evoluzione dell’ordinamento, che individua un rapporto tra amministrato e amministrazione in ogni ipotesi in cui l’attività economica sia sottoposta ad attività provvedimentale, che essa sia di tipo concessorio o autorizzatorio o, addirittura soggetta a s.c.i.a., come questo Consiglio, in sede consultiva, ha chiarito nei numerosi pareri emessi in ordine all’attuazione del d. lgs. n. 124 del 2015 (v., in particolare e tra gli altri, il parere n. 839 del 30 marzo 2016 sulla riforma della disciplina della s.c.i.a.).”

“Di qui la legittimità, anche prima dell’introduzione dell’art. 89-bis - di cui ora si dirà - con il decreto correttivo n. 153 del 2014, delle originarie previsioni contenute nel d. lgs. n. 159 del 2011 (Codice delle leggi antimafia) attuative dei fondamentali principî già contenuti in nuce nell’art. 2 della legge delega e, in particolare:

- dell’art. 83, comma 1, laddove prevede che le amministrazioni devono acquisire la documentazione, di cui all’art. 84, prima di rilasciare o consentire i provvedimenti di cui all’art. 67 (tra cui rientrano, appunto, le autorizzazioni di cui alla lett. f);

- dell’art. 91, comma 1, laddove prevede che detti soggetti devono acquisire l’informativa prima di rilasciare o consentire anche i provvedimenti indicati nell’art. 67;

- dell’art. 91, comma 7, che prevede che con regolamento, adottato con decreto del Ministro dell’Interno - di concerto con quello della Giustizia, con quello delle Infrastrutture e con quello dello Sviluppo Economico ai sensi dell’art. 17, comma 3, della l. n. 400 del 1988 - siano individuate «le diverse tipologie di attività suscettibili di infiltrazione mafiosa nell’attività di impresa per le quali, in relazione allo specifico settore di impiego e alle situazioni ambientali che determinano un maggiore rischio di infiltrazione mafiosa, è sempre obbligatoria l’acquisizione della documentazione indipendentemente dal valore del contratto, subcontratto, concessione, erogazione o provvedimento di cui all’art. 67», dovendosi ricordare che l’art. 67 tra l’altro prevede, alla lett. f), proprio le «altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominate»;

“L’introduzione dell’art. 89-bis del d. lgs. n. 159 del 2011 ad opera del d. lgs. n. 153 del 2014, dunque, non rappresenta una novità né, ancor meno, una distonia nel sistema, ma è anzi coerente con esso, secondo la chiara tendenza legislativa di cui si è detto, avviata dalla legge delega, che aveva già trovato parziale attuazione, sul piano sostanziale, nelle richiamate disposizioni del codice delle leggi antimafia.”

“Tale disposizione prevede, nel comma 1, che «quando in esito alle verifiche di cui all’articolo 88, comma 2, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il prefetto adotta comunque un’informazione interdittiva antimafia e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti di cui all’articolo 83, commi 1 e 2, senza emettere la comunicazione antimafia» e in tal caso, come espressamente sancisce il comma 2, «l’informazione antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta».”

“Con questa previsione, che non ha natura attributiva di un nuovo potere sostanziale, invero già rinvenibile nei dati di diritto positivo sopra evidenziati, ma ha al più carattere specificativo e procedimentale, il codice delle leggi antimafia ha inteso chiarire e disciplinare l’ipotesi nella quale il Prefetto, nell’eseguire la consultazione della Banca dati nazionale unica per il rilascio della comunicazione antimafia, appuri che vi sia il pericolo di infiltrazione mafiosa all’interno dell’impresa.”

“L’art. 98, comma 1, del d. lgs. n. 159 del 2011, come è noto, prevede che nella Banca dati nazionale unica, ora operativa, «sono contenute le comunicazioni e le informazioni antimafia, liberatorie ed interdittive» e, dunque, tutti i provvedimenti che riguardano la posizione “antimafia” dell’impresa; tale Banca consente, ai sensi del comma 2, la consultazione dei dati acquisiti nel corso degli accessi nei cantieri delle imprese interessate all’esecuzione di lavori pubblici, disposti dal Prefetto, e tramite il collegamento ad altre banche dati, ai sensi del comma 3, anche la cognizione di eventuali ulteriori dati anche provenienti dall’estero.”

“Si tratta di disposizione quanto mai opportuna, considerato il carattere pervasivo ed espansivo, a livello economico, e la dimensione sovente transnazionale delle attività imprenditoriali da parte delle associazioni mafiose.”

“Va qui ricordato che il Prefetto, richiesto di rilasciare la documentazione antimafia, può emettere la comunicazione antimafia liberatoria, attestando che la stessa è stata emessa utilizzando il collegamento alla Banca dati, in due ipotesi:

a) quando non emerge, a carico dei soggetti censiti, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all’art. 67 (art. 88, comma 1: c.d. comunicazione de plano);

b) quando, emersa la sussistenza di una di dette cause ed effettuate le necessarie verifiche, di cui all’art. 88, comma 2, per accertare la «corrispondenza dei motivi ostativi emersi dalla consultazione della banca dati nazionale unica alla situazione aggiornata del soggetto sottoposto ad accertamenti», queste abbiano dato un esito negativo e non sussista più, nell’attualità, alcuna causa di decadenza, di sospensione o di divieto (art. 88, comma 1).”

“Nel corso di tali verifiche, quando emerga dalla Banca dati la presenza di provvedimenti definitivi di prevenzione, ai sensi dell’art. 67, comma 1, del d. lgs. n. 159 del 2011, o comunque di dati che, ai sensi del richiamato art. 98, impongono una necessaria attività di verifica nell’impossibilità di emettere

la comunicazione antimafia de plano, il Prefetto può riscontrare la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, in base all'art. 89-bis, ed emettere informazione antimafia, sostitutiva della comunicazione richiesta.”

“Ciò può verificarsi, ad esempio, quando il Prefetto, nell'eseguire il collegamento alla Banca dati e le verifiche di cui all'art. 88, comma 2, constati l'esistenza di «una documentazione antimafia interdittiva in corso di validità a carico dell'impresa», come ad esempio una pregressa informativa emessa in rapporto ad un contratto pubblico, secondo quanto prevede espressamente l'art. 24, comma 2, del d.P.C.M. n. 193 del 2014 (regolamento recante le modalità di funzionamento, tra l'altro, della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, istituita ai sensi dell'art. 96 del d. lgs. n. 159 del 2011), o acquisisca dati risultanti da precedenti accessi in cantiere, ai sensi dell'art. 98, comma 2, o informazioni provenienti dall'estero, ai sensi dell'art. 98, comma 3.”

“L'istituzione della Banca dati nazionale unica, prevista dall'art. 2 della legge delega sopra ricordato e resa operativa con il d.P.C.M. n. 193 del 2014, consente ora al Ministero dell'Interno, e per esso ai Prefetti competenti, di monitorare, e di “mappare”, le imprese sull'intero territorio nazionale - o, addirittura, anche nelle loro attività svolte all'esterno - e nello svolgimento di qualsivoglia attività economica, che essa sia soggetta a comunicazione o a informazione antimafia, sicché l'autorità prefettizia, richiesta di emettere una comunicazione antimafia liberatoria, ben può venire a conoscenza, nel collegarsi alla Banca dati, che a carico dell'impresa sussista una informativa antimafia o ulteriori elementi di apprezzabile significatività, provvedendo ad emettere, ai sensi dell'art. 89-bis, comma 2, del d. lgs. n. 159 del 2011, una informativa antimafia in luogo della richiesta comunicazione.”

“E ciò perfettamente in linea con la richiamata previsione dell'art. 2, comma 1, lett. c) della legge delega che, giova ripeterlo, ha istituito una Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, testualmente, con «immediata efficacia delle informative antimafia negative su tutto il territorio nazionale» e «con riferimento a tutti i rapporti, anche già in essere, con la pubblica amministrazione, finalizzata all'accelerazione delle procedure di rilascio della medesima documentazione e al potenziamento dell'attività di prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa».”

“Tale ultima finalità, chiaramente enunciata dal legislatore, pienamente giustificata, ad avviso di questo Consiglio, il potere prefettizio di emettere una informativa antimafia, ricorrendone i presupposti dell'art. 84, comma 4, e dell'art. 91, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011 in luogo e con l'effetto della richiesta comunicazione antimafia.”

“Al riguardo questo stesso Consiglio di Stato, sez. I, nel parere n. 3088 del 17 novembre 2015 ha già evidenziato che «le perplessità di ordine sistematico e teleologico sollevate in ordine all'applicazione di tale disposizione anche alle ipotesi in cui non vi sia un rapporto contrattuale - appalti o concessioni

- con la pubblica amministrazione non hanno ragion d'essere, posto che anche in ipotesi di attività soggette a mera autorizzazione l'esistenza di infiltrazioni mafiose inquina l'economia legale, altera il funzionamento della concorrenza e costituisce una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubbliche».

“La prevenzione contro l'inquinamento dell'economia legale ad opera della mafia ha costituito e costituisce, tuttora, una priorità per la legislazione del settore, che ha indotto il legislatore delegante e, di seguito, quello delegato, nelle previsioni originarie del codice delle leggi antimafia e dei successivi correttivi, ad estendere la portata delle informazioni antimafia anche ad ambiti tradizionalmente e precedentemente ad esse estranei.”

“Questo Collegio non ignora che, con l'ordinanza n. 2337 del 28 settembre 2016, il T.A.R. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, ha rimesso alla Corte costituzione la questione di compatibilità dell'art. 89-bis del d. lgs. n. 159 del 2011 in relazione ad un presunto eccesso di delega ai sensi degli art. 76, 77, primo comma, e 3 della Cost.”

“Alla Corte competerà, ovviamente, decidere di tale delicata questione quanto al sollevato vizio inerente al presunto eccesso di delega.”

“Ritiene tuttavia questo Collegio che tale questione, anche al di là della sua manifesta infondatezza per le ragioni sopra vedute, sia comunque irrilevante nel presente giudizio, perché l'applicazione dell'informativa antimafia alle autorizzazioni si fonda sull'applicazione della stessa legge delega e di disposizioni del codice delle leggi antimafia anche diverse dal richiamato art. 89-bis, che pure costituisce indice significativo ed ulteriore riconferma, sul piano procedimentale, della innovativa impostazione del legislatore in questa materia.”

“Deve questo Collegio solo qui aggiungere, per completezza, che non ritiene che la nuova disciplina contrasti con gli artt. 3, 24, 27, comma secondo, 41 e 42 Cost.”

“Lo Stato non riconosce dignità e statuto di operatori economici, e non più soltanto nei rapporti con la pubblica amministrazione, a soggetti condizionati, controllati, infiltrati ed eterodiretti dalle associazioni mafiose.”

“Questa valutazione, che ha natura preventiva e non sanzionatoria ed è, dunque, avulsa da qualsivoglia logica penale o lato sensu punitiva (Cons. St., sez. III, 3 maggio 2013, n. 1743), costituisce un severo limite all'iniziativa economica privata, che tuttavia è giustificato dalla considerazione che il metodo mafioso, per sua stessa ragion di essere, costituisce un «danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma secondo, Cost.), già sul piano dei rapporti tra privati (prima ancora che in quello con le pubbliche amministrazioni), oltre a porsi in contrasto, ovviamente, con l'utilità sociale, limite, quest'ultimo, allo stesso esercizio della proprietà privata.”

“Il metodo mafioso è e resta tale, per un essenziale principio di eguaglianza sostanziale prima ancora che di logica giuridica, non solo nelle contrattazioni con la pubblica amministrazione, ma anche tra privati, nello svolgimento della libera iniziativa economica.”

“Non si può ignorare, e la legislazione antimafia più recente non ha di certo ignorato, che tra economia pubblica ed economia privata sussista un intreccio tanto profondo, anche nell’attuale contesto di una economia globalizzata, che non è pensabile e possibile contrastare l’infiltrazione della mafia “imprenditrice” e i suoi interessi nell’una senza colpire anche gli altri e che tale distinzione, se poteva avere una giustificazione nella società meno complessa di cui la precedente legislazione antimafia era specchio, viene oggi a perdere ogni valore, ed efficacia deterrente, per entità economiche che, sostenute da ingenti risorse finanziarie di illecita origine ed agevolate, rispetto ad altri operatori, da modalità criminose ed omertose, entrino nel mercato con una aggressività tale da eliminare ogni concorrenza e, infine, da monopolizzarlo.”

“La tutela della trasparenza e della concorrenza, nel libero esercizio di una attività imprenditoriale rispettosa della sicurezza e della dignità umana, è un valore che deve essere preservato nell’economia sia pubblica che privata.”

“La stessa Corte di Giustizia UE, in riferimento alla prassi dei cc.dd. protocolli di legalità, ha ribadito di recente che «va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell’adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell’obbligo di trasparenza, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico» poiché «il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell’obbligo summenzionati» (Corte di Giustizia, sez. X, 22 ottobre 2015, in C-425/14).”

“Non a caso proprio per tali considerazioni di ordine storico, giuridico, economico e sociale peculiari del nostro ordinamento, come ha correttamente dedotto la Provincia appellante nel secondo motivo (pp. 9-12 del ricorso), la c.d. legge anticorruzione (l. n. 190 del 2012), nell’art. 1, commi 52 e 53, ha istituito la c.d. white list, con la creazione di appositi elenchi, presso le Prefetture, dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa per attività economiche particolarmente sensibili.”

“Ad esempio (e l’esempio è quanto mai appropriato, per quanto si dirà, nel caso di specie, che riguarda impresa operante nel territorio emiliano e non inserita nella c.d. white list), per il terremoto che ha colpito le province di Bologna, Modena, Ferrara, Mantova, Reggio Emilia e Rovigo il 20 e il 29 maggio 2012, l’art. 5-bis, comma 4, del d.l. n. 74 del 2012, inserito in sede di conversione dalla l. n. 122 del 1° agosto 2012, ha previsto che i controlli antimafia, relativi alle imprese iscritte in tali elenchi, si estendessero «sugli interventi di ricostruzione affidati da soggetti privati e finanziati con le erogazioni e le concessioni di provvidenze pubbliche».”

“Ulteriore conferma questa, laddove ve ne fosse bisogno, che la distinzione

tra economia pubblica ed economia privata, in taluni settori - l'edilizia, lo smaltimento dei rifiuti, il trasporto dei materiali in discarica, i noli a freddo, gli autotrasporti per conto terzi, la fornitura di ferro lavorato, il trasporto terra, etc. - è del tutto inadeguata e inefficace a descrivere, e a circoscrivere, la vastità e la pervasività del pericolo mafioso in esame."

"Se ne deve concludere, pertanto, che nell'attuale sistema della documentazione antimafia la suddivisione tra l'ambito applicativo delle comunicazioni antimafia e delle informazioni antimafia, codificata dal d. lgs. n. 159 del 2011, mantiene la sua attualità - del resto ribadita nel codice stesso - se e nella misura in cui essa non si risolve nella impermeabilità dei dati posti a fondamento delle une con quelli posti a fondamento delle altre, soprattutto dopo l'istituzione, in attuazione dell'art. 2 della legge delega, della Banca dati nazionale unica, che consente di avere una cognizione ad ampio spettro e aggiornata della posizione antimafia di una impresa."

"E una simile impermeabilità e incomunicabilità tra i diversi settori economici e i relativi provvedimenti interdittivi, infatti, ha inteso evitare il legislatore con le più recenti modifiche del codice delle leggi antimafia."

"Il Prefetto, pertanto, avrà l'obbligo di rilasciare le informazioni antimafia nelle ipotesi di cui all'art. 91, comma 1, del d. lgs. n. 159 del 2011 e avrà la facoltà, nelle ipotesi di verifiche, procedimentalizzate dall'art. 88, comma 2, e dall'art. 89-bis, di emettere una informativa antimafia, in luogo della richiesta comunicazione antimafia, tutte le volte in cui, nel collegamento alla Banca dati nazionale unica, emergano provvedimenti o dati che lo inducano a ritenere non possibile emettere una comunicazione liberatoria de plano, ma impongano più serie verifiche in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa."

"Il sistema così delineato, che risponde a valori costituzionali ed europei di preminente interesse e di irrinunciabile tutela, non attenua le garanzie che la tradizionale ripartizione tra le comunicazioni e le informazioni antimafia prima assicurava, consentendo alle sole comunicazioni antimafia, emesse sulla base di un provvedimento di prevenzione definitivo adottato dal Tribunale con tutte le garanzie giurisdizionali, di precludere l'ottenimento di licenze, autorizzazioni o di qualsivoglia provvedimento, comunque denominato, per l'esercizio di attività imprenditoriali (art. 67, comma 1, lett. f) del d. lgs. n. 159 del 2011)."

"Il timore che, estendendo l'applicazione delle informative antimafia alle attività economiche soggette al regime autorizzatorio, si schiuda la via all'arbitrio dell'autorità prefettizia nella valutazione della permeabilità mafiosa e quindi anche nell'accesso alle attività economiche (solo) private, senza che tale valutazione sia assistita da preventive garanzie procedurali o, comunque, dalle stesse garanzie delle misure di prevenzione emesse dal Tribunale, è del tutto infondato."

"La valutazione prefettizia - questa Sezione deve ancora una volta e con più convinzione qui ribadirlo - deve fondarsi su elementi gravi, precisi e concordanti che, alla stregua della «logica del più probabile che non», consentano

di ritenere razionalmente credibile il pericolo di infiltrazione mafiosa in base ad un complessivo, oggettivo, e sempre sindacabile in sede giurisdizionale, apprezzamento dei fatti nel loro valore sintomatico.”

“Gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un numerus clausus, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l’insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento (v., sul punto, la già richiamata sentenza di questo Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743), ma essi devono pur sempre essere ricondotti ad una valutazione unitaria e complessiva, che imponga all’autorità e consenta al giudice di verificare la ragionevolezza o la logicità dell’apprezzamento discrezionale, costituente fulcro e fondamento dell’informativa, in ordine al serio rischio di condizionamento mafioso.”

“In tale senso il criterio civilistico del «più probabile che non», seguito costantemente dalla giurisprudenza di questo Consiglio, si pone quale regola, garanzia e, insieme, strumento di controllo, fondato anche su irrinunciabili dati dell’esperienza, della valutazione prefettizia e, in particolare, consente di verificare la correttezza dell’inferenza causale che da un insieme di fatti sintomatici, di apprezzabile significato indiziario, perviene alla ragionevole conclusione di permeabilità mafiosa, secondo una logica che nulla ha a che fare con le esigenze del diritto punitivo e del sistema sanzionatorio, laddove vige la regola della certezza al di là di ogni ragionevole dubbio per pervenire alla condanna penale.”

“Questa ultima regola, come è stato di recente chiarito, si palesa «consentanea alla garanzia fondamentale della “presunzione di non colpevolezza”, di cui all’art. 27 Cost., comma 2, cui è ispirato anche il p. 2 del citato art. 6 CEDU», sicché è evidente come la vicenda in esame in alcun modo possa essere ricondotta nell’alveo del principio anzidetto, desunto dalla giurisprudenza di Strasburgo dall’art. 6 CEDU, in quanto «non attiene ad ipotesi di affermazione di responsabilità penale», è «estranea al perimetro delle garanzie innanzi ricordate» (v., in questi significativi termini, Cass., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19430, per la responsabilità civile), ma riguarda la prevenzione amministrativa antimafia.”

“L’equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco, la libertà di impresa, da un lato, e la tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale sopra richiamati, richiedono alla Prefettura un’attenta valutazione di tali elementi, che devono offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa, e a sua volta impongono al giudice amministrativo un altrettanto approfondito esame di tali elementi, singolarmente e nella loro intima connessione, per assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro ogni eventuale eccesso di potere da parte del Prefetto nell’esercizio di tale ampio, ma non indeterminato, potere discrezionale.”

“La delicatezza di tale ponderazione intesa a contrastare in via preventiva la

minaccia insidiosa ed esiziale delle organizzazioni mafiose, richiesta all'auto-amministrazione, può comportare anche un'attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale, che del resto non è un valore assoluto, slegato dal doveroso contemperamento di esso con interessi di pari se non superiore rango costituzionale, né un bene in sé, o un fine supremo e ad ogni costo irrinunciabile, ma è un principio strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale (art. 3, comma secondo, Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo.”

“E d'altro canto, occorre qui ricordare, il contraddittorio procedimentale non è del tutto assente nemmeno nelle procedure antimafia, se è vero che l'art. 93, comma 7, del d. lgs. n. 159 del 2011 «il prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile».”

“Infine deve essere qui anche ribadito, come questa Sezione ha più volte chiarito, che il bilanciamento tra i valori costituzionali rilevanti in materia - l'esigenza, da un lato, di preservare i rapporti economici dalle infiltrazioni mafiose in attuazione del superiore principio di legalità sostanziale e, dall'altro, la libertà di impresa - trova nella previsione dell'aggiornamento, ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011, un punto di equilibrio fondamentale e uno snodo della disciplina in materia, sia in senso favorevole che sfavorevole all'impresa, poiché impone all'autorità prefettizia di considerare i fatti nuovi, laddove sopravvenuti, o anche precedenti - se non noti - e consente all'impresa stessa di rappresentarli all'autorità stessa, laddove da questa non conosciuti (v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121).”

“L'ordinamento positivo in materia, dalla legge-delega al cd. “Codice antimafia” sino alle più recenti integrazioni di quest'ultimo, ha voluto apprestare, per l'individuazione del pericolo di infiltrazione mafiosa nell'economia e nelle imprese, strumenti sempre più idonei e capaci di consentire valutazioni e accertamenti tanto variegati e adeguabili alle circostanze, quanto variabili e diversamente atteggiati sono i mezzi che le mafie usano per cercare di moltiplicare i loro illeciti profitti.”

“Nella ponderazione degli interessi in gioco, tra cui certo quello delle garanzie per l'interessato da una misura interdittiva è ben presente, non può pensarsi che gli organi dello Stato contrastino con “armi impari” la pervasiva diffusione delle organizzazioni mafiose che hanno, nei sistemi globalizzati, vaste reti di collegamento e profitti criminali quale “ragione sociale” per tendere al controllo di interi territori.”

(...)

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2017.

Diritto di accesso e opponibilità della clausola di riservatezza

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE TERZA, SENTENZA 17 MARZO 2017 N. 1213

La sentenza afferma il principio per cui clausola di riservatezza, pattuita fra l'Amministrazione e l'impresa privata nell'ambito di una procedura di negoziazione del prezzo di un farmaco da classificare tra quelli a carico del servizio sanitario nazionale, legittima il diniego di accesso agli atti della procedura da parte di un'azienda concorrente e, particolarmente, ai risultati economici raggiunti attraverso la negoziazione nonché al regime di sconti concessi dall'azienda all'istituto.

Il diritto di accesso deve tuttavia prevalere qualora determinato da esigenze difensive che, però, devono essere adeguatamente circostanziate: infatti nella specie, il Consiglio di Stato ha rigettato la domanda di accesso, in difetto di prova del fatto che il concorrente, richiedente l'accesso, avesse instaurato giudizi o procedimenti utili per la difesa della posizione giuridica di base.

*Marina Russo**

Consiglio di Stato, Sezione Terza, sentenza 17 marzo 2017 n. 1213 - Pres. F. Frattini, Est. G. Veltri - Agenzia Italiana del Farmaco - AIFA, (avv. St. M. Russo) c. Abbvie Srl a Socio Unico (avv. A. Lirosi, C. Guglielmello) e nei confronti di Gilead Sciences Srl (avv.ti D. Vaiano, C. Osti).

FATTO

L'Agenzia Italiana del Farmaco - AIFA - e la Gilead Sciences S.p.A. hanno proposto appello per la riforma della sentenza depositata dal TAR Lazio, sez. III quater, in data 25 novembre 2016, n. 11819, con la quale è stato accolto in parte un ricorso proposto dalla AbbVie S.r.l. avverso il diniego opposto dall'AIFA sull'istanza di accesso da essa presentata con riferimento agli atti inerenti al procedimento che ha condotto alla stipula tra l'AIFA e la Gilead sciences, in data 29 gennaio 2015, dell'accordo sulla rimborsabilità e il prezzo relativo ai farmaci Sovaldi e Harvoni. Analogo appello è stato proposto dalla AbbVie S.r.l. al fine di ottenere un accesso integrale e non solo parziale agli atti.

Questi i fatti:

La Gilead sciences s.r.l. produce il farmaco Sovaldi, a base del principio attivo sofosbuvir che è attualmente l'unico prodotto rimborsato in Italia ad essere indicato nel trattamento di tutti i genotipi (da 1 a 6) dell'epatite C cronica; produce altresì il farmaco Harvoni, che aggiunge al principio attivo Sofosbuvir anche il Ledipasvir, e che risulta anch'esso indicato nel trattamento dell'epatite C cronica, per i genotipi di tipo 1, 3 e 4.

Si tratta di medicinali innovativi in grado di eradicare completamente il virus che genera la grave malattia in questione, precedentemente considerata cronica.

(*) Avvocato dello Stato.

Per la cessione dei suddetti farmaci al SSN, la Gilead ha svolto contrattazione con l'AIFA - Agenzia Italiana del Farmaco, ai sensi di quanto previsto dall'art. 48, comma 33, del d.l. n. 269/2003, conv. in legge 326/2003, il quale stabilisce che *"i prezzi dei prodotti rimborsati dal SSN sono determinati mediante contrattazione tra Agenzia e Produttori secondo le modalità e i criteri indicati nella Delibera CIPE febbraio 2001, n. 3, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 73 del 28 marzo 2001"*, deliberazione quest'ultima, che a sua volta disciplina dettagliatamente i "criteri per la contrattazione del prezzo dei farmaci", prevedendo espressamente che, tra le condizioni negoziali di cessione del farmaco alle strutture del SSN, si possa fare riferimento ai "volumi di vendita", si possano pattuire "sconti per le forniture agli ospedali e alle strutture sanitarie pubbliche" e si possa fare riferimento ai "volumi e i prezzi di altri medicinali della stessa impresa".

Pertanto l'AIFA e la Gilead hanno concluso in data 29 gennaio 2015 un accordo negoziale per la cessione al SSN dei farmaci Sovaldi e Harvoni nel quale hanno inserito - come del resto sovente accade negli accordi sottoscritti tra AIFA e le aziende farmaceutiche ex art. 48, comma 33, del d.l. cit. - un meccanismo di sconto denominato prezzo/volume, in applicazione del quale, in buona sostanza, il prezzo di rimborso dei suddetti medicinali è stato assoggettato a percentuali di sconto sempre crescenti quanti più pazienti vengono trattati. L'accordo per la rimborsabilità dei suddetti farmaci, scaduto in data 18 giugno 2016, continua allo stato a rimanere operativo nelle more della stipula di un nuovo accordo tra l'AIFA e la Gilead, per il quale è tuttora in corso una formale rinegoziazione, ai sensi di quanto previsto dal punto 7 della citata delibera CIPE n. 3/2001.

In data 10 giugno 2016, nel corso dunque della citata rinegoziazione, la ricorrente AbbVie S.r.l. ha presentato all'AIFA un'istanza di accesso "agli atti negoziali che hanno portato alla stipula del suddetto accordo di rimborsabilità a carico del SSN delle specialità medicinali Sovaldi e Harvoni" motivandola sulla base di un pretesa legittimazione discendente dall'essere essa un'azienda farmaceutica che commercializza in Italia una terapia per il trattamento dell'epatite C "concorrente di Harvoni", nonché adducendo presunte criticità di natura concorrenziale riscontrabili nell'accordo di rimborsabilità concluso tra l'AIFA e la Gilead.

Con nota prot. n. AL/68272.P del 30 giugno 2016, tuttavia, l'AIFA ha opposto diniego all'istanza presentata dalla ricorrente, rilevando, in sintesi:

1. Il carattere strettamente riservato dell'accordo, in ragione dell'impegno contrattuale assunto dalle parti a non diffonderne i termini dell'accordo in questione (esattamente come avvenuto in occasione della sottoscrizione dell'accordo negoziale dei farmaci Viekirax ed Exviera di cui è titolare dell'A.I.C. proprio la società Abbvie);
2. la ricorrenza della condizione ostativa all'accesso di cui all'art. 24, comma 6, della legge n. 241/1990, stante il carattere riservato della documentazione richiesta;
3. il carattere bilaterale e strettamente riservato dell'accordo, implicante di per sé l'esclusione di terzi estranei dalla partecipazione;
4. la considerazione del fatto che il medicinale Sovaldi è attualmente l'unico farmaco autorizzato per il trattamento senza interferone di tutti i genotipi di epatite C cronica, ragion per cui la Gilead Sciences s.r.l., avendo sviluppato per prima tale medicinale, è stata anche la prima (ed attualmente l'unica) ad "entrare" nel relativo mercato rilevante.

Il TAR ha accolto in parte il ricorso ed ha riconosciuto alla AbbVie S.r.l. il diritto ad ottenere solo un parziale accesso agli atti da essa richiesti, così delimitandolo:

1. dovrà essere dato accesso solo agli atti relativi al procedimento riguardante l'Harvoni e non anche quelli inerenti al Sovaldi, in quanto solo il primo e non anche il secondo è stato riconosciuto essere in concorrenza con i prodotti Viekirax ed Exviera di cui la richiedente è titolare dell'AIC;

2. non dovrà essere dato accesso, in ogni caso, neppure per Harvoni a quelle parti dei documenti richiesti nelle quali vi siano riferimenti ai "dati di cui all'art. 6 della delibera CIPE che intervengono nel procedimento di determinazione del prezzo", che sarebbero - si trae sempre dalla sentenza impugnata - tra gli altri, quelli contenuti nelle proposte di prezzo corredate "con adeguate valutazioni economiche del prodotto e del contesto industriale (con riferimento agli investimenti in produzione, ricerca e sviluppo e alle esportazioni) di mercato e di concorrenza nel quale il medesimo prodotto si colloca", poiché questi, "siccome si riferiscono alla posizione sul mercato della Gilead e fanno riferimento a strategie di produzione o a know how particolari", ad avviso del TAR "possono rientrare nei casi di esclusione di cui al Regolamento AIFA sull'accesso".

Avverso la sentenza, come accennato in premessa, hanno proposto appello tutti i protagonisti della vicenda.

Tutte le cause sono state trattenute in decisione all'udienza camerale del 23 febbraio 2017. Per le cause chiamate per la delibazione della domanda cautelare, il Collegio ha dato avviso della possibile decisione nel merito, in forma semplificata.

DIRITTO

1. Per gli appellanti, AIFA e Gilead, la sentenza sarebbe erronea innanzitutto nella parte in cui è concesso "*l'accesso alla documentazione relativa al farmaco Harvoni prodotto da Gilead ... mentre non potrà concederlo in relazione al farmaco Sovaldi frutto di un brevetto di cui la stessa è titolare*", atteso che: a) l'esistenza di una protezione brevettuale non sarebbe rilevante ai fini dell'accesso ad atti che nulla avrebbero a che vedere con la negoziazione sul prezzo; b) in ogni caso la Gilead è titolare di brevetto anche con riferimento ad Harvoni, sicché - se questa è la ragione giustificatrice dell'esclusione dal diritto di accesso - non sarebbe dato comprendere le ragioni del *discrimen* fra i due farmaci ai fini dell'accesso.

1.1. Il giudice di prime cure avrebbe altresì omissso di valutare il tema della riservatezza del documento del quale AbbVie intende ottenere l'esibizione, e di tutti quelli che l'hanno preceduto ai fini della sua formazione. Esigenza di riservatezza che, infatti, AIFA aveva posto a base del diniego opposto alla richiesta di accesso, in quanto protetto da apposita clausola dell'accordo stipulato all'esito della negoziazione. Del resto, secondo gli appellanti, la riservatezza commerciale costituisce legittima causa di esclusione dell'accesso ai sensi dell'art. 24, comma 6 della l. n. 241/1990, ed anche del regolamento AIFA, e la clausola di riservatezza sarebbe proprio lo strumento concordemente utilizzato dalle parti per evidenziare la natura sensibile del documento a tali fini.

1.2. L'esigenza di riservatezza sarebbe viepiù rinforzata, nel caso di specie, anche dal concomitante interesse pubblico ad ottenere un prezzo più basso ed a limitare il fenomeno delle esportazioni parallele, che verrebbero certamente favorite dalla conoscenza del prezzo finale di cessione: il farmaco verrebbe infatti acquistato per essere rivenduto all'estero ad un prezzo maggiore, così consentendo all'esportatore di lucrare sulla differenza, con l'ulteriore rischio - già concretizzatosi in passato - di determinare indisponibilità del farmaco in Italia, a tutto discapito dei pazienti.

1.3. La sentenza sarebbe, ad ogni modo, erronea anche nella parte in cui ha ritenuto sussistente la situazione legittimante l'esercizio del diritto di accesso agli atti del procedimento di contrattazione del prezzo e delle altre condizioni di rimborso di specialità medicinali commercializzate da altra azienda farmaceutica operante sul mercato italiano, atteso che dall'accordo non sarebbe derivato né potrebbe derivare uno svantaggio concorrenziale per AbbVie rispetto alla Gilead.

2. Per AbbVie S.r.l., per converso, la sentenza sarebbe erronea innanzitutto nella parte in cui ha escluso l'ostensibilità della documentazione relativa al farmaco Sovaldi. Il TAR - nell'esesesi che della pronuncia ne dà l'appellante - ha inteso fondare l'esclusione dell'accesso sul fatto che, essendo il Sovaldi l'unico farmaco pan-genotipico disponibile sul mercato, e quindi il solo deputato al trattamento di quattro dei sei diversi genotipi di epatite C cronica (segnatamente, i genotipi 2, 3, 5 e 6), non è rinvenibile una situazione di concorrenza diretta con la terapia commercializzata da AbbVie (e indicata per il trattamento dei genotipi 1 e 4).

Le conclusioni cui giunge il TAR sarebbero tuttavia errate, posto che per effetto del meccanismo di sconti previsto nell'Accordo Gilead - che consente di cumulare le vendite di entrambi i farmaci ai fini del raggiungimento dei successivi scaglioni di pazienti trattati e quindi dell'applicazione dei crescenti livelli di sconto ad essi collegati - AbbVie, pur avendo anch'essa stipulato con AIFA un accordo prezzo-volume relativo alla propria terapia anti-epatite C, si troverebbe in una situazione di strutturale e insuperabile svantaggio concorrenziale. Ciò perché, ai fini del raggiungimento dei propri scaglioni di pazienti e quindi dell'incentivo all'acquisto del proprio farmaco da parte delle strutture ospedaliere pubbliche, Gilead potrebbe contare su un effetto di fidelizzazione scaturente dall'infungibilità del Sovaldi (unico farmaco attualmente autorizzato e rimborsato per il trattamento dei genotipi 2, 3, 5 e 6), che, gioco forza, trainerebbe anche il secondo farmaco Harvoni, con conseguente abuso di posizione dominante.

Ne deriverebbe che la struttura dell'Accordo Gilead (applicato attualmente in regime di proroga), sarebbe tale da pregiudicare la posizione sul mercato di AbbVie ledendo la legittima aspirazione della stessa a concorrere in situazioni di parità ed imparzialità. In questo contesto, la circostanza che il trattamento di AbbVie non sia direttamente concorrente di Sovaldi (ma solo di Harvoni) sarebbe del tutto indifferente ai fini che interessano, in quanto la legittimazione e l'interesse di AbbVie trarrebbero origine proprio dal fatto che l'AIFA ha incluso all'interno dello stesso meccanismo prezzo-volume due farmaci che invece andavano tenuti nettamente distinti sia perché rivolti a mercati differenti, sia perché l'uno è commercializzato in regime di monopolio e l'altro no.

2.1. La sentenza sarebbe altresì erronea sia nella parte in cui, pur accordando l'accesso alla documentazione di Harvoni, ha rimesso all'AIFA di valutare la sussistenza di eventuali limitazioni "in relazione alla specifica causa di esclusione indicata dall'art. 18, comma 2 del Regolamento sull'accesso", sia nella parte in cui ha ricondotto a tale causa di esclusione "i dati di cui all'art. 6 della delibera CIPE e che intervengono nel procedimento di determinazione del prezzo, siccome riferiti alla posizione sul mercato della Gilead e facenti riferimento a strategie di produzione o a know how particolari".

Nel caso di specie, secondo l'appellante non vi sarebbe alcuna esigenza di riservatezza legata alla produzione ed al know how atteso che il procedimento di negoziazione disciplinato dalla deliberazione CIPE n. 3 del 1° febbraio 2001 ha riferimento alle sole valutazioni economiche del prodotto e del contesto industriale di mercato e di concorrenza nel quale il medesimo prodotto si colloca.

3. LE VALUTAZIONI DEL COLLEGIO

3.1. Ovviamente i ricorsi devono essere riuniti vertendo sulla medesima sentenza.

3.2. Gli appelli di AIFA e di Gilead sono fondati.

3.3. È utile ricostruire il quadro normativo del quale si è fatto sintetico cenno in premessa.

L'art. 48, comma 33, del d.l. n. 269/2003, conv. in legge 326/2003, stabilisce che *"i prezzi dei prodotti rimborsati dal SSN sono determinati mediante contrattazione tra Agenzia e Produttori secondo le modalità e i criteri indicati nella Delibera CIPE 1 febbraio 2001, n. 3, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 73 del 28 marzo 2001"*.

3.4. Tale ultima delibera, a sua volta, detta analitiche disposizioni aventi ad oggetto i medicinali autorizzati all'immissione in commercio secondo le procedure centralizzate e di mutuo riconoscimento, e riguardanti in particolare il procedimento di contrattazione del prezzo di medicinali idonei all'inclusione nella lista dei medicinali rimborsabili dal Servizio sanitario nazionale. Nell'ambito di tale attività negoziata procedimentalizzata, è previsto che l'impresa farmaceutica proponga un prezzo sulla base di un documentato e circostanziato dossier alla luce di un criterio costo/efficacia per i pazienti; che l'amministrazione compia speculari valutazioni, anche attraverso l'ausilio di organi interni specializzati, al fine di una controproposta; che la procedura negoziale si concluda con un accordo tra le parti con la fissazione di un prezzo sulla base dei volumi di vendita, della disponibilità del prodotto per il Servizio sanitario, degli sconti per le forniture agli ospedali e alle strutture sanitarie pubbliche; dei volumi e dei prezzi di altri medicinali della stessa impresa. È in particolare espressamente previsto che, in sede di definizione contrattuale possa essere definita una relazione funzionale tra prezzo e intervalli di variazione dei volumi di vendita.

3.5. L'accordo è un passaggio obbligatorio ed ineludibile, poiché, in mancanza, il prodotto è classificato nella fascia C di cui al comma 10, dell'art. 8, della legge del 24 dicembre 1993, n. 537.

3.6. Il prezzo contrattato rappresenta per gli ospedali e le ASL il prezzo massimo di cessione al Servizio sanitario nazionale. Su tale prezzo essi devono, in applicazione di proprie procedure, contrattare gli sconti commerciali.

3.7. Relativamente al segmento di mercato che transita attraverso il canale della distribuzione intermedia e finale, al prezzo *ex-fabrika* contrattato sono aggiunte, per la definizione del prezzo al pubblico, l'IVA e le quote di spettanza per la distribuzione (si vedano in proposito il comma 5 e seguenti dell'art. 1 della deliberazione citata).

4. Ciò chiarito, può da subito sgombrarsi il campo dai dubbi circa l'astratta accessibilità degli atti, in quanto formati nell'ambito di procedimento negoziale e non di un procedimento amministrativo.

4.1. A prescindere dalla sussumibilità dell'accordo nel quadro degli accordi sostitutivi di provvedimento ex art. 11 l. 241/90, o piuttosto in una vera e propria fattispecie contrattuale, la giurisprudenza di questo Consiglio, muovendo dal consolidato approdo secondo il quale la disciplina legale della ostensibilità dei documenti amministrativi pone anzitutto - sul piano oggettivo - un rapporto tra regola deponente per la generale accessibilità, ed eccezioni tassative e non estensibili, è giunta alla conclusione che in base alla disciplina contenuta negli artt. 22 e ss. L. n. 241 del 1990, il diritto di accesso può esercitarsi anche rispetto a documenti di natura privatistica purché concernenti attività di pubblico interesse. E del resto l'attività amministrativa, soggetta all'applicazione dei principi di imparzialità e di buon andamento, è configurabile non solo quando l'Amministrazione esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa persegue le proprie finalità istituzionali e provvede alla cura concreta di pubblici interessi mediante un'attività sottoposta alla disciplina dei rapporti tra privati (ex multis, Cons. Stato Sez. IV, Sent., 28/01/2016, n. 326).

4.2. Sempre in via generale ed astratta, deve ritenersi sufficiente, ai fini dell'accesso, a mente dell'art. 22 della legge generale sul procedimento, *“un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”*. Non occorre che sia instaurato, o in via di instaurazione, un giudizio, bastando la dimostrazione del grado di protezione che l'ordinamento accorda alla posizione base, ossia al bene della vita dal quale scaturisce l'interesse ostensivo. In altri termini, la legittimazione all'accesso agli atti della P.A. va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti

nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto (in tali termini, da ultimo Cons. Stato Sez. IV, 20-10-2016, n. 4372).

5. Applicando queste prime coordinate giurisprudenziali alla fattispecie in esame, non v'è dubbio che:

a) AbbVie sia pacificamente legittimata a domandare l'accesso, essendo dimostrato che essa compete nel medesimo mercato di Gilead e risente economicamente dei risultati commerciali raggiungibili da quest'ultima in forza dell'accordo con AIFA ex art. 48, comma 33, del d.l. n. 269/2003. Non occorre indagare sulla possibilità di una effettiva lesione conseguente all'asserito abuso di una posizione dominante acquisita da Gilead a mezzo dell'accordo, poiché questa è questione che compete al giudice naturale della situazione giuridica di base.

b) gli atti del procedimento negoziale siano oggettivamente accessibili in quanto documenti amministrativi ricompresi nell'ambito di applicazione dell'art. 22 della legge generale del procedimento, a ciò non ostando la bilateralità dell'accordo.

5.1. Del resto, l'ordinamento conosce una specifica disciplina dell'accesso per i casi in cui l'attività dell'amministrazione si sostanzia nell'esperienza di una procedura, aperta, ristretta, ma anche negoziata (il superato istituto della "trattativa privata"), caratterizzata da un'rigida inaccessibilità in pendenza della procedura, strumentale alla garanzia della leale competizione, e da una tendenziale accessibilità di tutti gli atti della serie negoziale, ad aggiudicazione avvenuta, salvo che in relazione ad alcuni specifici aspetti per i quali vengano in rilievo, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, "segreti tecnici o commerciali" (sul punto si veda l'attuale art. 53 del d.lgs. 50/2016, ma già l'art. 13 del d.lgs. 163/2006).

6. Ciò che è peculiare e dirimente nel caso di specie - come condivisibilmente sottolineato da AIFA e da Gilead - è la pattuizione di una clausola di riservatezza.

6.1. Non v'è dubbio che, dal punto di vista giuridico, essa vincoli le parti dell'accordo, sempre che non si ponga in contrasto con norme imperative.

È su quest'ultimo punto che il Collegio ritiene necessario soffermarsi.

6.2. Le norme "imperative" in tema di accesso qualificato (ossia sorretto da uno specifico interesse) ai documenti amministrativi sono contenute nel capo V della legge generale sul procedimento. La legge, pur chiarendo in via generale che *"l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza"* (art. 22 comma 2) e disponendo conseguentemente che *"tutti i documenti amministrativi sono accessibili....."* ha cura di individuare alcune eccezioni in cui il diritto di accesso è escluso o può essere escluso (art. 22 comma 3 ed art. 24 l. cit.)

6.3. Qui rileva, in particolare, l'art. 24 comma 6 lett. d), a mente del quale, il diritto d'accesso può essere escluso *"quando i documenti riguardano 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"*.

6.4. L'esigenza di riservatezza delle imprese in ordine all'interesse commerciale è dunque idoneo, in astratto, a giustificare esclusioni o limitazioni del diritto d'accesso. È evidente che deve trattarsi di esigenza oggettivamente apprezzabile, lecita e meritevole di tutela in quanto collegata a potenziali pregiudizi derivanti dalla divulgazione, secondo un nesso di proporzionalità.

7. Un punto di equilibrio tra esigenze di riservatezza e trasparenza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica finalizzata alla stipula di contratti di appalto si rinviene nella disciplina di settore dettata dal dlgs 50/2016, la quale fa prevalere le ovvie esigenze di riservatezza degli offerenti durante la competizione, prevedendo un vero e proprio divieto di divulgazione, salvo ripristinare la fisiologica dinamica dell'accesso a procedura conclusa, con espressa eccezione per *“le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”*.

Il riferimento al “segreto” commerciale, contenuto nell'art. 53, più rigoroso e stringente dell'art. 24 che invece parla di “riservatezza” commerciale, si spiega in relazione allo specifico contesto dell'evidenza pubblica nell'ambito del quale si svolge una vera e propria competizione governata dal principio di concorrenza e da quello di pari trattamento che ne costituisce il corollario endoconcorsuale. Essendo la gara basata sulla convenienza dell'offerta economica è chiaro che le condizioni alle quali essa è aggiudicata, ed il relativo contratto è stipulato, costituiscono la prova ed il riscontro della corretta conduzione della competizione fra gli offerenti, ragion per cui nessuna esigenza di riservatezza potrà essere tale da sottrarre all'accesso i dati economici che non siano così inestricabilmente avvinti a quelli tecnici da costituire parte di un segreto industriale.

8. Il contesto in cui si muovono i contendenti nella causa oggetto dell'odierno esame è però radicalmente diverso dal procedimento di evidenza pubblica.

8.1. La pubblica amministrazione, nel procedimento di negoziazione per la fissazione del prezzo dei farmaci coperti da brevetto, punta a perseguire contemporaneamente una pluralità di obiettivi, quali, da un lato, la salute della popolazione, il suo accesso effettivo ai farmaci, il contenimento della spesa farmaceutica, dall'altro il supporto alle aziende che investono in farmaci innovativi.

8.2. Questi obiettivi possono, e devono, invero, essere raggiunti (per gli acquisti da parte di enti del SSN) attraverso la competizione sui prezzi per il tramite di procedure di evidenza pubblica, qualora il segmento di mercato sia quello comprendente le specialità originali contenenti il principio attivo il cui brevetto è scaduto (i cosiddetti prodotti generici *branded*) e le specialità vendute con il nome del principio attivo (i cosiddetti generici *unbranded*).

8.3. Le procedure proconcorrenziali per converso non sono applicabili ed utili per il raggiungimento degli obiettivi sopra indicati, quando il segmento di riferimento è quello dei farmaci coperti da brevetto che hanno già ottenuto l'autorizzazione alla immissione in commercio e che richiedono di poter essere prescritti a carico del Servizio Sanitario Nazionale, sulla base di un prezzo di rimborso che tenga anche conto del loro potenziale terapeutico innovativo. In tale segmento non c'è concorrenza fra i produttori perché ci sono situazioni di monopolio, sia pur transitorie, legate alla protezione brevettuale, indi non v'è il presupposto logico per l'applicazione del principio della gara, e non v'è il presupposto economico per giustificarla, id est la tendenziale uguaglianza tra costo marginale e beneficio marginale per l'acquirente. Infatti, da una lato il monopolista può portare il prezzo al di sopra del livello di equilibrio senza con ciò subire la sanzione da parte del mercato, come avverrebbe in un sistema competitivo, dall'altro il consumatore che ha un problema di salute potenzialmente risolvibile con un farmaco non è interessato a ricercare il punto di ottimo tra benefici e costi, e soprattutto - con specifico riferimento ai farmaci in fascia A rimborsabili - non è indotto a cercare il prodotto che minimizza i costi, poiché l'onere finanziario per l'acquisto è sostenuto dal Sistema sanitario pubblico sulla base di una decisione pubblica di protezione della salute collettiva.

8.2. In tale scenario, la soluzione predisposta da nostro ordinamento, fra le tante opzioni possibili,

è stata quella di demandare all’Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) - una volta che la Commissione Tecnica e Scientifica (CTS) ha valutato l’efficacia del farmaco - il compito di negoziare con l’azienda produttrice il prezzo finale. Il legislatore ha in proposito indicato, attraverso il rinvio statico alla deliberazione CIPE, i quattro parametri che AIFA deve tenere presente nella negoziazione: (i) i prezzi correnti negli altri Stati membri della UE; (ii) i prezzi dei prodotti simili in Italia; (iii) le previsioni di vendita sul mercato; (iv) il rapporto costo/efficacia.

9. Escluso dunque che, nel caso di specie, si tratti di una procedura di evidenza pubblica o di procedura analoga (tale da consentire il ricorso alla analogia legis), si può concludere per l’applicabilità del generale disposto di cui all’art. 24 comma 6 lett. d) che fornisce tutela alla “riservatezza” commerciale, senza ulteriori specificazioni. In altri termini non v’è una norma che direttamente o indirettamente vieti, chiaramente e nettamente, la stipula di accordi di riservatezza in relazione agli interessi commerciali di un’impresa.

10. La conclusione raggiunta in punto di validità della clausola, non esime tuttavia il collegio da un controllo di meritevolezza della stessa, avuto riguardo all’interesse al buon andamento ed imparzialità dell’amministrazione, parte dell’accordo.

10.1. L’amministrazione, nelle sue difese ha chiarito di aver prestato il consenso alle clausole poiché la riservatezza degli esiti della negoziazione sarebbe utile all’ottenimento di risparmi.

10.2. L’affermazione è sorretta da argomentazioni plausibili e comunque sufficienti a sorreggere un giudizio di meritevolezza della causa.

10.2.1. In effetti nelle situazioni in cui la concorrenza è rarefatta, la conoscenza delle condizioni economiche offerte dal concorrente attuale o potenziale costituisce elemento, utile per il soggetto che vuole entrare nel mercato, ad orientare la propria azione commerciale in modo da essere competitivo, nei soli e ristretti limiti in cui ciò sia utile ad eguagliare o sopravanzare l’avversario, senza troppo sacrificio per i margini di ricavo.

L’apposizione della clausola di riservatezza operante nei rapporti tra imprese, consente invece al negoziatore pubblico di tenere celati i risultati economici raggiunti nella negoziazione - che ovviamente rimangono sempre utilizzabili quale parametro interno - e di “spuntare” tutti gli sconti che il produttore sia oggettivamente e soggettivamente in grado di concedere in base ai suoi costi ed alle sue aspettative di profitto. Cioè proprio quegli sconti che il produttore sarebbe restio a concedere se dovesse preparare anche una “difesa” successiva rispetto ad altro produttore che venisse a conoscenza dei propri criteri per fissare il prezzo.

Ovviamente ciò pone un problema di controllabilità, che tuttavia esula dai limiti della *quaestio iuris* oggetto di specifico esame. Ciò che conta ai fini del giudizio è che la clausola, oltre che rispondere ad un interesse commerciale privato, persegua anche un concomitante interesse pubblico; e si è visto che tale condizione è sostenuta con plausibile argomentazione, in riferimento all’obiettivo perseguito da AIFA di ottenere prezzi più bassi per farmaci, di regola assai costosi, il cui onore è a carico del S.S.N.

La clausola è dunque da ritenere valida ed efficace.

11. Per quanto, in ragione di quanto sopra detto, la clausola sia valida e risponda ad interessi meritevoli di tutela - è nondimeno opportuno precisare che la stessa dev’essere interpretata ed eseguita in modo da non porsi in contrasto con le previsioni di legge, che antepongono l’esigenza di difesa in giudizio del concorrente, rispetto a quelle di riservatezza del contraente.

11.1. Sul punto è chiarissimo il tenore dell’art. 24 comma 7 della legge generale sul procedimento: “*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*”.

Ne deriva che la ove la conoscenza dei termini dell’accordo sia necessaria per la difesa in

giudizio in ordine alla situazione giuridica di base, rispetto alla quale l'accesso è strumentale, la clausola di riservatezza non è mai opponibile.

11.2. Nel caso di specie, non risulta tuttavia, che Abbvie abbia instaurato giudizi o procedimenti utili per la difesa della posizione giuridica di base al di là di assai generici richiami "a criticità di natura concorrenziale" formulati ai fini della domanda di accesso.

12. Traendo le conclusioni da tutto quanto argomentato, devono essere accolti gli appelli di AIFA e di Gilead tese a confermare la validità del diniego opposto dall'amministrazione per entrambi i farmaci, in relazione all'accesso ad atti in cui vi sia riferimento diretto o indiretto alle condizioni economiche offerte.

13. Per le medesime ragioni deve invece essere respinto l'appello di Abbvie in quanto finalizzato all'ottenimento senza limitazioni dell'accesso alle informazioni economiche per entrambi i farmaci.

14. Avuto riguardo all'esito ed alla complessità e novità delle questioni, le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti e riuniti:

Accoglie gli appelli dell'Agenzia italiana del farmaco, e di Gilead Sciences Srl; respinge l'appello di Abbvie Srl. Per l'effetto, respinge il ricorso introduttivo in primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2017.

Brevi note sul sistema di regolazione del demanio marittimo

NOTA A T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. VII, SENTENZA 9 FEBBRAIO 2017 N. 818

*Vinca Giannuzzi Savelli**

L'articolo 49 del Codice della navigazione, sulla devoluzione automatica allo Stato delle opere non amovibili, trova applicazione solo a seguito dell'effettiva e definitiva cessazione del rapporto concessorio. Pertanto ai fini della determinazione del relativo canone non vanno incluse le pertinenze demaniali costruite successivamente dal concessionario quando il rapporto concessorio non sia mai cessato.

SOMMARIO: 1. La nozione di demanio marittimo ed i modi di fruizione dello stesso - 2. Principi ed istituti normativi - 3. Criteri di scelta del concessionario - 4. Durata della concessione - 5. Riparto delle competenze gestionali tra Stato e Regioni - 6. Competenza dello Stato circa la determinazione e riscossione dei canoni di concessione - 7. Natura dei canoni delle concessioni - 8. Determinazione del canone - 9. L'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea - 10. La risposta dell'Italia: la c.d. legge salva-spiagge.

1. La nozione di demanio marittimo ed i modi di fruizione dello stesso.

Rientrano nel c.d. demanio marittimo i beni di origine naturale afferenti a spazi acquei che, in relazione alle loro intrinseche caratteristiche e alla loro destinazione collettiva, non possono che appartenere allo Stato.

Se ne rinviene un'elencazione nel libro terzo del codice civile, dedicato alla proprietà, agli artt. 822 e ss., ed in altre norme integrative, in particolare del codice della navigazione.

L'elenco non è tassativo ed è stato nel tempo ampliato dagli apporti dottrinali e giurisprudenziali.

Ai beni naturali del demanio marittimo si aggiungono le "pertinenze" costituite dalle "costruzioni e altre opere appartenenti allo Stato che esistono entro i limiti del demanio marittimo e del mare territoriale", salvo che non sia diversamente disposto.

Anche le opere non amovibili costruite sulla zona demaniale dal concessionario restano acquisite allo Stato quando venga a cessare la concessione, ai sensi dell'art. 49 del codice della navigazione.

Si tratta, quindi, di una categoria molto ampia e variegata per le cui particolari caratteristiche di utilizzo è oggi prevista una regolamentazione specifica: i beni demaniali marittimi sono potenzialmente idonei a soddisfare

(*) Avvocato dello Stato.

Il presente lavoro è stato redatto con la partecipazione della dr.ssa Sonia Catalano, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato di Napoli.

un'imprescindibile serie di interessi pubblici-sociali connessi al mare che risentono dell'evoluzione storica nonché di quella della realtà socio-economica.

Se tradizionalmente i "pubblici usi del mare", riguardavano essenzialmente le attività di difesa delle coste, la navigazione, il traffico marittimo, la pesca, le attività cantieristiche, oggi invece il demanio marittimo è prevalentemente diretto ad assolvere finalità commerciali, turistiche, balneari nonché di fruizione del passaggio e del tempo libero.

2. Principi ed istituti normativi.

Le concessioni demaniali marittime sono state interessate da una notevole evoluzione legislativa in materia di competenze amministrative e gestionali e per quel che concerne i criteri di determinazione dei canoni concessori.

Si è passati da una concezione "statica" dei beni demaniali, volta alla loro mera conservazione, ad una "dinamica", che ha posto maggiore attenzione alle opportunità scaturenti dal loro utilizzo e gestione per il raggiungimento di obiettivi di pertinenza statale e di interesse collettivo: il demanio marittimo, viene oggi inteso come "strumento" da valorizzare, alla luce delle sue elevate potenzialità nello sviluppo economico, in quanto fonte di benessere della popolazione nonché oggetto di doverosa preservazione ambientale, paesaggistica e biologica.

In questo nuovo contesto, si registra un maggiore ricorso all'istituto concessorio. Quest'ultimo, da evento eccezionale, stante l'assoluta preminenza dei valori della proprietà e dell'uso pubblico, è diventato invece del tutto "ordinario", a seguito delle utilizzazioni sempre più numerose e diversificate consentite a favore dei concessionari privati, ma in grado di risolversi in un vantaggio per la collettività.

In particolare, si è diffuso il rilascio di concessioni su beni del demanio marittimo per scopi turistico-balneari e per la nautica. La stessa legge, d'altronde, ha esplicitamente disposto che la concessione dei beni demaniali marittimi possa essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e attività portuali e produttive, per l'esercizio di tutta una serie di elencate attività, tra le quali spiccano proprio quelle aventi finalità turistico-ricreative.

Se è vero che le utilizzazioni e la fruibilità dei beni sono ormai considerati il loro tratto saliente, *più degli aspetti della proprietà pubblica e della demanialità*, tale qualità resta comunque determinante per il relativo regime giuridico in quanto il bene deve sempre essere idoneo, in concreto, alla fruizione della generalità e proprio in virtù delle attività ed opere poste in essere dal concessionario: da qui l'importanza della regolamentazione, discrezionale, prevista dall'autorità concedente e dalla compatibilità, da questa garantibile e controllabile, tra uso pubblico ed uso privato.

Il procedimento amministrativo di concessione resta disciplinato dal codice della navigazione (art. 36 e ss.) e dal relativo regolamento di esecuzione

così come modificati, in particolare, dal D.L. n. 400/1993 convertito nella L. n. 494/1993.

Questa scarsa disciplina originaria si è nel tempo arricchita grazie ai contributi della giurisprudenza nazionale ed europea.

Per cui oggi può affermarsi che l'affidamento dei beni demaniali suscettibili di uno sfruttamento economico deve essere sempre preceduto dal confronto concorrenziale, e le regole dell'evidenza pubblica, già desumibili dai menzionati art. 37 del codice della navigazione e art. 18 del regolamento di esecuzione, devono essere interpretate in conformità dei principi dell'Unione.

3. Criteri di scelta del concessionario.

Circa la scelta del concessionario, questa è sempre discrezionale, ma l'amministrazione *deve necessariamente procedere ad una valutazione comparativa e fornire un'idonea motivazione in merito.*

In caso di concorso di più domande, la normativa nazionale indicava i criteri di preferenza generali, consistenti nell'offerta di maggiori garanzie di proficua utilizzazione, quali possono desumersi dall'adeguatezza della capacità economico-aziendale, dall'affidabilità finanziaria degli aspiranti, e nell'uso rispondente ad un più rilevante interesse pubblico, sempre "a giudizio dell'amministrazione".

Sono poi previsi i criteri di preferenza speciale indicati per le richieste di concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative (art. 37, comma 2 codice navigazione). La scelta qui doveva propendere a vantaggio delle attività che importino "attrezzature non fisse e completamente amovibili" (ciò che comporta un accertamento tecnico-materiale) e, in sede di rinnovo, a favore del precedente concessionario, che nella previsione originaria era dunque titolare del c.d. "diritto di insistenza". Tale diritto è peraltro anch'esso apprezzabile dall'amministrazione nell'ambito della sua valutazione complessiva.

Oggi per le concessioni turistico-ricreative con la legge n. 25/2010 il c.d. *diritto d'insistenza* previsto dall'art. 37 comma 2 c. n. e, successivamente con la legge n. 217/2011 il c.d. *rinnovo automatico* stabilito dall'art. 10 della legge n. 88/2001, non possono più essere riconosciuti in favore dei concessionari.

Il diritto di *insistenza* non può più da solo assurgere ad unico criterio di scelta né l'amministrazione può essere vincolata all'obbligo di rinnovo automatico al precedente concessionario.

4. Durata della concessione.

La normativa nazionale prevede che la concessione, considerata la natura del bene sul quale viene rilasciata, deve essere necessariamente temporanea e, giunta al termine, si intende cessata di diritto senza che occorra alcuna diffida o costituzione in mora.

La scadenza del termine ha dunque un *effetto risolutivo automatico*, che

comporta l'estinzione della concessione e l'obbligo del concessionario di rilasciare l'immobile, senza la necessità di una tempestiva rituale disdetta né di un formale provvedimento di revoca. D'altronde, in materia di concessione di beni pubblici l'ordinamento non contempla la fattispecie del silenzio-assenso o del rinnovo tacito, per cui se manca un'espressa determinazione dell'amministrazione l'occupazione del bene è da ritenersi *sine titulo*. Ne consegue altresì che una nuova concessione deve essere sempre rilasciata con l'osservanza delle procedure prescritte ed è autonoma *in toto* rispetto alla precedente.

La cessazione della concessione comporta la devoluzione allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, delle opere non amovibili costruite sulla zona demaniale.

5. Riparto delle competenze gestionali tra Stato e Regioni.

La crescente complessità della regolamentazione dell'uso del demanio marittimo è stata determinata anche dall'attuazione del c.d. federalismo demaniale che ha frazionato le competenze gestionali nell'ambito.

Infatti l'esercizio delle funzioni di gestione amministrativa delle concessioni demaniali marittime, originariamente attribuite esclusivamente allo Stato, è stato decentrato progressivamente alle Regioni e agli enti locali, ad eccezione di talune competenze rimaste tuttora in capo all'Amministrazione centrale.

Per comprendere a pieno tale trasferimento è necessario un *excursus storico*.

Fino al DPR n. 616 del 24 luglio 1977 (art. 59), di attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 22 luglio 1975 n. 382, la gestione del demanio marittimo, ed in particolare la materia delle concessioni, unitamente alla proprietà dei beni, è stata esclusivamente di competenza dello Stato. A partire dal suddetto decreto del 1977, con successive disposizioni legislative e provvedimenti, sono venute meno le competenze gestionali dello Stato, a favore delle Regioni e, sussidiariamente, degli enti locali. Si è trattato di un processo lungo e complesso, caratterizzato da molteplici difficoltà interpretative ed applicative, non ancora del tutto superate, e dall'intervento della Corte costituzionale - chiamata più volte a pronunciarsi in occasione di conflitti di attribuzione Stato Regioni - nonché, in sede consultiva, dei giudici di Palazzo Spada e, ai fini del controllo, della Corte dei Conti.

La delega alle regioni benché disposta nel 1977, con il DPR n. 616/1977, è restata però di fatto inoperante fino al 1996.

Infatti solo per effetto del D.Lgs. n. 112/1998, è stato stabilito il conferimento generale alle Regioni, salvo talune eccezioni, delle funzioni amministrative concernenti il demanio marittimo.

Tale decreto ha quindi il merito di aver prescritto una delega di contenuto ben più ampio rispetto alla precedente, limitata per specifiche attività.

Infatti, a norma dell'art. 105, comma 2, lettera l) del suddetto D.Lgs., sono state attribuite alle Regioni e agli enti locali le funzioni, purchè non attribuite alle Autorità portuali, relative al rilascio delle concessioni dei beni del

demanio marittimo e di zone del mare territoriale per tutte le finalità “diverse da quelle di approvvigionamento di fonti di energia”, e quindi non per le sole finalità turistiche e ricreative che erano state previste dalla delega del 1977.

Sono rimaste escluse dal trasferimento generale alle Regioni, oltre alle funzioni attribuite alle Autorità portuali ai sensi della legge n. 84/1994, quelle da esercitarsi “nei porti finalizzati alla difesa militare ed alla sicurezza dello Stato, nei porti di rilevanza economica internazionale e nazionale, nonché nelle aree di preminente interesse nazionale individuate con il DPCM 21 dicembre 1995”.

Ai sensi dell’art. 4 comma 5 della legge n. 59/1997 le Regioni, in relazione alle funzioni loro trasferite, avrebbero dovuto provvedere, entro un termine di sei mesi dall’emanazione dei decreti legislativi previsti nella medesima legge, all’individuazione, mediante legge regionale, delle funzioni da trasferire o delegare agli Enti Locali e di quelle da mantenere.

Considerata l’inadempienza di diverse Regioni, il Governo si è avvalso del potere sostitutivo ed ha adottato il decreto legislativo n. 96 del 1999: “*Intervento sostitutivo del Governo per la ripartizione di funzioni amministrative tra Regioni ed Enti Locali a norma dell’articolo 4, comma 5, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni*”.

In particolare, l’art. 42 del citato d. lgs, ha trasferito, a partire dal 1 luglio 1999, ai Comuni le funzioni amministrative previste dall’art. 105 comma 2 lettere f) ed l) del d. lgs. n. 112/1998”, attribuendo agli Enti Locali la titolarità della gestione del demanio marittimo per finalità diverse dall’approvvigionamento di fonti di energia.

Spetta quindi alla Regione, e per essa agli enti locali delegati, il rilascio ed il rinnovo delle concessioni, che fanno così capo, dopo il trasferimento, ad un unico centro di imputazione, qualunque sia la durata ed il carattere formale del provvedimento (mentre prima, a seconda del tipo e durata dell’atto, vi era una diversità di competenza tra più organi dello Stato).

Spettano alle Regioni anche tutte quelle competenze di carattere autorizzatorio connesse alla funzione concessoria, previste dal codice della navigazione e dal regolamento di esecuzione, come il consenso all’anticipata occupazione di zone demaniali, previa cauzione, e all’esecuzione di lavori (art. 38); alla costituzione d’ipoteca sulle opere costruite dal concessionario (art. 41); all’affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto della concessione (art. 45 bis); all’esecuzione di nuove opere (art. 55).

In conseguenza del trasferimento, compete inoltre alla Regione o all’ente locale a sua volta delegato la regolamentazione e la disciplina delle modalità dell’esercizio delle attività relative all’uso del bene, per quanto concerne pulizie, igiene, tutela sanitaria, orari, ecc. ed intervenire, in sede di autotutela, nei casi in cui ciò era prima demandato alle Autorità marittime.

La proprietà dei cespiti demaniali marittimi, quando non è attribuita

espressamente alle Regioni appartiene allo Stato che esercita le funzioni dominicali attraverso l' Agenzia del demanio.

6. Competenza dello Stato circa la determinazione e riscossione dei canoni di concessione.

I canoni di concessione costituiscono le obbligazioni poste a carico di ciascun concessionario.

Originariamente la determinazione e la percezione dei canoni, secondo il criterio c.d. dominicale spettava esclusivamente allo Stato e alle altre amministrazioni titolari dei cespiti: *“la potestà di imposizione e riscossione del canone demaniale, segue la titolarità dominicale del bene e non quella delle funzioni amministrative”* (sent. Corte cost. n. 343/1995).

La progressiva separazione dei profili gestionali da quelli dominicali ha determinato una compartecipazione ai proventi anche dell'Ente gestore.

Rimane fermo che non possono rientrare nella gestione conferita ai suddetti enti le attività ed i provvedimenti che attengono o che comunque influiscono sulla estensione fisica del bene, come la determinazione di alcune zone del demanio marittimo (art. 32 del codice della navigazione), ovvero il suo ampliamento con l'acquisizione di zone adiacenti di proprietà privata (art. 33), nonché la stessa possibile esclusione dal demanio, e quindi la sde-manializzazione (art. 35). *Attiene ovviamente ai profili dominicali anche l'incameramento da parte dello Stato delle opere non amovibili costruite dal concessionario sulla zona demaniale, per effetto della devoluzione prevista, alla cessazione della concessione, ai sensi dell'art. 49 del codice della navigazione, nonché la decisione di far abbattere costruzioni ed innovazioni abusive (art. 54) e di consentire l'esecuzione di opere in prossimità del demanio (art. 55).*

I profili dominicali relativi alla determinazione e riscossione dei canoni e agli aspetti di cui si è fatta menzione sono quindi affidati alla cura, alla vigilanza e al controllo dei componenti organi dello Stato, Ministeri ed Agenzie.

7. Natura dei canoni delle concessioni.

I canoni delle concessioni demaniali marittime presentano caratteri che possono avvicinarli ai tributi, o alle tasse, o ad altre indistinte ipotesi di prestazioni patrimoniali imposte, e perciò ne è discussa la natura giuridica. L'assimilazione ai tributi può ricavarsi dal fatto che l'importo del canone viene ormai determinato non più con valutazioni discrezionali, ma in base a criteri e parametri stabiliti dalla legge, come superficie, tipo di costruzioni, valore di mercato. Inoltre la riscossione coattiva di tali canoni è perseguita con procedure analoghe a quelle dei debiti tributari. Diversamente dalle imposte, però, il canone non è dovuto e calcolato in relazione alla capacità contributiva del concessionario o alle manifestazioni di tale sua capacità, essendo invece una

sorta di corrispettivo richiestogli, *latu sensu* sinallagmaticamente, per l'uso particolare di un bene di proprietà collettiva.

8. Determinazione del canone.

Il canone viene indicato nell'atto di concessione (art. 19 del regolamento di esecuzione del codice della navigazione) e viene stabilito, dall'amministrazione concedente, in base alle prescrizioni legislative e regolamentari vigenti (art. 16, comma 2 del suddetto regolamento). Secondo l'impostazione risalente all'entrata in vigore del citato regolamento (art. 16, comma 4), il canone dovrebbe essere determinato in relazione all'estensione dell'area della concessione, allo scopo della medesima e ai profitti potenziali del concessionario.

Le misure ed i criteri di determinazione del canone sono diversi a seconda del tipo e della finalità della concessione e quindi esistono più "gruppi" di canoni. Tra le tipologie di concessioni, e relativi canoni, quelli per le attività turistico-ricreative hanno particolarmente richiamato, soprattutto negli ultimi anni, l'attenzione del legislatore.

L'evoluzione dei criteri di determinazione dei canoni è stata caratterizzata da una serie di "step". Nel primo periodo, durato fino al 1989, il canone è stato quantificato con riferimento al caso concreto e con valutazioni di tipo discrezionali, facenti capo alle Autorità marittime, alle Intendenze di finanza e agli Uffici tecnico erariali, in modo da tener conto, in particolare, della utilità economica che poteva essere tratta dalla concessione. La procedura era piuttosto lunga e complessa, tanto che spesso venivano applicati canoni provvisori, salvo conguaglio.

Con la legge 5 maggio 1989 n. 160 (art. 10), di conversione, con modificazioni, del D.L. 4 marzo 1989 n. 77, e con il decreto interministeriale di attuazione, il criterio della discrezionalità fu nella sostanza abbandonato e sostituito dall'applicazione di elementi di quantificazione oggettiva, come l'estensione delle superfici, le volumetrie delle pertinenze, la natura, di facile o difficile rimozione, delle eventuali costruzioni. La procedura fu così snellita e semplificata, ma la diversità della valenza economica delle varie concessioni risultò messa in secondo piano.

Dopo poco, tuttavia, furono nuovamente modificati i criteri e le misure dei canoni, in quanto con la legge n. 165 del 26 giugno 1990 (art. 12, comma 6), di conversione, con modificazioni, del D.L. 27 aprile 1990 n. 90, venne stabilito, dal 1990, un adeguamento degli importi, per portarli ad un livello superiore da due a quattro volte quelli del 1988, tenendo conto non solo delle caratteristiche oggettive, ma altresì "delle capacità reddituali dei beni in concessione" e rinviando la concreta attuazione degli aumenti ad un decreto interministeriale del Ministro della marina mercantile, di concerto con quelli delle finanze e del tesoro.

Ma anche questa disciplina, contrassegnata da varie difficoltà di applica-

zione, fu presto abbandonata. Il decreto interministeriale di attuazione, che era stato emanato in data 18 ottobre 1990, fu infatti annullato dal TAR del Lazio, sez. III, n. 1456/1992, del 5 novembre 1992, in conseguenza dell'accoglimento di un ricorso di un concessionario contro gli aumenti.

Fu quindi introdotta una nuova normativa, a decorrere dal 1 gennaio 1994, con il già ricordato D.L. n. 400/1993, come convertito, con modificazioni, nella L. n. 494/1993. Il relativo regolamento attuativo per le concessioni turistico-ricreative fu peraltro emanato dal Ministero dei trasporti e della navigazione solo dopo più di cinque anni.

Con tali provvedimenti la determinazione dei canoni con finalità turistico-ricreative fu differenziata in base alla diversa "valenza turistica" del territorio nazionale costiero (alta, media, minore) e, nell'ambito di aree della medesima valenza turistica, con l'applicazione di importi a mq., indicati in apposite tabelle, diversi a seconda delle caratteristiche della concessione, e cioè se rilasciata per l'uso di aree scoperte o meno, e/o con impianti di facile o difficile rimozione e/o con pertinenze; per gli specchi d'acqua, fu applicato il criterio dei canoni decrescenti con l'aumento della distanza dalla costa.

L'individuazione della valenza turistica delle singole aree fu rimessa alle decisioni delle Regioni territorialmente competenti; la maggioranza delle quali, peraltro, evitò di deliberare in merito. Per tutte, infine, fu applicato il calcolo, meno oneroso, della valenza "minore".

La normativa sopra ricordata, pur essendo stata oggetto, dal 2003, di progetti legislativi di riforma, è invece restata in vigore, nella sostanza, fino al 31 dicembre 2006, allorchè è stata modificata, con decorrenza 1 gennaio 2007, dalla legge finanziaria 2007. Essa, comunque, ha avuto un'applicazione travagliata e controversa, a causa della complessità della disciplina da applicare, in quanto derivante dalla successione di una serie di disposizioni legislative e regolamentari; a ciò si aggiungano le non semplici problematiche, di cui si è già fatto cenno, connesse al trasferimento, prima per delega e poi per diretto conferimento, alle Regioni, e da queste ai Comuni, delle competenze amministrative in materia di gestione del demanio marittimo.

Prima dell'intervento con la legge n. 292/2006, legge finanziaria per il 2007, art. 1, commi 250-257, il Governo progettò una riforma dei criteri e delle misure dei canoni stabiliti per le concessioni turistico-ricreative con i provvedimenti del 1993 e 1998 con l'obiettivo di realizzare un loro adeguamento. Ne dispose quindi la rivalutazione del 300% dal 1 gennaio 2004 qualora non fosse stato emanato un decreto interministeriale atto ad assicurare entrate erariali ulteriori di almeno 140 milioni annui. Tale provvedimento avrebbe dovuto essere emanato entro il 30 giugno 2004, termine poi prorogato di volta in volta.

La tormentata vicenda dell'aumento del 300% delle tabelle di cui al D.M. n. 342 del 1998, che avrebbe dovuto scattare dal 1 gennaio 2004, ma che non

entrò mai effettivamente in vigore, ebbe termine con la finanziaria per il 2007 avendo questa disposto, contestualmente all'introduzione di una nuova disciplina, l'applicazione per gli anni 2004, 2005, 2006 delle precedenti misure stabilite nel 1993 ai sensi della legge n. 494/1993. Con la disciplina introdotta dal 1 gennaio 2007 sono stati mantenuti il criterio della suddivisione delle aree costiere a seconda della loro "valenza turistica", ed il criterio della applicazione di tabelle di canoni a mq., differenziati tra: aree scoperte; aree con opere amovibili o di facile rimozione; aree sulle quali insistono opere amovibili o di difficile rimozione; specchi acquei.

La novità, *in subiecta materia*, è costituita dalla previsione del canone "commisurato al valore di mercato". Tale criterio è da applicarsi alle concessioni comprensive di "*strutture permanenti costituenti pertinenze demaniali marittime destinate ad attività commerciali*".

La finanziaria del 2007 ha disposto, inoltre, l'applicazione dei medesimi criteri di quantificazione dei canoni per le concessioni con finalità turistico-ricreative anche alle strutture dedicate alla nautica da diporto, con l'abrogazione dell'art. 10, comma 4 della legge 27 dicembre 1997 n. 449. Valgono pure per queste strutture le distinzioni tra opere amovibili e non e la quantificazione del canone commisurata ai valori di mercato delle pertinenze oggetto di sfruttamento commerciale.

La sentenza in epigrafe evidenzia proprio la necessità - ai fini dell'effetto devolutivo in favore del Demanio delle opere inamovibili su suolo in concessione - di una cessazione del rapporto concessorio: la questione diventa dirimente per il calcolo del canone demaniale soprattutto in relazione a concessioni risalenti nel tempo e per le quali sono state realizzati consistenti ampliamenti di volumetrie e cubature.

Finché non c'è un'apprezzabile interruzione della detenzione delle opere da parte del concessionario esse non sono valutabili come parte del compendio demaniale.

Ma a fronte di continui rinnovi e proroghe della concessione diventa estremamente difficile in assenza di un formale atto ricognitivo dell'acquisito (c.d. testimoniale di Stato peraltro non sempre determinante) individuare con esattezza il momento in cui si perfeziona l'effetto devolutivo previsto dall'art. 49 citato.

9. *L'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.*

È trascorso quasi un decennio dal momento in cui la crisi del sistema di regolazione del demanio marittimo ha assunto caratteri sempre più significativi.

La problematica del rilascio e del rinnovo delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative continua ad essere al centro dell'attenzione nazionale e dell'Unione.

Soltanto con la sentenza del 14 luglio 2016 la Corte di Giustizia Europea è intervenuta in maniera decisa a chiarire molteplici dubbi.

I giudici europei hanno anzitutto affermato inequivocabilmente che le concessioni demaniali marittime non possono essere automaticamente rinnovate poiché una siffatta procedura contrasterebbe con il principio della libertà di stabilimento, di non discriminazione nonché di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56 e 106 del TFUE.

Inoltre, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio stabilisce che il rilascio delle concessioni demaniali marittime e lacuali deve necessariamente avvenire attraverso una gara pubblica che consenta a tutti gli operatori economici di inserirsi nel mercato.

Ma vi è di più. La Corte facendo leva proprio sull'art. 49 del TFUE, ha precisato che, ove tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo, una proroga automatica ad un'impresa con sede in uno Stato *costituisce una disparità di trattamento nei confronti delle altre imprese collocate in altri Stati ed interessate al settore*.

Sono queste conclusioni lapidarie che, pur non risolvendo le controversie nazionali, la cui soluzione spetta ai giudici italiani in conformità alle decisioni della Corte, sembrano lasciare ben poco spazio di manovra.

La Corte di giustizia sembra tuttavia consentire alcune “aperture” ossia consente delle facoltà di deroga.

In primis, sostiene che l'assegnazione di una concessione in assenza di trasparenza costituisce disparità di trattamento a danno di imprese che potrebbero essere interessate alla medesima concessione solo qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo; e tale interesse dovrà essere verificato caso per caso sulla base di elementi quanto più possibile oggettivi (questa precisazione sembrerebbe escludere ad esempio gli spazi demaniali in località di scarso interesse turistico).

Inoltre - ricorda la Corte - l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123/CE, fa salva la possibilità degli Stati nazionali di tenere conto - nell'individuazione delle regole della procedura selettiva preordinata al rilascio delle autorizzazioni - di considerazioni legate a motivi imperativi di interesse generale.

In proposito, la Corte di Giustizia ha precisato che la facoltà contemplata dalla norma può essere fatta valere unicamente nello stabilire le regole dell'iter selettivo, ma non può essere utilizzata per giustificare la legittimità di una proroga automatica e generalizzata delle concessioni, tanto più quando il rilascio iniziale del provvedimento autorizzativo non sia stato effettuato in base alle necessarie procedure ad evidenza pubblica.

Parimenti la CGE ha ribadito che eventuali cause giustificative della proroga delle concessioni vigenti fondate sul principio del legittimo affidamento non sono in grado di sostenere la liceità di una proroga indiscriminata come quella prevista dalla norma nazionale, ma sono adducibili esclusivamente qualora si operino valutazioni caso per caso, al fine di acclarare se l'interessato

non potesse che attendersi il rinnovo del provvedimento e che, di conseguenza, abbia effettuato investimenti ancora non ammortizzati.

10. La risposta dell'Italia: la c.d. legge salva-spiagge.

A seguito della pronuncia europea il Governo è intervenuto in sede di conversione in legge del D.L. 113/2016, recante “*Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio*” introducendo all’art. 24, il comma 3-*septies*, il quale dispone che: “*Nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire la certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l’interesse pubblico all’ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all’articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25*”. In pratica, viene riconosciuta la validità *ex lege* dei rapporti concessori già instaurati e pendenti in base all’art. 1, comma 18, del D.L. 194/2009, che ha prorogato fino al 31 dicembre 2020 la durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in essere al 30 dicembre 2009 (data di entrata in vigore del decreto) e in scadenza entro il 31 dicembre 2015.

Il comma 9-*duodevicies* dell’art. 7 del D.L. 78/2015 (convertito in legge dalla L. 125/2015) ha prorogato le utilizzazioni delle aree di demanio marittimo per finalità diverse da quelle di cantieristica navale, pesca e acquacoltura, in essere al 31 dicembre 2013, fino alla definizione del procedimento previsto dal precedente comma 9-*septiesdecies* del medesimo art. 7 (vedi più avanti), e comunque non oltre il 31 dicembre 2016.

Inoltre, l’art. 1, comma 484, della L. 208/2015 (Legge di stabilità 2016) ha previsto la sospensione fino al 30 settembre 2016, in attesa del riordino della disciplina dei canoni demaniali marittimi, dei procedimenti pendenti alla data del 15 novembre 2015 per il rilascio, la sospensione, la revoca e la decadenza di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative.

Si fa esclusivo riferimento alle concessioni inerenti la conduzione delle pertinenze demaniali, ed ai procedimenti derivanti da procedure di contenzioso connesse all’applicazione dei criteri per il calcolo dei canoni. La sospensione non si applica per i beni pertinenziali oggetto di procedimenti giudiziari penali, nonché nei comuni e nei municipi sciolti o commissariati in conseguenza di fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso. In sede di conversione in legge del D.L. 113/2016 è stato introdotto il comma 3-*octies* all’art. 24 che, novellando il comma 484 della L. 208/2015, dispone che la sospensione dei procedimenti pendenti relativi alle concessioni demaniali e di quelli su cui sussistono contenziosi relativamente ai canoni sia effettuata fino al complessivo riordino della disciplina dei canoni demaniali marittimi, anziché fino al 30 settembre 2016. Viene, quindi, eliminato il riferimento alla data del 30

settembre 2016 come termine previsto per il riordino complessivo della materia in commento.

Il 27 gennaio 2017 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il disegno di legge per la delega al Governo per la revisione e il riordino della normativa relativa alle concessioni del demanio marittimo e lacuale per finalità ricreative:

"Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e il riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, nonché lacuali e fluviali, ad uso turistico ricreativo, nel rispetto della normativa europea, secondo i seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere criteri e modalità di affidamento nel rispetto dei principi di concorrenza, di qualità paesaggistica e di sostenibilità ambientale, di valorizzazione delle diverse peculiarità territoriali, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di riconoscimento e tutela degli investimenti, dei beni aziendali e del valore commerciale, mediante procedure di selezione che assicurino garanzie di imparzialità e di trasparenza, prevedano un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e tengano conto della professionalità acquisita nell'esercizio di concessioni di beni demaniali marittimi, nonché lacuali e fluviali, per finalità turistico-ricreative;

b) stabilire adeguati limiti minimi e massimi di durata delle concessioni entro i quali le regioni fissano la durata delle stesse in modo da assicurare un uso rispondente all'interesse pubblico, nonché prevedere che le regioni possono disporre che un operatore economico può essere titolare di un numero massimo di concessioni, tale comunque da garantire adeguata pluralità e differenziazione dell'offerta, nell'ambito territoriale di riferimento;

c) stabilire le modalità procedurali per l'eventuale dichiarazione di decadenza ai sensi della vigente normativa delle concessioni, nonché criteri e modalità per il subingresso in caso di vendita o di affitto delle aziende;

d) prevedere, anche in relazione alle innovazioni introdotte dalla presente legge, un adeguato periodo transitorio per l'applicazione della disciplina di riordino;

e) rideterminare la misura dei canoni concessori con l'applicazione di valori tabellari, tenendo conto della tipologia dei beni oggetto di concessione, anche con riguardo alle pertinenze e alle relative situazioni pregresse, e prevedere la classificazione, quanto alla valenza turistica, in differenti categorie dei medesimi beni, applicando a quelli di maggiore valenza un canone più elevato con l'attribuzione di una quota, calcolata in percentuale sulle maggiori entrate annue rispetto alle previsioni di bilancio, a favore della regione di riferimento;

f) procedere al coordinamento formale e sostanziale delle disposizioni legislative vigenti in materia, con indicazione esplicita delle norme abrogate;

g) aggiornare le procedure, prevedendo l'estesa e ottimale utilizzazione

delle tecnologie digitali dell'informazione e della comunicazione, finalizzate al rafforzamento del sistema informativo demanio marittimo, favorendo l'interscambio e la condivisione dei dati tra i sistemi informatici delle Amministrazioni competenti in materia, nonché garantendo la trasparenza dei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa.

2. I decreti di cui al comma 1 sono adottati su proposta dei Ministri dei beni e della attività culturali e del turismo, delle infrastrutture e dei trasporti, dell'economia e delle finanze e per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con i Ministri dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, dello sviluppo economico e per la semplificazione e la pubblica amministrazione, previa intesa da sancire in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e previa acquisizione del parere del Consiglio di Stato, da rendere nel termine di trenta giorni dalla data di trasmissione degli schemi di decreto, decorso il quale il Governo può comunque procedere. Gli schemi di decreto sono successivamente trasmessi alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica per l'espressione dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia, che si pronunciano nel termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti legislativi possono essere comunque adottati".

Nei prossimi mesi si attende quindi una risposta organica a tutte le problematiche emerse in materia di gestione del demanio marittimo e qui solo parzialmente evocate.

Se non può certo ignorarsi che, attualmente, sono più di trenta mila, le imprese balneari che operano su arenile del demanio in regime "di proroga" di concessione e che tale macchina di produzione offre numerosi posti di lavoro, è altrettanto vero che non si può "monopolizzare" tale ambito.

Ecco quindi che il legislatore *de jure condendo* dovrà fare i conti da una parte con l'esigenza di garantire e preservare l'equilibrio che con difficoltà si è raggiunto, e quindi di tutelare le imprese del turismo balneare per una nazione con oltre 7500 km di litorale; dall'altra con l'esigenza che lo Stato non abdichi ai suoi poteri di controllo garantendo trasparenza e concorsualità nella gestione del demanio marittimo.

Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli, Sez. Settima, sentenza 9 febbraio 2017 n. 818 - Pres. A. Pagano, Est. M. Perrelli - La Fontelina di Arcucci A., Gargiulo M., Gargiulo C. s.a.s. (avv. L. Montemitro) c. Comune di Capri (avv. A. Lembo), Agenzia del Demanio (avv. distrett. Stato Napoli), Regione Campania (n.c.).

FATTO

1. La società ricorrente, titolare della concessione demaniale marittima n. 4 del 26 maggio 2008, avente ad oggetto mq. 1080 + mq. 755 di area scoperta, ha impugnato la nota prot. n.

16243 del 25 settembre 2015 e il relativo avviso di pagamento n. A/2015 di euro 28.154,16, emesso dal Comune di Capri il 23 settembre 2015, deducendone l'illegittimità per violazione di legge (art. 49 Codice della Navigazione; art. 3, comma 1, lett. b) della legge n. 494/1993 e successive modifiche; art. 3 della legge n. 241/1990) e per eccesso di potere sotto molteplici profili e concludendo per l'annullamento.

2. Il Comune di Capri, costituito in giudizio con memoria di stile, ha concluso per la reiezione del ricorso.

3. L'Agenzia del Demanio - filiale della Campania ha concluso per la reiezione del ricorso in quanto infondato, mentre la Regione Campania, benché ritualmente citata, non si è costituita in giudizio.

4. Con ordinanza collegiale n. 1924 del 19 aprile 2016 la Sezione ha ordinato al Comune resistente di depositare una dettagliata relazione in ordine ai titoli concessori che hanno riguardato nel corso degli anni l'area demaniale in questione, con particolare riguardo alla successione dei titoli nel periodo antecedente alla concessione n. 6 del 2002, corredata della documentazione citata e/o comunque afferente alla detta area.

5. Alla pubblica udienza del 22 novembre 2016, preso atto dell'avvenuto deposito in data 28 luglio 2016 della relazione richiesta all'amministrazione comunale e delle memorie *ex art. 73 c.p.a.*, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Il ricorso è fondato e va accolto per le seguenti ragioni.

7. Il Collegio ritiene dirimente per la decisione della presente controversia stabilire se sia applicabile o meno ai manufatti di 288,70 mq., presenti nell'area in concessione, l'art. 49 del Codice della navigazione e se possa, quindi, dirsi avvenuta l'acquisizione degli stessi da parte del Demanio alla scadenza del titolo concessorio, con conseguente applicazione del canone maggiorato, di cui all'art. 1, comma 251, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (che ha modificato la legge n. 94 del 1993) sul presupposto della qualificazione come pertinenze demaniali degli immobili *de quibus*.

8. Con i motivi di ricorso la società ricorrente deduce che nel caso di specie non troverebbe applicazione l'art. 49 del Codice della navigazione sulla devoluzione automatica allo Stato delle opere non amovibili, non essendosi mai verificata la definitiva cessazione della concessione demaniale - che è stata sempre rinnovata dal 1949 senza soluzione di continuità -, mentre il summenzionato istituto presupporrebbe l'effettiva e definitiva cessazione del rapporto concessorio.

8.1. Ad avviso della società ricorrente, quindi, l'amministrazione comunale avrebbe erroneamente considerato una parte delle opere presenti nell'area oggetto della concessione demaniale marittima n. 38 del 2008 come pertinenze demaniali marittime, calcolandone il relativo canone secondo il valore di mercato, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. b) punto 2.1 della legge n. 494 del 1993 e successive modifiche, mentre al contrario si tratterebbe di opere di proprietà esclusiva de "La Fontelina di Arcucci A., Gargiulo M. Gargiulo C. s.a.s." e come tali assoggettabili al canone tabellare.

9. L'art. 49 del Codice della navigazione prevede che "...quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione, con restituzione del bene demaniale al pristino stato": tale disposizione - che richiama l'istituto dell'accessione, di cui all'art. 934 c. c. (con deroga al principio dell'indennizzo, di cui al successivo art. 936 c.c.) - è stata più volte interpretata nel senso che l'accessione si verifica *ipso iure*, al ter-

mine del periodo di concessione e, secondo parte della giurisprudenza (cfr. Cass. Civ, III, 24 marzo 2004, n. 5842) va applicata anche in caso di rinnovo della concessione stessa, implicando il rinnovo - a differenza della proroga - una nuova concessione in senso proprio, dopo l'estinzione della concessione precedente alla relativa scadenza, con automatica produzione degli effetti, di cui al predetto art. 49 (cfr. Cons. di Stato, VI, 1 febbraio 2013, n. 626).

9.1. Ai fini della decisione della controversia sottoposta a giudizio, occorre inoltre rammentare che l'art. 1, comma 251, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ha introdotto per le concessioni attinenti ad utilizzazioni "turistico-ricreative di aree, pertinenze demaniali marittime e specchi acquei, per i quali si applichino le disposizioni relative...al demanio marittimo" una forte rivalutazione dei canoni, a lungo lasciati a livelli del tutto inadeguati, rispetto agli equilibri di mercato, con disposta decorrenza 1 gennaio 2007, in relazione alle concessioni "rilasciate e rinnovate" (e, dunque, anche con incidenza sui rapporti in corso, secondo una lettura della norma rispondente al dato testuale e alle finalità di interesse pubblico sottese), tenuto conto dei poteri riconosciuti all'ente proprietario nei confronti dei concessionari, nonché dell'esigenza di trarre dall'uso dei beni pubblici proventi non irrisori, da porre a servizio della collettività.

10. Ciò posto, nel caso di specie il Comune di Capri, in adempimento degli incumbenti istruttori disposti con l'ordinanza n. 1924/2016, ha evidenziato che la società ricorrente detiene il compendio demaniale in forza dell'atto concessorio n. 4 del 26 maggio 2008, con decorrenza dall'1 gennaio 2008 e scadenza al 31 dicembre 2013, successivamente prorogata *ex lege* al 31 dicembre 2020.

L'amministrazione comunale, premesso di gestire il demanio marittimo a partire dal 2000, ha affermato che l'atto più risalente relativo all'area in questione esistente nei propri archivi è la concessione n. 179 del 1994, rilasciata dalla Capitaneria di Porto di Napoli con durata dall'1 gennaio 1994 al 31 dicembre 1997 dalla quale si evince che si tratta di "mero rinnovo di atto concessorio precedente".

Successivamente a tale atto la Regione Campania, divenuta competente a seguito dell'entrata in vigore del D.lvo n. 112 del 1998, ha rilasciato alla società ricorrente la concessione demaniale n. 136 del 1998 con decorrenza dall'1 gennaio 1998 e scadenza al 31 dicembre 2001; quindi il Comune di Capri, al quale nelle more era passata la competenza in forza della Delibera della Giunta Regionale n. 3744 del 14 luglio 2000, disponeva con atto n. 6 del 2002 il rinnovo automatico del titolo, ai sensi della legge n. 88 del 2001, con decorrenza dall'1 gennaio 2002 e scadenza al 31 dicembre 2007.

10.1. Ne discende che dalla documentazione acquisita a seguito della disposta istruttoria non si evince alcuna cessazione del titolo concessorio idonea a determinare l'effetto devolutivo previsto dall'art. 49 del Codice della Navigazione, non essendo riscontrabile nessuna cesura temporale tra i titoli concessori succedutisi dal 1994 al 2008.

10.2. Né la prova dell'esistenza dei presupposti per il verificarsi di un simile effetto è stata data dall'Agenzia del Demanio la quale assume che l'effetto devolutivo si sarebbe verificato il 31 dicembre 1989 alla scadenza della concessione n. 305 del 1989 e che le opere insistenti nell'area demaniale sarebbero, quindi, passate allo Stato a partire dall'1 gennaio 1990.

Ad avviso dell'amministrazione demaniale tale effetto devolutivo discenderebbe dalla clausola contenuta nell'atto concessorio n. 305 del 1989 in forza della quale "la società concessionaria accetta, senza alcuna riserva, quanto oggetto del foglio di questa Capitaneria n. DE/16205 del 29 maggio 1985, diretto alla stessa e in particolare ribadisce, ancora una volta, il proprio consenso all'acquisizione al demanio marittimo dell'intero manufatto realizzato abusivamente su di una superficie di mq. 53 anche per la parte ricadente su area di sua proprietà non appena

espletato l'iter per la indemanializzazione della zona e del manufatto in questione nelle more dell'espletamento di detta procedura".

10.3. Al riguardo il Collegio rileva che, pur a voler prescindere dalla differente superficie dei manufatti in relazione ai quali è stato applicato il canone maggiorato (288,70 mq.) rispetto a quella del fabbricato abusivo richiamato nella citata clausola (53 mq.), non risulta in alcun modo dimostrato l'avvenuto esperimento e la conseguente conclusione della procedura volta a far acquisire il carattere demaniale agli immobili oggetto di controversia, né tanto meno dal tenore della citata clausola del titolo concessorio sembra trattarsi del procedimento disciplinato dall'art. 49 del Codice della Navigazione per la devoluzione delle opere non amovibili al patrimonio statale.

10.4. Ne discende che manca nel caso di specie sia la prova dell'esistenza di un provvedimento con il quale l'amministrazione abbia accertato la sussistenza dei presupposti di legge per l'assunzione del bene tra le pertinenze demaniali marittime, ai sensi dell'art. 49 del Codice della navigazione, sia la prova dell'esistenza di una cesura temporale tra i titoli concessori susseguiti nel tempo idonea a determinare il predetto effetto devolutivo.

Ad avviso del Collegio, pertanto, a differenza di altre analoghe fattispecie sottoposte alla sua cognizione, nel caso di specie è condivisibile la prospettazione di parte ricorrente secondo la quale non c'è soluzione di continuità tra l'una e l'altra concessione afferente all'area in questione e, quindi, spazio per il verificarsi dell'effetto devolutivo, poiché dall'esame della documentazione versata in atti tutti i titoli concessori esaminati appaiono essere meri rinnovi dell'originaria concessione.

11. Per tali ragioni, assorbite le restanti censure, il ricorso deve, pertanto, essere accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati, salvo il potere dell'amministrazione di rideterminarsi alla luce dei principi enunciati nella presente decisione.

13. Sussistono nondimeno i presupposti di legge, attesa la complessità della normativa applicabile alla vicenda esaminata, per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2016.

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Il Commissario *ad acta* per il superamento dell'emergenza sanitaria nel territorio della Regione Calabria. Analisi ragionata e sistematica delle tipologie di ricorsi esaminati dal T.A.R. Calabria

*Alfonso Mezzotero, Daniele Sisca**

SOMMARIO: 1. Il Commissario ad acta per l'attuazione del Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario. Natura e funzioni - 2. Il Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario della Regione Calabria. Natura e scopi - 3. Le tipologie di ricorsi esaminati dal T.A.R. Calabria - 3.1. Sulle limitazioni contrattuali per le strutture sanitarie - 3.2. Sulla riduzione dei tetti di spesa per l'acquisto di prestazioni da soggetti privati accreditati - 3.2.1. Sulla determinazione dei tetti di spesa sulla base del c.d. "criterio storico" - 3.3. Sull'accorpamento dei laboratori "sotto soglia" - 3.4. Sulla riorganizzazione della rete ospedaliera e laboratoristica calabrese pubblica e privata - 3.5. Sull'illegittimità della convenzione stipulata tra il Commissario ad acta e l'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (Age.na.s.) - 4. I principi enucleati dalla Corte costituzionale in materia di emergenza sanitaria.

1. Il Commissario ad acta per l'attuazione del Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario. Natura e funzioni.

Nel nostro ordinamento, il potere sostitutivo del Governo (volto a fronteggiare eventi eccezionali che non possono essere gestiti con i normali strumenti operativi a disposizione degli enti a cui il compito è affidato) ha acquisito sempre maggiore rilievo e importanza. Le strutture commissariali che si insediano nei territori locali sono, infatti, un fenomeno sempre più frequente, vuoi per una cattiva gestione nella risoluzione di problematiche ine-

(*) Alfonso Mezzotero, avvocato dello Stato.

Daniele Sisca, dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato di Catanzaro.

renti i pubblici servizi (si vedano a riguardo i diversi Commissari insediati per il superamento dello stato di emergenza in materia di gestione e smaltimento dei rifiuti solidi urbani), vuoi per la situazione economica disastrosa che incombe in alcuni settori pubblici (ed è il caso che ci riguarda, ovvero i Commissari per l'attuazione del Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario), o ancora, in casi meno frequenti, per fronteggiare situazioni del tutto particolari (si veda il Commissario delegato per il superamento dell'emergenza "*Costa Concordia*" sull'Isola del Giglio (1) o i Commissari nominati a seguito di alluvioni (2), terremoti (3) o altre calamità naturali) (4).

Nel settore sanitario, le regioni in *deficit* - e pertanto sottoposte al Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario - sono ben otto: Lazio (5), Abruzzo (6), Campania (7), Molise (8), Sicilia (9), Calabria (10), Piemonte (11), Puglia (12). Per cinque di esse (Abruzzo, Calabria, Campania, Lazio e Molise) è stato nominato anche un commissario *ad acta* per l'attuazione del Piano. L'origine della gestione commissariale nel settore sanitario regionale è sicuramente rinvenibile, principalmente, nell'art. 120, comma 2, Cost. (13) e, successiva-

(1) Con O.P.C.M. n. 3998/2012 (in www.pa.leggiditalia.it) veniva nominato Commissario delegato per l'emergenza "*Costa Concordia*" il Capo Dipartimento della Protezione Civile, Franco Gabrielli. Tra i compiti a lui attribuiti vi erano la coordinazione degli interventi per superare l'emergenza, il controllo e l'esecuzione degli interventi di messa in sicurezza e bonifica da parte dell'armatore e la verifica che la rimozione del relitto avvenisse in sicurezza.

(2) Con O.C.D.P.C. n. 298 del 17 novembre 2015 (in www.pa.leggiditalia.it) veniva nominato il Commissario Delegato per l'emergenza causata dagli eventi alluvionali che avevano colpito il territorio della Regione Campania nei giorni dal 14 al 20 ottobre 2015.

(3) L'1 settembre 2016, il Consiglio dei Ministri, in una seduta lampo, ha nominato Vasco Errani Commissario straordinario di Governo per la ricostruzione delle aree colpite dal terremoto del 24 agosto 2016 nel territorio del Lazio.

(4) Per un maggiore approfondimento si veda SISCA, *La successione degli Enti Pubblici: il caso controverso del Commissario delegato per l'emergenza ambientale nel territorio della Regione Calabria*, in *Rass. Avv. Stato*, n. 3/2016, p. 247 ss.

(5) Piano di rientro sottoscritto in data 28 febbraio 2007 e approvato con D.G.R. n. 149 del 6 marzo 2007.

(6) Piano di rientro sottoscritto in data 6 marzo 2007 e approvato con D.G.R. n. 224 del 13 marzo 2007.

(7) Piano di rientro sottoscritto in data 13 marzo 2007 e approvato con D.G.R. n. 460 del 20 marzo 2007.

(8) Piano di rientro sottoscritto in data 27 marzo 2007 e approvato con D.G.R. n. 362 del 30 marzo 2007.

(9) Piano di rientro sottoscritto in data 31 luglio 2007 e approvato con D.G.R. n. 312 del 1 agosto 2007.

(10) Piano di rientro sottoscritto in data 17 dicembre 2009 e approvato con D.G.R. n. 908 del 23 dicembre 2009.

(11) Piano di rientro sottoscritto in data 29 luglio 2010 e approvato con D.G.R. n. 1-415 del 2 agosto 2010.

(12) Piano di rientro sottoscritto in data 29 novembre 2010 e approvato con D.G.R. n. 2624 del 30 novembre 2010.

(13) "*Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comuni-*

mente, ha trovato attuazione nel d.l. 1 ottobre 2007, n. 159 (14), convertito in l. 29 novembre 2007, n. 222 (“*Interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l’equità fiscale*”) il quale - a seguito delle precedenti disposizioni inerenti il superamento dello stato di emergenza in materia sanitaria e l’adozione dei Piani di rientro - ha dettato una disciplina uniforme circa la procedura di attuazione del Piano di rientro e le relative conseguenze in caso di inadempimento da parte delle regioni, sino a giungere a quella più restrittiva inerente, appunto, la nomina di un commissario *ad acta* (15).

Tale disposizione attribuisce, infatti, al Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell’Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministro della Salute, sentito il Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie Locali di nominare - a seguito della diffida prevista dal comma 1 - un commissario *ad acta* per l’intero periodo di vigenza del Piano di rientro, stabilendo inoltre che gli eventuali oneri derivanti dalla nomina del commissario, sono a carico della regione interessata.

In merito alla natura del commissario *ad acta*, occorre premettere che la struttura commissariale resta pienamente autonoma e distinta (anche, ovviamente, sul piano della legittimazione processuale) sia dagli enti territoriali competenti che dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dai Ministeri

taria oppure di pericolo grave per l’incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell’unità giuridica o dell’unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione”.

(14) In *Gazzetta Ufficiale* n. 229 del 2 ottobre 2007.

(15) Il testo completo della disposizione recita: “*Qualora nel procedimento di verifica e monitoraggio dei singoli Piani di rientro, effettuato dal Tavolo di verifica degli adempimenti e dal Comitato permanente per la verifica dei livelli essenziali di assistenza, di cui rispettivamente agli articoli 12 e 9 dell’Intesa Stato-regioni del 23 marzo 2005, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 105 del 7 maggio 2005, con le modalità previste dagli accordi sottoscritti ai sensi dell’articolo 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, e successive modificazioni, si prefigurino il mancato rispetto da parte della regione degli adempimenti previsti dai medesimi Piani, in relazione alla realizzabilità degli equilibri finanziari nella dimensione e nei tempi ivi programmati, in funzione degli interventi di risanamento, riequilibrio economico-finanziario e di riorganizzazione del sistema sanitario regionale, anche sotto il profilo amministrativo e contabile, tali da mettere in pericolo la tutela dell’unità economica e dei livelli essenziali delle prestazioni, ferme restando le disposizioni di cui all’articolo 1, comma 796, lettera b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, il Presidente del Consiglio dei Ministri, con la procedura di cui all’articolo 8, comma 1, della legge 5 giugno 2003, n. 131, su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della salute, sentito il Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali, diffida la regione ad adottare entro quindici giorni tutti gli atti normativi, amministrativi, organizzativi e gestionali idonei a garantire il conseguimento degli obiettivi previsti nel Piano. 2. Ove la regione non adempia alla diffida di cui al comma 1, ovvero gli atti e le azioni posti in essere, valutati dai predetti Tavolo e Comitato, risultino inadeguati o insufficienti al raggiungimento degli obiettivi programmati, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della salute, sentito il Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali, nomina un commissario ad acta per l’intero periodo di vigenza del singolo Piano di rientro. Gli eventuali oneri derivanti dalla nomina del commissario ad acta sono a carico della regione interessata”.*

competenti. Il Commissario *ad acta*, pertanto, risulta essere un centro d'imputazione autonomo sia rispetto agli enti locali (i cui uffici operano a supporto organizzativo della struttura commissariale in relazione di mero avvalimento) sia rispetto alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei Ministeri interessati, stante l'autonomia operativa, decisionale ed organizzativa della struttura commissariale, competendo alla Presidenza del Consiglio il solo procedimento di nomina e la prodromica attività istruttoria relativa all'accertamento dei presupposti per disporre l'intervento sostitutivo (16).

Tale impostazione è stata, a più riprese, accolta dal T.A.R. Calabria, che ha dichiarato il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei Ministeri competenti ai quali venivano notificati i ricorsi aventi ad oggetto l'impugnazione di provvedimenti del commissario *ad acta* (17).

Riguardo la sua funzione, il Commissario *ad acta* - quale organo straordinario sostitutivo degli organi regionali nell'esercizio delle funzioni programmatiche ed organizzative in materia sanitaria - in conformità al disposto dell'art. 2, comma 3, l. n. 191/2009, "*adotta tutte le misure indicate nel Piano di rientro, nonché gli ulteriori atti e provvedimenti normativi, amministrativi, organizzativi e gestionali da esso implicati in quanto presupposti o comunque correlati e necessari alla completa attuazione del Piano stesso, in particolare, del precipuo compito affidatogli inerente il riassetto della rete ospedaliera con adeguati interventi per la dismissione/riconversione dei presidi*" (18).

Le funzioni del Commissario, pertanto, per come delineate nella disposizione sopra citata, ricomprendono non solo atti specifici ed espressamente scaturenti dal Piano di rientro, ma anche tutti gli altri provvedimenti che - anche implicitamente - sono necessari per la corretta attuazione del medesimo Piano, derivandone da ciò un'ampissima sfera di azione riguardante una seria indefinita di ambiti e materie inerenti il settore sanitario regionale. In altri termini, al fine di pervenire alla completa, pronta e concreta attuazione del Piano di rientro, il Commissario è investito di ampi e straordinari poteri, implicanti la possibilità di adozione di "ulteriori" atti (quali, ad esempio, la riconversione e/o riorganizzazione delle strutture di assistenza e dei presidi ospedalieri), che non trovano la sua fonte normativa in atti di natura legislativa regionale o nazionale, ma si classificano come atti amministrativi generali di natura programmatica, suscettibili di essere modificati per il perseguimento degli obiettivi del Piano di rientro.

(16) Così in SISCA, *op. cit.*, pagg. 248-249.

(17) Cfr., T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 27 giugno 2016, n. 1313 e n. 1314, in www.giustizia-amministrativa.it, le quali richiamano Cons. St., sez. III, 10 aprile 2015, n. 1832, in *Banca Dati De Jure*.

(18) Definizione fornita da T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 17 novembre 2016, n. 2238, in www.giustizia-amministrativa.it, la quale richiama Cons. St., sez. III, 27 aprile 2015, n. 2151, in *Foro Amm.*, 2015, 4, 1048.

2. Il Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario della Regione Calabria. Natura e scopi.

L'art. 1, comma 180, l. n. 311/2004 (19) ha previsto la possibilità, per le Regioni che presentavano situazioni di squilibrio economico-finanziario e di mancato mantenimento dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), di elaborare un programma operativo di riorganizzazione, riqualificazione o potenziamento del servizio sanitario regionale da sottoscrivere, con apposito Accordo, con il Ministero dell'Economia e delle Finanze e con il Ministero della Salute. Con tale Accordo venivano individuati gli interventi necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico nel rispetto dei LEA e gli adempimenti previsti dalla successiva intesa fra Governo e Regioni, siglata il 23 marzo 2005 (20).

Con tale intesa, infatti, sono stati individuati una serie di adempimenti organizzativi e gestionali in linea con i precedenti provvedimenti e accordi di contenimento della spesa. Tra questi occorre far cenno alle nuove forme di controllo per migliorare il monitoraggio della spesa sanitaria nell'ambito del nuovo sistema informativo (NSIS), la razionalizzazione della rete ospedaliera e tutta una serie di meccanismi procedurali e di controllo da attuare per il contenimento della spesa pubblica (21).

Successivamente, l'art. 1, commi 274 e ss., l. n. 266/2005 (22) ha confermato gli obblighi posti a carico delle Regioni e ha previsto, inoltre, l'istituzione di un sistema nazionale di verifica e controllo dell'assistenza sanitaria (SIVEAS) che si avvale delle funzioni svolte dal nucleo di supporto per le analisi delle disfunzioni e la revisione organizzativa (SAR), il quale ha il compito di verificare che i finanziamenti siano tradotti in servizi ai cittadini secondo criteri di efficienza e appropriatezza.

L'Intesa del 5 ottobre 2006 ha recepito, poi, il "*Patto della Salute*", accordo di tipo finanziario per il triennio 2007/2009, con la previsione di un fondo transitorio per le Regioni con elevati disavanzi ed un accordo normativo e programmatico volto alla riorganizzazione del settore sanitario (23).

Il Piano di rientro, quindi, nasce da una necessità di ristabilire l'equilibrio economico-finanziario delle Regioni interessate e - sulla base della ricognizione regionale delle cause che hanno determinato strutturalmente l'emersione

(19) Legge Finanziaria del 2005.

(20) Intesa ai sensi dell'art. 8, comma 6, l. 5 giugno 2003, n. 131, in attuazione dell'art. 1, comma 173, l. n. 30 dicembre 2004, n. 311, in *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale, n. 105 del 7 maggio 2005 - *Suppl. Ordinario* n. 83.

(21) Punto 2 del Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario nel territorio della Regione Calabria.

(22) Legge Finanziaria del 2006.

(23) L'Intesa è stata recepita dalla Finanziaria 2007 che ha disciplinato i Piani di rientro e l'attività di affiancamento da parte dei Ministeri.

di significativi disavanzi di gestione - individua e affronta selettivamente le diverse problematiche emerse in ambito regionale (24).

Tra gli obiettivi più significativi elencati nel Piano di rientro calabrese figurano l'adozione del provvedimento di riassetto della rete ospedaliera, quello di riassetto della rete dell'emergenza urgenza e della rete di assistenza territoriale (in coerenza con quanto specificatamente previsto dal Patto per la salute 2014-2016), la razionalizzazione e il contenimento della spesa per il personale e per l'acquisto di beni e servizi, interventi sulla spesa farmaceutica convenzionata ed ospedaliera al fine di garantire il rispetto dei vigenti tetti di spesa previsti dalla normativa nazionale, la definizione dei contratti con gli erogatori privati accreditati e dei tetti di spesa delle relative prestazioni con l'attivazione, in caso di mancata stipulazione del contratto, di quanto prescritto dall'art. 8-*quinquies*, comma 2-*quinquies*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (25) e ridefinizione delle tariffe delle prestazioni sanitarie (nel rispetto di quanto disposto dall'art. 15, comma 17, decreto-legge n. 95 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 135 del 2012 (26)), il completamento del riassetto della rete laboratoristica e di assistenza specialistica ambulatoriale, l'attuazione della normativa statale in materia di autorizzazioni e accreditamenti istituzionali.

In particolare, tra gli scopi sopra elencati, di particolare rilievo sono quelli la cui attuazione è suscettibile di comportare oneri di vario genere per le strutture sanitarie private; in questo senso, possono citarsi la limitazione dei tetti di spesa per l'acquisto di prestazioni da soggetti privati, la riorganizzazione della rete laboratoristica che prevedeva l'accorpamento tra i laboratori che non raggiungevano una soglia minima di prestazioni annue ed anche, pur se rilevante dal punto di vista collettivo e non dei singoli soggetti accreditati, la riorganizzazione della rete ospedaliera, con la chiusura e/o l'accorpamento di presidi ospedalieri presenti sul territorio calabrese.

Ovviamente, si tratta di limiti che esprimono un impegno delle parti pri-

(24) SANIT-Forum internazionale della Salute "I Piani di rientro: opportunità e prospettive", Documento di sintesi attività SiVeAS-Ministero della Salute Dipartimento qualità, "Programmazione sanitaria, livelli di assistenza e principi etici di sistema" Ufficio X "SiVeAS".

(25) "In caso di mancata stipula degli accordi di cui al presente articolo, l'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-quater delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale interessati è sospeso".

(26) "Gli importi tariffari, fissati dalle singole regioni, superiori alle tariffe massime di cui al presente articolo restano a carico dei bilanci regionali. Tale disposizione si intende comunque rispettata dalle regioni per le quali il Tavolo di verifica degli adempimenti, istituito ai sensi dell'articolo 12 dell'Intesa sancita dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nella seduta del 23 marzo 2005, abbia verificato il rispetto dell'equilibrio economico-finanziario del settore sanitario, fatto salvo quanto specificatamente previsto per le regioni che hanno sottoscritto l'accordo di cui all'articolo 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 e successive modificazioni su un programma operativo di riorganizzazione, di riqualificazione o di potenziamento del Servizio sanitario regionale, per le quali le tariffe massime costituiscono un limite invalicabile".

vate contraenti finalizzato al rispetto ed accettazione dei vincoli di spesa derivanti da un contesto emergenziale come quello calabrese. Difatti, non può tralasciarsi di considerare che il Piano di rientro implica l'applicazione di disciplina speciale rispetto a quella ordinaria in materia di sanità, di talchè la seconda viene soppiantata dalla prima, con tutte le conseguenze che ne derivano. Il che trova conferma in diverse decisioni del T.A.R. Calabria (tutte rifacentesi ai principi espressi da Cons. St., sez. III, 25 marzo 2016, n. 1244 (27)), secondo cui *“la specialità della normativa emergenziale rispetto alla normativa ordinaria, con la conseguenza che tali norme - volte a ripristinare l'equilibrio economico finanziario del sistema sanitario regionale - esitano necessariamente nell'adozione di provvedimenti autoritativi e vincolanti per le strutture sanitarie accreditate”* (28). Mediante siffatti provvedimenti viene imposto alle stesse strutture un sacrificio giustificato dall'attuazione del Piano di rientro dai disavanzi, il quale non sarebbe attuabile se non con la rimodulazione e la riorganizzazione delle risorse pubbliche assegnate alle medesime strutture. Ne consegue che la natura ampiamente discrezionale delle scelte operate dal commissario *ad acta* per il raggiungimento dei suoi obiettivi limita e circoscrive l'ambito del sindacato giurisdizionale ai soli profili di evidente illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, arbitrarietà o irragionevolezza.

3. Le tipologie di ricorsi esaminati dal T.A.R. Calabria.

Ben 80 sono state le sentenze di merito emesse nel 2016 in seguito alla discussione in diverse udienze tematiche fissate dal Presidente del T.A.R. Calabria per la trattazione congiunta di tali ricorsi.

Le prime questioni poste all'esame del Collegio avevano ad oggetto i D.C.A. n. 78 e 92 del 2015, inerenti l'approvazione dello schema di accordo contrattuale con gli erogatori privati accreditati oltre che i ricorsi avverso i D.C.A. n. 80 e 85 del 2015 inerenti la determinazione dei tetti di spesa per l'acquisto di prestazioni da soggetti privati accreditati (29).

Successivamente, particolare attenzione è stata posta ai provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa sulla base del c.d. *“criterio storico”* (a seguito di un ricorso presentato dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato) oltre che sulla riorganizzazione della rete laboratoristica e ospedaliera pubblica e privata.

(27) In *Banca Dati De Jure*.

(28) Sul punto, si v. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1324, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale si legge che *“il carattere vincolato dei provvedimenti attuativi del Piano di rientro e la loro natura di provvedimenti generali di programmazione finanziaria, giustificano la prevalenza della normativa emergenziale dalla legislazione regionale e nazionale (cfr. punti 8.8. 8.19 parte motiva sent. Cons. St. 1244/2016)”*.

(29) Di analogo contenuto vi sono i D.C.A. n. 25 e 27 del 2016, i quali si differenziano con quelli appena richiamati in quanto fanno riferimento all'anno successivo (2016).

In tutti questi ricorsi era, principalmente, dedotta la violazione dei principi costituzionali contenuti nell'art. 32 e nell'art. 97 Cost. (e in alcuni casi anche dell'art. 113 Cost.), la violazione del d.lgs. n. 502/1992 (30), di diverse leggi regionali tra cui la l. reg. n. 24/2008 (e il relativo regolamento n. 13/2008) e la l. reg. n. 9/1984, diversi Decreti del Ministro della Salute oltre l'illegittimità per eccesso di potere nelle più svariate forme sintomatiche.

La lesione lamentata dalle strutture sanitarie ricorrenti era incentrata sulla limitazione della loro attività derivante, da un lato, da obblighi contrattuali impartiti - a loro dire - in maniera irragionevole e arbitraria (con l'apposizione di clausole - prime fra tutte la c.d. "clausola di salvaguardia" di cui all'art. 14 dello schema contrattuale approvato con D.C.A. n. 92/2015 - che andavano a limitare l'attività economica oltre che il diritto di difesa delle medesime), dall'altro, sulla riduzione dei tetti di spesa per le prestazioni acquistate dal Sistema Sanitario Regionale.

Discorso a parte, invece, per i ricorsi avverso i Decreti di riordino della rete ospedaliera pubblica, in tal caso i ricorrenti (Comuni o comitati civici) lamentavano la lesione del diritto alla salute di ogni singolo cittadino, lo sviamento dell'interesse pubblico, l'impatto devastante per il tessuto sociale di tali scelte e il depotenziamento della rete ospedaliera con grave disagio per le popolazioni interessate dal ridimensionamento.

Da ultimo, occorre menzionare un particolare giudizio in cui a ricorrere era la Regione Calabria (ente competente in via ordinaria in materia sanitaria), che, nell'occasione, impugnava il decreto del Commissario *ad acta* n. 46/2016 (successivamente modificato con il D.C.A. n. 58/2016) di approvazione di una convenzione tra il Commissario *ad acta* e l'Age.na.s. (Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali).

In tale giudizio, il T.A.R. calabrese è stato chiamato a pronunciarsi sulla specifica questione se - avendo la gestione commissariale attratto a sé tutte le funzioni attribuite all'ente regionale in via ordinaria - poteva o meno configurarsi in capo alla medesima regione l'interesse ad agire avverso i provvedimenti commissariali.

La trattazione delle pronunce avverso i decreti del Commissario *ad acta* può suddividersi, come di seguito si vedrà, in cinque filoni principali.

3.1. *Sulle limitazioni contrattuali per le strutture sanitarie.*

La questione qui prospettata prende le mosse dal D.C.A. n. 78/2015 avente ad oggetto "*approvazione dello schema tipo di accordo contrattuale con gli erogatori privati accreditati*" successivamente modificato dal D.C.A. n. 92/2015.

(30) La prima legge che riforma in maniera organica il sistema sanitario nazionale e regionale, perseguendo, principalmente, tre principi: l'aziendalizzazione, l'orientamento al "mercato", la distribuzione di responsabilità alle regioni.

Inizialmente, la parte impugnata prevedeva che *“sono considerate inammissibili ... riserve in ordine alla proposta contrattuale così come formulata dall’ASP competente per territorio”* nonché nella parte in cui stabiliva che *“in caso di contestazioni manifestate successivamente alla stipula del contratto, sarà avviata nei confronti dell’erogatore interessato la procedura di sospensione dell’accreditamento in applicazione dell’art. 8, comma 2-quinques, d.lgs. n. 502/1992”*.

Con decreto presidenziale emesso ai sensi dell’art. 56 c.p.a., a seguito dei primi ricorsi presentati, il D.C.A. n. 78/2015 veniva sospeso nella parte in cui disponeva l’inammissibilità di riserve in ordine alla proposta contrattuale formulata dall’ASP.

A seguito di tale sospensione, il Commissario *ad acta* emanava il D.C.A. n. 92/2015 con cui disponeva la sostituzione dello schema contratto/accordo e l’espunzione, nella parte dispositiva del D.C.A. n. 78/2015, dei periodi sopra riportati.

Ciò nonostante, le strutture che avevano impugnato quest’ultimo provvedimento proponevano motivi aggiunti avverso il D.C.A. n. 92/2015 (31), assumendone l’illegittimità nella parte in cui prevedeva (32) *“in caso di mancata sottoscrizione del presente accordo sarà avviata la procedura di sospensione dell’accreditamento ai sensi dell’art. 8, comma 2-quinques, d.lgs. n. 5012/1992”*, nella parte in cui disponeva (33) che *“con la sottoscrizione dell’accordo la struttura accetta espressamente, completamente ed incondizionatamente il contenuto e gli effetti dei provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, di determinazione delle tariffe e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, in quanto atti che determinano il contenuto del contratto”* oltre che nella parte in cui prevedeva che *“con la sottoscrizione del presente contratto la struttura rinuncia alle azioni già intraprese avverso i predetti provvedimenti ovvero ai conteziosi instaurabili contro provvedimenti già adottati e conoscibili”*.

Nei ricorsi per motivi aggiunti le ricorrenti sostenevano che - pur essendo state espunte le clausole oggetto di contestazione - le stesse sarebbero state sostituite con altre altrettanto lesive che, in concreto, conducevano al medesimo obiettivo a cui giungevano quelle sostituite.

(31) D'altronde, per coloro che volevano giungere ad una pronuncia sulla questione si rendeva necessaria la proposizione di motivi aggiunti in quanto l’emanazione del D.C.A. n. 92/2015 aveva prodotto la cessazione della materia del contendere nei giudizi avverso il D.C.A. n. 78/2016. A proposito, si veda T.A.R. Calabria, sez. I, 27 giugno 2016, n. 1312, in www.giustizia-amministrativa.it, con cui veniva dichiarata, appunto, la cessazione della materia del contendere ex art. 34, comma 5, c.p.a. *“per effetto del sopravvenuto decreto n. 92/2015 con cui è stato modificato il decreto oggetto di impugnazioni, proprio nelle parti in contestazione ed in senso soddisfacente per gli interessati”*.

(32) Art. 4, comma 10 dello schema di contratto/accordo.

(33) Art. 14, comma 1 ed 1-bis dello schema di contratto/accordo.

La prima sentenza depositata su questo filone di ricorsi è stata la n. 1039 del 16 maggio 2016 (34) con la quale il T.A.R. ha sostenuto che le clausole oggetto di contestazione, in realtà, non vietavano a priori qualunque riserva ma, di contro, individuano in modo definito gli obblighi che il contraente assumeva con la stipula del contratto.

Ciò soprattutto ove si consideri che, tale statuizione rinviene il proprio fondamento nella circostanza che il rapporto Commissario/Strutture si fonda sul rispetto di un determinato regolamento contrattuale il cui contenuto è stabilito mediante atti autoritativi (quali, appunto, il D.C.A. n. 92/2015), attraverso i quali vengono definite la misura e le modalità di distribuzione delle risorse disponibili; a maggior ragione, nei casi in cui la contrattazione non avviene nell'ambito di un libero mercato ma di un panorama caratterizzato dall'estrema limitatezza delle risorse in relazione sia all'ampiezza dei bisogni cui si deve far fronte, sia all'esigenza di porre riparo ad uno squilibrio finanziario maturato nel corso degli anni (35).

In ogni caso, a prescindere da tali argomentazioni inerenti la necessità e (più che altro) la ragionevolezza di tali clausole, nelle sentenze in esame il Collegio affronta alcuni argomenti di matrice civilistica riguardanti la disciplina dei rapporti negoziali. In particolare, afferma che *“l’inserimento di clausole del genere non è di per sé in contrasto con lo strumento contrattuale, restando pur sempre alla scelta dell’operatore quella di sottoscrivere o meno il contratto, come avviene del resto, nell’esperienza quotidiana dei rapporti contrattuali con imprenditori, anche in settori cruciali, quali quello bancario e assicurativo”*. Difatti, si tratta pur sempre di un'opzione offerta al contraente privato, il quale, laddove non ritenga opportuna la sua sottoscrizione può sempre astenersi dal sottoscriverlo e, di conseguenza, decidere di non avere accesso al regime di accreditamento con il Sistema Sanitario Nazionale e Regionale, senza che ulteriori vincoli e pregiudizi possano riservarsi sulla sua attività economica privata.

Ulteriore aspetto esaminato dal T.A.R. in tali giudizi è quello concernente la previsione (contenuta nella clausola di cui all'art. 4, comma 10 dello schema di contratto/accordo) in caso di mancata sottoscrizione dell'accordo, dell'avvio della procedura di sospensione dell'accreditamento.

(34) A cui hanno fatto seguito T.A.R. Calabria, Catanzaro, 16 maggio 2016, n. 1040; *id.*, 1 giugno 2016, n. 1136; *id.*, 20 luglio 2016, n. 1538; *id.*, 27 giugno 2016, n. 1314 cit.; *id.*, 16 giugno 2016, n. 1251; *id.*, n. 1252; *id.*, 29 giugno 2016, n. 1337; *id.*, 20 luglio 2016, n. 1557, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

(35) Con tale motivazione, riportata anche in tutte le successive sentenze inerenti questo filone, il T.A.R. calabrese ha sottolineato che la situazione emergenziale in cui la Regione Calabria versa implica, necessariamente, l'imposizione di vincoli e sacrifici per gli erogatori privati accreditati. Vincoli che sono, in ogni caso, funzionali all'esigenza di garantire una programmazione sanitaria equa ed efficiente e, allo stesso tempo, di perseguire l'opera di contenimento della spesa pubblica all'interno dell'intero territorio regionale.

Sul punto, il T.A.R. non si è specificamente intrattenuto, trattandosi di un aspetto già specificamente previsto dalla legge (art. 8-*quinques*, d.lgs. n. 502/1992 (36), la cui applicazione esclude che tale clausola possa essere considerata illegittima) (37).

Particolarmente significative sono le argomentazioni concernenti l'ulteriore clausola contenuta nell'art. 14 dello schema di contratto/accordo (c.d. "clausola di salvaguardia") inerente la rinuncia alle azioni già intraprese avverso i provvedimenti in materia di tetti di spesa oltre che ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati e conoscibili.

Le parti ricorrenti lamentavano l'illegittimità di tale clausola in quanto la stessa avrebbe limitato la loro tutela giurisdizionale con conseguente violazione dell'art. 113 Cost.

Il T.A.R. ha osservato, innanzitutto, che non può esservi lesione dell'art. 113 Cost., in quanto non viene esclusa la sottoposizione ad impugnazione di una determinata categoria di atti definita in astratto bensì ad atti riferibili alla sola sottoscrizione dell'accordo. Il Collegio, tuttavia, non ha mancato di evidenziare l'ambiguità e l'imprecisione della clausola nella parte in cui prevede la rinuncia ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati e conoscibili - la quale potrebbe alludere ad effetti coinvolgenti anche provvedimenti sconosciuti - senza che, tuttavia, ciò implichi automaticamente l'illegittimità del provvedimento, dovendo, in ogni caso, la clausola essere interpretata secondo i consueti canoni ermeneutici.

Pertanto, una clausola che implicasse l'esclusione della tutela giurisdizionale di atti non conosciuti non produrrebbe alcun effetto, in quanto in contrasto con norme imperative e sarebbe, quindi, affetta da nullità ai sensi degli artt. 1418 e 1419 c.c., rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio.

Infine, in tali sentenze, viene fatto esplicito riferimento ad una pronuncia del Consiglio di Stato (38) la quale, con riferimento ad analoghe clausole im-

(36) *"In caso di mancata stipula degli accordi di cui al presente articolo, l'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-*quater* delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale interessati è sospeso"*.

(37) In realtà il T.A.R. calabrese si era già espresso in materia di sospensione dell'accreditamento per mancata sottoscrizione degli accordi: cfr., T.A.R. Calabria, Catanzaro, 24 gennaio 2013, n. 72, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale veniva affermato che: *"La sospensione dell'accreditamento è una conseguenza automatica della mancata stipula degli accordi, che segue ex lege ad essa, senza che alcuna valutazione discrezionale sia riservata all'Amministrazione. Nel sistema dell'accreditamento con il S.s.n. delle strutture private, l'assenza della sottoscrizione degli accordi di cui all'art. 8-*quinques*, d.lg. 30 dicembre 1992 n. 502, a prescindere dall'imputabilità del mancato accordo all'una o all'altra parte, comporta che l'attività sanitaria non può essere esercitata per conto e a carico del S.s.n. L'art. 8-*quinques*, d.lg. n. 502 del 1992, infatti, pone il rapporto di accreditamento su base saldamente negoziale, con la conseguenza che l'acquisto delle prestazioni sanitarie da parte dell'Amministrazione presuppone la stipulazione dell'accordo contrattuale: la struttura sanitaria che vuole operare nell'ambito del S.s.n. ha quindi l'onere, non solo di conseguire l'accreditamento, ma anche di stipulare l'accordo contrattuale"*.

(38) Cons. St., sez. III, 26 febbraio 2015, ord. n. 906, in www.giustizia-amministrativa.it.

poste dal Commissario *ad acta* della Regione Abruzzo, ha affermato che “*a*) si è in presenza di oggettivi vincoli e stati di necessità rigorosamente quantitativi conseguenti al Piano di rientro al cui rispetto la Regione è tenuta ai sensi della normativa vigente confermata da una consolidata e univoca giurisprudenza della Corte Costituzionale.

b) Gli operatori privati non possono ritenersi estranei a tali vincoli e stati di necessità, che derivano da flussi di spesa che hanno determinato in passato uno stato di disavanzo eccessivo nella Regione e che riguardano l'essenziale interesse pubblico alla corretta e appropriata fornitura del primario servizio della salute alla popolazione della medesima Regione per la quale gli stessi operatori sono dichiaratamente impegnati;

c) le autorità competenti operano in diretta attuazione delle esigenze cogenti del Piano di rientro e del Programma operativo per tutti gli aspetti quantitativi e pertanto, i medesimi non sono sostanzialmente negoziabili dalle parti come ha riconosciuto l'amplissima e univoca giurisprudenza di questa Sezione sui tetti di spesa;

d) in questo contesto la sottoscrizione della clausola di salvaguardia (art. 20 dello schema negoziale), è imposta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dal Ministero della Salute per esigenze di programmazione finanziaria, attraverso le prescrizioni elaborate all'esito della riunione del Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti regionali tenutasi il 21 novembre 2013. Tale clausola di conseguenza equivale ad un impegno della parte privata contraente al rispetto ed accettazione dei vincoli di spesa essenziali in un regime come quello esistente in Abruzzo, sottoposto al Piano di rientro; d'altro canto, in caso di mancata sottoscrizione, l'Autorità politico-amministrativa non avrebbe alcun interesse a contrarre a meno di non rendere incerti i tetti di spesa preventivati, né potrebbe essere obbligata in altro modo alla stipula, con l'effetto che la richiesta sospensione finirebbe per non giovare alla parte ricorrente in primo grado”.

3.2. Sulla riduzione dei tetti di spesa per l'acquisto di prestazioni da soggetti privati accreditati.

Altra importante questione posta all'esame del T.A.R. Calabria in materia sanitaria ha riguardato la determinazione dei tetti di spesa per l'acquisto, da parte del sistema sanitario regionale, di prestazioni da soggetti privati accreditati.

I decreti commissariali di interesse sono il n. 80/2015 (inerente le prestazioni di assistenza ospedaliera) e il n. 85 (inerente le prestazioni di assistenza specialistica) entrambi in riferimento all'anno 2015, mentre, il n. 25 (inerente le prestazioni di assistenza specialistica) e il n. 27 (inerente le prestazioni di assistenza ospedaliera) in riferimento all'anno 2016.

In questo caso, i vizi denunciati dalle ricorrenti riguardavano - oltre che la violazione di legge in riferimento agli artt. 32, 97 Cost. e art. 8-bis, d.lgs. n. 502/1992 (39) - l'eccesso di potere per carenza dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, di motivazione e contraddittorietà.

Dai ricorsi esaminati si evince che: 1) quasi tutte le strutture sostenevano che il Commissario sarebbe incorso in una valutazione verticistica ed autoritaria, imponendo dei limiti, ma senza alcuna giustificazione a riguardo; 2) molte strutture lamentavano l'assenza del riferimento all'effettivo fabbisogno di prestazioni oltre che la violazione del principio di parità tra pubblico e privato in materia sanitaria; 3) alcune strutture lamentavano anche una discriminazione rispetto ad altre che, a differenza loro, avevano ottenuto un aumento di *budget*.

In merito alle valutazioni autoritative poste in essere dal Commissario *ad acta*, il T.A.R. (40) ha enunciato diversi principi.

Il primo è quello secondo cui la normativa che disciplina i Piani di rientro è una disciplina emergenziale e, pertanto, che può derogare la normativa ordinaria (41). Ne consegue che il carattere vincolante dei provvedimenti attua-

(39) Art. 8-bis, d.lgs. n. 502/1992: *“Le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui all’art. 1 avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell’articolo 8-quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all’articolo 8-quinquies. I cittadini esercitano la libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell’ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali. L’accesso ai servizi è subordinato all’apposita prescrizione, proposta o richiesta compilata sul modulario del Servizio sanitario nazionale. La realizzazione di strutture sanitarie e l’esercizio di attività sanitarie, l’esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l’esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio Sanitario Nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni di cui all’articolo 8-ter, dell’accreditamento istituzionale di cui all’art. 8-quater, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all’articolo 8-quinquies. La presente disposizione vale anche per le strutture e le attività sociosanitarie”*.

(40) Cfr. T.A.R. Calabria, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1324 cit., www.giustizia-amministrativa.it, con la quale si rinviava - ex art. 88, comma 1, lett. d - alla sentenza Cons. St., sez. III, 25 marzo 2016, n. 1244, *ivi*.

(41) Si rimanda a Cons. St., n. 1244/2016 cit., punti 8.2, 8.3, 8.4 e 8.5, nella quale viene esplicitato in maniera chiara l'evolversi della disciplina inerente l'attuazione del Piano di rientro. Si afferma, in particolare, che *“Rispetto alla preesistente legislazione la normativa in tema di piano di rientro comporta precisi e ulteriori effetti giuridici nel rendere vincolanti gli obiettivi di contenimento finanziario e nell'imporre alla Regione di adottare prioritariamente i provvedimenti adeguati ad ottenere il contenimento delle spese in essere nella misura richiesta, salvo il rispetto dei livelli essenziali di assistenza e secondo i fondamentali criteri di ragionevolezza, logicità e non travisamento dei fatti nel bilanciamento degli interessi. Di conseguenza cambiano in misura determinante la natura, l'oggetto e la principale finalità dei provvedimenti. La introduzione di obiettivi prioritari e vincolanti condiziona e orienta verso le finalità indicate lo svolgimento delle preesistenti procedure, modificando anche le modalità istruttorie e il tipo di motivazione che i provvedimenti risultanti richiedono, come di seguito precisato. Va pertanto pregiudizialmente esaminata - per poi trarne successivamente le conseguenze in ordine al caso in esame - la disciplina normativa che regola obiettivi e vincoli del piano di rientro e la giurisprudenza che ne ha ricavato un principio di prevalenza rispetto alle esigenze di mantenimento di volumi di attività o livelli di tariffe già acquisiti degli operatori privati nei limiti di seguito precisati.*

8.4. - *La normativa per il rientro da eccessivi disavanzi del sistema sanitario di singole regioni ha la sua origine nel Patto della Salute del 2001 e costituisce un sistema organico di norme costantemente aggiornate fino ad oggi attraverso successivi interventi legislativi per lo più basati su intese preventive tra Stato e Regioni a scadenza triennale seguite dal recepimento nella legislazione statale ovvero suc-*

tivi del Piano di rientro e la loro natura di provvedimenti generali di programmazione finanziaria implicano la derogabilità - per effetto della “prevalente” normativa emergenziale - delle procedure previste dalla legislazione regionale e nazionale.

Da ciò discende la natura ampiamente discrezionale delle scelte poste in essere dal Commissario *ad acta* e la limitazione del sindacato giurisdizionale ai soli profili di evidente illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, arbitrarietà e irragionevolezza (42) da valutarsi di volta in volta in maniera concreta e obiettiva, senza che a nulla possa valere la semplice circostanza della riduzione del *budget* nei confronti di una struttura e l’aumento nei confronti di un’altra, purchè ragionevolmente motivata.

Le strutture ricorrenti si dolevano, in particolare, della carenza di motivazione e di istruttoria dei provvedimenti di determinazione del *budget*.

La pur succinta motivazione di tali provvedimenti è stata ritenuta sufficiente dal T.A.R. calabrese ai fini della individuazione delle esigenze di volta in volta da soddisfare.

In particolare, nella sent. 23 maggio 2016, n. 1075 (43), il T.A.R. calabrese - in relazione alla motivazione contenuta nel D.C.A. n. 80/2015 - afferma che “*Si tratta di motivazione sintetica e certamente non espressa in bello stile, ma da essa si desumono le ragioni alla base delle assegnazioni dei budget alle strutture ospedaliere accreditate*”; la sentenza in discorso afferma che “*dall’istruttoria effettuata dai competenti uffici del Dipartimento Tutela della Salute relativamente alle proposte delle Aziende si rileva una discordanza con*

cessivamente ratificati da esse. Si richiamano in quanto pro tempore rilevanti ai fini del caso in esame: l’Accordo Stato-Regioni dell’8 agosto 2001, recepito dal decreto legge n. 347/2001 e dalla legge finanziaria per l’anno 2002 (legge n. 448/2001); la successiva introduzione della procedura annuale di verifica dell’equilibrio dei conti sanitari regionali - che reca tra l’altro il meccanismo dell’incremento automatico delle aliquote fiscali in caso di mancata copertura dell’eventuale disavanzo - (articolo 1, commi 174 e seguenti, della legge n. 311/2004), confermata dall’Intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005; il Patto per la Salute 2007-2009 (Intesa Stato-Regioni del 5 ottobre 2006) recepito dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296, legge finanziaria per il 2007; l’art. 1, comma 796, lettera b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007), che prescrive che «gli interventi individuati dai programmi operativi di riorganizzazione, qualificazione o potenziamento del servizio sanitario regionale, necessari per il perseguimento dell’equilibrio economico, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza, oggetto degli accordi di cui all’articolo 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, e successive modificazioni, come integrati dagli accordi di cui all’articolo 1, commi 278 e 281, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, sono vincolanti per la regione che ha sottoscritto l’accordo (...). Il sistema viene ulteriormente precisato e rafforzato negli anni successivi anche grazie alla piena conferma della sua legittimità conseguente alle pronunce in materia della Corte costituzionale”.

(42) Irragionevolezza che (come affermato in T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 dicembre 2016, n. 2511, in www.giustizia-amministrativa.it) non può desumersi dalla scelta del Commissario di attribuire, per l’anno 2015, più risorse alle prestazioni di acuzie anziché a quelle di riabilitazione, né tanto meno dall’impossibilità di utilizzare tutti i 30 posti letto accreditati (nella fattispecie esaminata dalla richiamata sentenza).

(43) In www.giustizia-amministrativa.it.

i criteri stabiliti a livello regionale per l'assegnazione dei budget, rappresentati dal recupero della mobilità passiva (interventi chirurgici ortopedici, oncologici, sulla tiroide) dall'implementazione della complessità dei ricoveri, dall'incremento della neuroriabilitazione, dell'appropriatezza e della complementarietà con le prestazioni erogate”.

Passando all'ulteriore censura dedotta da diverse strutture concernente la violazione del principio della parità tra presidi pubblici e privati (44), il T.A.R. ha avuto modo di precisare che *“anche se le strutture private accreditate concorrono, al pari delle strutture pubbliche, all'erogazione delle prestazioni sanitarie, il sistema, si è progressivamente allontanato da una situazione di perfetta parità tra operatore pubblico e privato, essendosi concesso all'ente pubblico un forte potere autoritativo di contenimento della spesa pubblica che trova la sua implicita giustificazione nella possibilità per le imprese private di fruire, più facilmente delle strutture pubbliche, di economie di scala, potendo attuare opportune iniziative di flessibilità e programmazione, a fronte della contrazione dell'attività”* (45).

D'altronde un motivo di illegittimità basato su tali presupposti sembra alquanto vago e poco rispondente ai principi a cui il nostro ordinamento deve conformarsi soprattutto in tema di tutela della salute e buon andamento della pubblica amministrazione.

In merito, poi, all'ultimo motivo di ricorso avanzato da qualche struttura sanitaria ovvero quello inerente la discriminazione di alcune strutture in favore di altre, il Collegio non ha svolto articolate argomentazioni, ritenendo di per sé evidente che l'eventuale aumento di *budget* a favore di un'altra struttura sanitaria non determini l'illegittimità del provvedimento. Bisognerebbe far riferimento, più che altro, alle motivazioni della ripartizione ovvero alle tipologie di prestazioni che si intendono incrementare o diminuire, fermo restando che tali scelte sono suscettibili di essere sindacate dal giudice amministrativo solo se ritenute irragionevoli (46).

In conclusione, ai fini della determinazione dei tetti di spesa per l'acquisto di prestazioni da privato, l'orientamento giurisprudenziale (47) si è attestato

(44) Le ricorrenti sostenevano l'illegittimità di tali provvedimenti in quanto le strutture pubbliche non sarebbero state toccate dalla riduzione dei *budget*.

(45) Così in T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 maggio 2016, n. 1075, cit., la quale richiama T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 22 luglio 2013, n. 791, in www.giustizia-amministrativa.it, che a sua volta richiama Cons. St., sez. III, 23 giugno 2012, n. 2418, in *Foro Amm.*, Cds, 2012, 6, 1671.

(46) In molti ricorsi, infatti, sono state chiamate in causa, in veste di controinteressati, altre strutture sanitarie che avevano beneficiato di un *budget* maggiore rispetto a quello dell'anno precedente. Cfr., a riguardo, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1324; *id.*, 19 dicembre 2016, n. 2511; *id.*, 23 maggio 2016, n. 1072; *id.*, 9 novembre 2016, n. 2134; *id.*, 5 dicembre 2016, n. 2368; *id.*, 15 settembre 2016, n. 1800, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

(47) Già innervatosi da Cons. St., ad. plen., 12 aprile 2012, nn. 3 e 4, in www.giustizia-amministrativa.it, le quali diedero continuità ad una precedente pronuncia ovvero ad.

nel senso di ritenere legittima la determinazione dei tetti di spesa da cui deriva una perdita per il soggetto privato accreditato, purché l'esercizio del potere autoritativo (con cui viene effettuata la ripartizione) si dispieghi nell'alveo di una seria ed effettiva programmazione finanziaria, in funzionamento del fondamentale obiettivo di contenimento della spesa ed entro il corretto svolgimento delle procedure contrattuali previste dalla legge (48). Alla luce di ciò, tutti i ricorsi avverso i provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa esaminati dal T.A.R. Calabria (49) sono stati rigettati in quanto tutte le censure dedotte (per come sopra esaminate) non erano idonee a qualificare come "irragionevole" la concreta assegnazione dei *budget* effettuata dal Commissario *ad acta* con i D.C.A. nn. 80, 85 (in riferimento al 2015), 25 e 27 (in riferimento al 2016) (50).

3.2.1. Sulla determinazione dei tetti di spesa sulla base del c.d. "criterio storico".

Di particolare importanza, risultano le pronunce inerenti la determinazione dei tetti di spesa per l'acquisto di prestazioni da privato (51) ripartiti utilizzando, quale unico criterio, il c.d. "criterio storico" (52).

plen., 2 maggio 2006, n. 8, *ivi*, nelle quali si legge che "I tetti di spesa sono in via di principio indispensabili, date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica. La matrice autoritativa e vincolante delle determinazioni regionali in tema di limiti alle spese sanitarie si collega alla necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si dispieghi nell'alveo di una seria ed effettiva pianificazione finanziaria. Ne discende che tale attività di programmazione, tesa a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, assume valenza imprescindibile in quanto la fissazione dei limiti di spesa rappresenta l'adempimento di un preciso ed ineludibile obbligo che influisce sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate".

(48) In questo senso hanno concluso tutte le sentenze aventi ad oggetto l'impugnativa avverso i provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa. In particolare, si vedano T.A.R. Calabria, Catanzaro, 16 giugno 2016, n. 1253, *id.* n. 1259; *id.*, n. 1261; *id.*, n. 1262; *id.*, n. 1264, *id.*, n. 1264; *id.*, 21 luglio 2016, n. 1569, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

(49) Salvo quanto si vedrà *infra* al punto 3.3.

(50) Alcuni ricorsi in materia di determinazione di tetti di spesa venivano accolti ma limitatamente alla parte in cui prevedevano la fissazione dei tetti di spesa su base mensile anziché annuale. In questi casi, il T.A.R. ha ritenuto priva di adeguata giustificazione - oltreché non rispondente ai parametri di logicità e ragionevolezza - la fissazione dei tetti di spesa su base mensile. Ciò determinerebbe, infatti, una compressione della libertà di iniziativa del privato, non adeguatamente giustificata dal perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla programmazione degli interventi sanitari. Tale previsione appare, effettivamente, fin troppo stringente per le strutture private che operano in regime di accreditamento con il sistema sanitario regionale, essendo, di converso, più adeguata e ragionevole la fissazione di un tetto di spesa su base mensile (cfr., *in terminis*, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 5 dicembre 2016, n. 2368; *id.*, ord. 29 giugno 2016, n. 263, in www.giustizia-amministrativa.it).

(51) Avvenuta con D.C.A. n. 68/2014 avente ad oggetto "Determinazione dei tetti di spesa per le prestazioni di assistenza specialistica da privato. Anno 2014. Azione 7.7.1.1".

(52) Secondo tale criterio, il *budget* da attribuire alle strutture sanitarie, verrebbe calcolato facendo riferimento a quello già attribuito l'anno precedente, senza la valutazione di alcun altro criterio sia oggettivo che soggettivo.

Il primo ricorso avente ad oggetto tali doglianze veniva proposto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (53) (54), definito con la sentenza n. 1373 del 29 giugno 2016 (55), con la quale il T.A.R., condividendo

(53) Ai sensi dell'art. 21-bis, l. 10 ottobre 1990, n. 287, il quale recita "L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104".

(54) In questo giudizio, inoltre, veniva esaminata una interessante questione concernente la rappresentanza in giudizio dell'AGCOM per mezzo, nell'occasione, di un patrocinatore privato. Tale eccezione veniva sollevata dall'Avvocatura dello Stato di Catanzaro (rappresentante in giudizio *ex lege* del Commissario *ad acta*), la quale sosteneva che - facendo esplicito riferimento, il comma 2, art. 21-bis, l. n. 287/1990, alla proposizione del ricorso da parte dell'AGCOM per tramite dell'Avvocatura dello Stato - la stessa Autorità non avrebbe potuto agire in giudizio avvalendosi di un avvocato del libero foro. La difesa erariale evidenziava che l'Autorità - se pur dotata di un alto grado di indipendenza - non è un ente distinto dallo Stato, ma è un organismo dello stesso (si veda, in questo senso, Cons. St., sez. VI, 25 novembre 1994, n. 1716, in *Giust. civ.*, 1995, I, 619 e in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 1011, con nota di ANTONIOLI), conseguendone da ciò che, in linea di principio, la rappresentanza e la difesa in giudizio della stessa competono all'Avvocatura dello Stato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611. Tuttavia, nella vicenda scrutinata dal T.A.R. calabrese, si poneva il problema che entrambe le parti avrebbero dovuto usufruire del patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato, il che avrebbe, comunque, causato conflitto nella difesa.

Al riguardo, l'Avvocatura sosteneva che, qualora l'azione giudiziaria da parte dell'Autorità dev'essere esercitata nei confronti di un'altra Amministrazione Statale (venendosi a configurare, così, una situazione di conflitto), l'onere del ricorso al patrocinatore privato graverebbe in capo all'Amministrazione resistente, nel caso di specie, quindi, in capo al Commissario *ad acta* e non all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato.

Si tratta, invero, di un principio affermato in giurisprudenza proprio in riferimento al procedimento attivabile dall'AGCOM ex art. 21-bis, l. n. 287/1990: cfr., *ex pluribus*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720, in *Foro amm.-TAR*, 2013, 5, 1587, con nota di CAPPAL, che, in un giudizio soggettivamente identico a quello di cui si discute, ha affermato che: "L'obbligo di patrocinio erariale previsto dall'art. 21-bis, l. 287/1990 in capo all'Autorità Antitrust per la promozione dello speciale ricorso si pone in rapporto di conformità con la previsione di cui all'art. 1 r.d. n. 1611 del 1933 sul patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura per tutte le Amministrazioni dello Stato, tra le quali sono annoverate anche le Autorità indipendenti. La previsione specifica rispetto al precetto generale menzionato, sembra valere a concretizzare il precetto di cui all'art. 43 r.d. n. 1611 del 1933 in fattispecie in cui la situazione di conflitto, prevista come eccezionale dallo stesso art. 43, tende ad assumere carattere di ordinarietà. La revisione dell'obbligo specifico dell'Autorità di ricorrere al patrocinio erariale, nonostante l'azione di qua venga normalmente esercitata nei confronti di Amministrazioni statali anch'esse soggette all'obbligo generale di rappresentanza e difesa in giudizio per mezzo dell'Avvocatura dello Stato, implica cioè che, in simili fattispecie, di potenziale conflitto di interessi, l'onere del ricorso al patrocinatore privato per la soluzione del conflitto gravi di norma in capo all'Amministrazione resistente".

Sul tema, per ulteriori approfondimenti, si rimanda a MEZZOTERO-ROMEI, *Il patrocinio della Pubblica Amministrazione*, pp. 55 e ss.

(55) Seguita da altre, tra cui, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I. 12 dicembre 2016, n. 2525, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'impostazione dell'Autorità ricorrente, ha osservato che l'utilizzo di tale criterio di ripartizione attribuisce ai soggetti privati accreditati indebiti e giustificati vantaggi concorrenziali. Ciò in ossequio al dettato dell'art. 106 T.F.U.E., il quale stabilisce che *“gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, specialmente quelle contemplate dagli artt. 18 (divieto di discriminazione) e da 101 a 109 inclusi (divieto di intese restrittive della concorrenza; divieto dell'abuso di posizione dominante; divieto di aiuti di Stato)”*.

Ha osservato, ancora, il T.A.R. che può ritenersi legittimo il riferimento ad una molteplicità di elementi sia di carattere oggettivo, come la potenzialità dei singoli distretti (determinata dalla popolazione residente e dalle prestazioni richieste) sia di carattere soggettivo, con la ripartizione delle risorse secondo apposite griglie di valutazione che tengono conto di molteplici fattori qualitativi come dotazioni; università di personale e tipologia del rapporto di lavoro; collegamento al CUP; accessibilità alla struttura; correttezza del rapporto con l'utenza, rispetto degli istituti contrattuali; ulteriori standard finalizzati all'accoglienza quali sale d'attesa, biglietto elimina code, riscaldamento e climatizzazione, apertura al sabato e misura degli spazi. Di converso, la determinazione in ragione del “costo storico” si porrebbe in contrasto con i principi di tutela della concorrenza, se non siano adottati i necessari correttivi o se, quanto meno, non vi siano specifiche ragioni di tutela della sanità che la giustifichino.

L'utilizzo di tale criterio, effettivamente, cristallizzerebbe le posizioni in passato acquisite sul mercato dai singoli operatori sanitari privati, disincentivando il perseguimento dell'efficienza nell'erogazione dei servizi sanitari e vanificando la concorrenza tra le varie strutture (56).

3.3. *Sull'accorpamento dei laboratori “sotto soglia”.*

Ulteriore importante filone di ricorsi è stato quello avente ad oggetto l'impugnativa del D.C.A. n. 84/2015 recante *“Riequilibrio ospedale-territorio. Riorganizzazione della rete dei laboratori pubblici e privati”*.

Con tale decreto si procedeva alla riorganizzazione della rete laboratoristica attraverso l'aggregazione dei laboratori privati che non raggiungevano la soglia minima di prestazioni in esso stabilita.

In particolare, i laboratori che non erogavano 200.000 prestazioni durante l'anno avevano l'obbligo di aggregarsi tra loro in rete, pena la decadenza dell'accreditamento e l'impossibilità di sottoscrivere contratti per l'erogazione di prestazioni a carico del servizio sanitario regionale (57).

(56) Tale questione è stata richiamata nella relazione introduttiva in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 del T.A.R. Calabria, Catanzaro, in www.giustizia-amministrativa.it.

(57) Ciò avrebbe determinato, come sostenuto dalle ricorrenti, la conversione dei laboratori medio-

Il T.A.R. si è pronunciato, dapprima, con sentenza non definitiva (58), accogliendo parzialmente il ricorso e annullando il provvedimento impugnato nella parte in cui non prevedeva un'adeguata fase transitoria e fissava un termine di 90 giorni dalla pubblicazione del decreto di riordino per la costituzione del laboratorio aggregato e per presentare domanda di adesione alla rete di organizzazione.

Al riguardo, il Collegio ha ritenuto che *“la scansione temporale ipotizzata dal decreto appare lesiva dei principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, imponendo di fatto alle strutture un obbligo a realizzare determinati risultati per mantenere l'accreditamento, senza disciplinare in maniera adeguata la fase transitoria”* (59).

Con la sentenza definitiva (60) ha ritenuto che la previsione di soglie quantitative minime di produzione analitica, aggiungendosi ai requisiti per l'autorizzazione all'esercizio delle attività sanitarie, finisce con l'integrare un ulteriore requisito per l'accreditamento, che non ha formato preventiva intesa con la Conferenza Stato-Regioni, contrariamente a quanto disposto dall'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 502/1992 (61).

Invero - ha rilevato il T.A.R. - con l'impugnato D.C.A. n. 84/2015 è stato introdotto un nuovo presupposto per l'accreditamento senza che venisse seguito l'iter previsto dalla normativa vigente, discendendone da ciò l'illegittimità del citato decreto - nella parte in cui stabilisce l'obbligatorietà dell'aggregazione in rete dei laboratori privati che non raggiungono la soglia minima di prestazioni nell'anno - in quanto privo di adeguato supporto nor-

piccoli in meri punti di prelievo oltre che un'ingiusta causa di perdita dell'accreditamento non disciplinata da alcuna fonte normativa. Tale circostanza avrebbe leso l'interesse pubblico e collettivo in quanto implicava lo smantellamento di un servizio sanitario di prossimità al paziente, capillare ed efficiente su tutto il territorio.

(58) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 maggio 2016, n. 1042, *id.*, 20 giugno 2016, n. 1298; *id.*, 4 luglio 2016, n. 1397, in www.giustizia-amministrativa.it.

(59) Tali principi sono stati enunciati anche da T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 febbraio 2016, n. 1538, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma che *“L'assenza di una adeguata fase transitoria che garantisca da un lato la posizione di accreditamento o i contratti in essere dei vari Laboratori consente di ritenere irragionevole anche la scansione temporale dettata al punto XIII del cronoprogramma, per come da parte ricorrente dedotto e nella misura in cui va ad agire retroattivamente per l'anno 2015 sulle prestazioni già erogate che, laddove in numero inferiore alle 60.000 pur correttamente determinate come soglia di partenza per raggiungere il livello massimo nel triennio, non paiono tutelare adeguatamente il regime di accreditamento in corso di ogni laboratorio”*.

(60) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 21 novembre 2016, n. 2262, in www.giustizia-amministrativa.it.

(61) Ai sensi del quale: *“Ferma restando la competenza delle regioni in materia di autorizzazione e vigilanza sulle istituzioni sanitarie private, a norma dell'art. 43 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, con atto di indirizzo e coordinamento, emanato d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, sentito il Consiglio superiore di sanità, sono definiti i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi minimi richiesti per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private e la periodicità dei controlli sulla permanenza dei requisiti stessi”*.

mativo, oltreché non rispondente ai parametri di logicità e ragionevolezza previsti dalla normativa in materia.

3.4. Sulla riorganizzazione della rete ospedaliera e laboratoristica calabrese pubblica e privata.

Va esaminato, da ultimo, un ulteriore filone di ricorsi, ovvero quello concernente l'impugnativa dei provvedimenti di riorganizzazione della rete ospedaliera pubblica.

In tal caso, le doglianze lamentate dai ricorrenti impingevano la (sostenuta) lesione di un interesse collettivo, tantè che tali ricorsi sono stati proposti dai Comuni o Comitati Civici sorti con la finalità di opporsi al ridimensionamento ospedaliero calabrese.

La lesione lamentata, infatti, aveva ad oggetto (a seconda dei casi) il mancato riconoscimento di presidi ospedalieri c.d. di "base", la cancellazione di reparti, la trasformazione dei nosocomi in ospedali di montagna (e quindi in semplici presidi di pronto soccorso) con la conseguente compromissione, a loro dire, del diritto costituzionalmente garantito alla salute oltre che un rilevante danno per il tessuto sociale e l'economia locale.

Il provvedimento maggiormente rilevante in tal senso è stato senza dubbio il D.C.A. n. 9/2015, avente ad oggetto "*Approvazione documento di riorganizzazione della rete ospedaliera, della rete dell'emergenza-urgenza e delle reti tempo dipendenti*".

E proprio a definizione di un giudizio scaturito da un ricorso avverso tale decreto, con una esaustiva sentenza (62), il T.A.R. ha osservato che anche in tema di riordino della rete ospedaliera pubblica il principio della programmazione è, comunque, diretto a realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario; ciò in considerazione dei limiti che il legislatore ordinario incontra ed anche in relazione alle risorse finanziarie disponibili.

In particolare, in merito alla costituzione dei presidi ospedalieri di base, è stato fatto riferimento al D.M Salute 2 aprile 2015, n. 70 (63), il quale attri-

(62) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 20 giugno 2016, n. 1300, in www.giustizia-amministrativa.it, con cui si contestava il depotenziamento degli ospedali di Serra San Bruno e Soveria Mannelli.

(63) La riorganizzazione della rete ospedaliera ha previsto tre tipi di presidi. Il primo è quello "base": sono strutture che dispongono di una sede di pronto soccorso, accanto alla quale sono ospitate le specialità di medicina interna, chirurgia generale, anestesia. I presidi di base, che hanno un bacino d'utenza compreso tra 80.000 e 150.000 abitanti, dispongono di servizi di guardia attiva e supporto in rete di radiologia, laboratorio ed emoteca.

Al gradino superiore dell'assistenza si trovano gli *spoke*, struttura designata come centro intermedio. Gli *spoke*, o centri di primo livello nelle indicazioni del Ministero della Salute, sono ospedali con bacino d'utenza compreso tra 150.000 e 300.000 persone e dotati di Dipartimenti di Emergenza e Accettazione. Oltre alle prestazioni di base garantite dai presidi di base svolgono funzioni di osservazione, breve degenza e rianimazione; inoltre dispongono di un numero maggiore di specialità come ortopedia e trau-

buisce un'ampia discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione in ordine al ridimensionamento della rete ospedaliera e laboratoristica regionale, dovendosi rapportare, tali scelte, alle specifiche esigenze territoriali e al contenimento della spesa pubblica (64).

Anche in questo caso sono state disattese le doglianze dei ricorrenti inerenti il depotenziamento di un presidio ospedaliero o l'accorpamento di esso con altro presidio, avendo il T.A.R. calabrese ritenuto che il Commissario *ad acta*, con i provvedimenti impugnati, ha posto in essere una serie di interventi volti ad attuare il Piano di rientro, il quale attribuisce a quest'ultimo un ampio potere programmatico, attraverso il quale, lo stesso Commissario, può individuare - nei limiti di legge e nel limite della ragionevolezza tecnica e della propria discrezionalità - le strutture da potenziare e quelle invece da depotenziare (attenendosi ai criteri impartiti dal Ministero).

Si tratterebbe, quindi, anche in questo caso, di provvedimenti insindacabili sul piano giurisdizionale se non per i soli profili di macroscopica o manifesta illogicità o arbitrarietà.

Il T.A.R., pertanto, ha affermato che i poteri del Commissario sono funzionali agli obiettivi a lui attribuiti dalla legge, con la conseguenza che il depotenziamento di strutture ospedaliere pubbliche appare senza dubbio coerente in una funzione di programmazione generale con le funzioni allo stesso attribuite e con i compiti ad esso spettanti.

Inoltre, la valutazione svolta dalla pubblica amministrazione non può essere censurata se la stessa ha adeguatamente contemperato e analizzato i vari

matologia, ostetricia e ginecologia, pediatria. Gli *spoke* dispongono anche di tutti i servizi e i collegamenti necessari per stabilizzare pazienti gravi, come quelli con patologie cardiovascolari complesse o con ictus, e per trasportarli nei centri di livello superiore.

Il vertice della catena sanitaria è occupato dagli *hub*, strutture in grado di servire un bacino di utenza da 300.000 a 1.200.000 abitanti. Negli *hub* hanno sede i Dipartimenti Emergenza e Accettazione di secondo livello, che comprendono tutte le funzioni degli *spoke* e in più hanno a disposizione specializzazioni complesse come cardiocirurgia e neurochirurgia, cardiologia con emodinamica interventistica. Negli *hub* dovrebbe essere sempre presente, secondo il decreto che ne istituisce l'esistenza, la radiologia con TAC ed ecografia e il servizio immunotrasfusionale, e in generale tutte le discipline ad alta specializzazione la cui presenza non è prevista nelle strutture di primo livello.

(64) Lo scopo del D.M. n. 70/2015, infatti, è proprio quello di imporre alle regioni un riordino della rete ospedaliera ai fini del raggiungimento degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera. Si legge, infatti, all'art. 1, che "*Le regioni provvedono, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ad adottare il provvedimento generale di programmazione di riduzione della dotazione dei posti letto ospedalieri accreditati ed effettivamente a carico del Servizio sanitario regionale, ad un livello non superiore a 3,7 posti letto (p.l.) per mille abitanti, comprensivi di 0,7 posti letto per mille abitanti per la riabilitazione e la lungodegenza post-acuzie, nonchè i relativi provvedimenti attuativi, garantendo, entro il triennio di attuazione del patto per la salute 2014-2016, il progressivo adeguamento agli standard di cui al presente decreto, in coerenza con le risorse programmate per il Servizio sanitario nazionale (SSN) e nell'ambito della propria autonomia organizzativa nell'erogazione delle prestazioni incluse nei Livelli essenziali di assistenza sanitaria (LEA), di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 novembre 2001, e successive modificazioni*".

profili tecnici relativi agli interessi pubblici sottesi, sicchè nessuna lesione può configurarsi in capo al cittadino per il semplice fatto che un presidio ospedaliero è stato ridimensionato dal piano di riorganizzazione posto in essere dalla struttura commissariale.

3.5. *Sull'illegittimità della convenzione stipulata tra il Commissario ad acta e l'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (Age.na.s.)*

Come accennato in precedenza, una ulteriore questione affrontata dal T.A.R. calabrese ha riguardato l'impugnazione proposta avverso il D.C.A. n. 46/2016 (successivamente modificato dal D.C.A. n. 58/2016), con cui il Commissario *ad acta* approvava una convenzione con l'Autorità Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (Age.na.s.) (65) per la realizzazione di attività di supporto tecnico-operativo e di affiancamento ai fini dell'attuazione del Programma Operativo 2016-2018 con riferimento alla riorganizzazione della rete ospedaliera, rete dell'emergenza urgenza, reti tempo dipendenti e reti cliniche, già programmate; programmazione delle ulteriori reti cliniche previste dal D.M. Salute n. 70/2015; revisione del documento di programmazione della rete di assistenza territoriale e laboratoristica (pubblica e privata) e relative azioni di riorganizzazione; completamento delle attività relative alla revisione dei manuali di autorizzazione e accreditamento nonché supporto giuridico per la verifica della conformità degli atti amministrativi inerenti provvedimenti di attuazione del piano di rientro.

Tale giudizio è risultato particolarmente interessante in quanto si è trattato di un "anomalo" conflitto tra amministrazioni (Regione Calabria e Commissario *ad acta*) competenti - anche se in misura diversa e con ruoli differenti - in ambito sanitario regionale.

Ad impugnare il decreto citato è stata la Regione Calabria, la quale lamentava in primo luogo la sua estromissione dall'importantissima fase di attuazione del Programma Operativo per gli anni 2016-2018 (in quanto tutte le funzioni ad essa attribuite venivano concesse all'Age.na.s.); in secondo luogo, si doleva del fatto che (come si vedrà meglio *infra*) il corrispettivo previsto nella convenzione sarebbe gravato - ingiustamente e contro la sua volontà - sul bilancio regionale (66).

(65) L'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (Age.na.s.) è un Ente pubblico non economico di rilievo nazionale, istituito con d.lgs. 30 giugno 1993, n. 266, il quale svolge funzioni di supporto al Ministero della Salute e alle Regioni per le strategie di sviluppo e innovazione del Servizio sanitario nazionale. Obiettivo prioritario e qualificante dell'Agenzia è lo svolgimento di attività di supporto tecnico-operativo alle politiche di governo dei sistemi sanitari di Stato e Regioni, all'organizzazione dei servizi e all'erogazione delle prestazioni sanitarie, in base agli indirizzi della Conferenza Unificata (20 settembre 2007). L'Agenzia realizza tale obiettivo tramite attività di monitoraggio, di valutazione, di formazione e di ricerca orientate allo sviluppo del sistema salute. Informazioni tratte dal www.agenas.it.

(66) Difatti, anche se la convenzione veniva sottoscritta dal Commissario *ad acta* Ing. Massimo Scura, lo stesso agiva in rappresentanza della Regione Calabria, come chiaramente espresso nell'inten-

Preliminarmente, da parte del Commissario *ad acta* veniva eccepita l'inammissibilità del ricorso per carenza originaria di legittimazione e interesse in capo alla Regione Calabria ricorrente.

Tale ragionamento prendeva le mosse dalla circostanza secondo cui le funzioni attribuite al Commissario (per come specificate nei programmi operativi) devono restare - fino all'esaurimento dei compiti commissariali - al riparo da ogni interferenza degli organi regionali.

Si tratta, di un principio affermato, in particolare, anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 278 del 12 dicembre 2014 (67), nella quale si legge che *“Le funzioni amministrative del Commissario, ovviamente fino all'esaurimento dei suoi compiti di attuazione del piano di rientro, devono essere poste al riparo da ogni interferenza degli organi regionali, senza che possa essere evocato il rischio di fare di esso l'unico soggetto cui spetti di provvedere per il superamento della situazione di emergenza sanitaria in ambito regionale”* (68).

Di conseguenza, il grave danno che la ricorrente avrebbe subito - secondo quanto assunto nel ricorso - per la *“totale estromissione della Regione Calabria dall'importantissima fase di attuazione del Programma Operativo per gli anni 2016.2018”* non sarebbe giuridicamente ipotizzabile (e, quindi, è inesistente) in quanto la Regione non sarebbe titolare dell'interesse che con il ricorso avrebbe inteso tutelare.

Sosteneva ancora la difesa del Commissario *ad acta* che l'esclusione della Regione dalle funzioni amministrative oggetto dei poteri commissariali rappresentava proprio una delle ragioni fondamentali del Piano di rientro; le delibere del Commissario sono ordinanze emergenziali statali in deroga, ossia misure straordinarie che lo stesso Commissario - nell'esercizio delle proprie competenze e del suo ruolo di organo statale - è tenuto ad assumere in esecuzione del Piano di rientro. Pertanto, presupponendo il potere d'azione nel processo amministrativo la titolarità di una situazione giuridica riconducibile a diritto soggettivo o interesse legittimo oltre che un interesse a ricorrere (inteso non come idoneità astratta a conseguire un risultato utile, ma come interesse personale, concreto ed attuale al conseguimento di un vantaggio materiale o morale) il Commissario concludeva per l'inammissibilità del ricorso proposto dalla Regione Calabria per carenza originaria di legittimazione e interesse in capo alla medesima.

stazione dell'atto in cui si legge: *“Convenzione tra: la Regione Calabria con sede in Catanzaro, Via Sensales (Pal. Alemanni), rappresentata dal Commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario, Ing. Massimo Scura, (di seguito Regione) domiciliato per la carica presso la sede della Regione medesima ed avente i poteri per il presente atto ...”*, provvedimento reperibile in www.regione.calabria.it.

(67) In www.cortecostituzionale.it.

(68) In questo senso si vedano, inoltre, Corte Cost. n. 78/2011; *id.*, 104/2013; *id.*, 228/2015, in www.cortecostituzionale.it.

Il T.A.R., all'esito dell'udienza camerale - pur non pronunciandosi espressamente sull'ammissibilità o meno del ricorso - accoglieva le argomentazioni svolte dal Commissario *ad acta* e, con ord. n. 270 del 29 giugno 2016 (69), affermava che *“non sussistono le condizioni per rendere il provvedimento cautelare invocato dalla parte ricorrente, alla luce del costante insegnamento della Corte costituzionale, richiamato dalla difesa erariale resistente (Corte cost. 11 marzo 2011, n. 78; 29 maggio 2013, n. 104; 12 dicembre 2014, n. 278), per cui: 1) la nomina di un Commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro dal disavanzo sanitario, previamente concordato tra lo Stato e la Regione interessata, sopraggiunge all'esito di una persistente inerzia degli organi regionali, essendosi questi ultimi sottratti ad un'attività che pure è imposta dalle esigenze di finanza pubblica; 2) detta attività è volta a soddisfare la necessità di assicurare la tutela dell'unità economica della Repubblica, oltre che i livelli essenziali delle prestazioni concernenti un diritto fondamentale (art. 32 Cost.) qual è quello alla salute; 3) in questo quadro, le funzioni amministrative del commissario, ovviamente fino all'esaurimento dei suoi compiti di attuazione del piano di rientro, devono essere poste al riparo da ogni interferenza degli organi regionali, senza che possa essere evocato il rischio di fare di esso l'unico soggetto cui spetti di provvedere per il superamento della situazione di emergenza sanitaria in ambito regionale; Ritenuto, peraltro, che l'esame dello schema di convenzione non consente di affermare che l'Age.na.s. sia chiamata a svolgere in via esclusiva l'attività demandatagli”*.

Prescindendo da tali questioni di rito, il punto principale che ha formato oggetto di contestazione da parte della Regione Calabria si incentrava sulla circostanza secondo cui la convenzione approvata con il D.C.A. n. 46/2016 prevedeva un corrispettivo in favore dell'Age.na.s. pari a € 200.000,00 annui (art. 6 della convenzione). La difesa regionale, infatti, riteneva irragionevole e ingiusto attribuire a titolo oneroso funzioni che sarebbero già attribuite *ex lege* alla stessa Agenzia e, soprattutto, già retribuite dal Ministero della Salute e, quindi, a carico del bilancio dello Stato; riteneva ancora più illegittimo, come detto sopra, che tale importo sarebbe gravato sul bilancio regionale, producendo così una doppia lesione nei confronti della stessa regione (da un lato, infatti, la sottrazione delle funzioni ad essa attribuite e, dall'altro, la concessione a suo carico dell'importo di € 200.000,00 in favore di un altro ente che avrebbe dovuto svolgere proprio le funzioni ad essa sottratte).

La difesa del Commissario *ad acta*, di contro, sosteneva che la centralità del ruolo riconosciuto a quest'ultimo (il quale si sostituisce *in toto* agli enti ordinariamente competenti) prevede che lo stesso goda di amplissimi poteri finalizzati ad una efficace e concreta attuazione del programma, tra cui anche

(69) In www.giustizia.amministrativa.it.

quella di concedere incarichi (non importa se a titolo gratuito o oneroso) per la corretta e sostanziale attuazione del Piano di rientro e, la convenzione in questione, a suo dire, non era altro che esercizio di tali poteri.

Avverso l'ordinanza del T.A.R. Calabria n. 270/2016 cit., la Regione Calabria proponeva appello innanzi al Consiglio di Stato, mentre, *medio tempore*, veniva emanato il D.C.A n. 58/2016, con cui veniva modificato il precedente D.C.A. n. 46/2016 sia nella sua parte motiva (la convenzione veniva integrata con riferimenti legislativi e normativi a sostegno dell'adozione del provvedimento) oltre che nella sua parte dispositiva (la rubrica dell'art. 6 veniva modificata da "Corrispettivo" a "Contributo").

Tali modifiche, però, non sono bastate a persuadere il Consiglio di Stato chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione della predetta ordinanza. Difatti, con ord. 1 settembre 2016, n. 3618 (70), il Cons. St., sez. III, - capovolgendo l'impostazione fornita dal T.A.R. Calabria con l'ordinanza cautelare - ha sospeso il provvedimento impugnato nella parte in cui conteneva la previsione di un corrispettivo a favore di Age.na.s. Tale decisione affonda le sue basi sulla circostanza secondo cui il quadro normativo vigente (*"seppur complesso e di non chiara decifrazione"* afferma testualmente il Consiglio di Stato) non sembra attribuire ad Age.na.s. la facoltà di stipulare convenzioni a titolo oneroso per lo svolgimento di attività a supporto delle Regioni sottoposte a Piano di rientro, *"essendo tali attività ricomprese nel novero delle competenze, dei compiti e degli obblighi assegnate dalla legislazione relativa ai Piani di rientro dai disavanzi del settore sanitario"*.

La vicenda si è infatti conclusa con il conferimento dei predetti incarichi all'Age.na.s., a titolo, però, meramente gratuito (71).

4. I principi enucleati dalla Corte costituzionale in materia di emergenza sanitaria.

È utile evidenziare, adesso, come i principi sanciti dal T.A.R. Calabria nonchè contenuti nella normativa applicabile alle regioni sottoposte a Piano di rientro, siano stati rafforzati da numerose pronunce della Corte Costituzionale.

Quest'ultima, ha sempre confermato la piena legittimità delle norme che stabiliscono vincoli e limiti all'autonomia regionale ai fini del coordinamento

(70) In www.giustizia-amministrativa.it.

(71) Difatti, con la nota prot. n. 268382 del 6 settembre 2016, il Commissario *ad acta* (Ing. Massimo Scura) comunicava al Direttore dell'Age.na.s. quanto segue: *"Egr. Direttore, nell'apprendere che l'Ecc.mo Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3618 del 30 agosto 2016, ha accolto l'appello cautelare proposto dalla Regione Calabria e, per l'effetto, ha sospeso gli effetti del DCA n. 58/2016 del 24 giugno 2016, siamo qui a chiederLe di voler ugualmente fornire a questa Struttura Commissariale, la preziosa collaborazione dell'Agenzia da Lei diretta, a titolo meramente gratuito, senza alcun onere a carico della Regione Calabria, per la realizzazione di attività di supporto tecnico-operativo e di affiancamento per l'attuazione del Programma Operativo 2016-2018"*.

della finanza pubblica e della salvaguardia degli obiettivi a cui lo stesso coordinamento è finalizzato.

Il principio di fondo sancito dalla Consulta attesta il carattere vincolante del Piano di rientro esplicitamente stabilito in via legislativa.

Tra le disposizioni sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale vi sono diverse disposizioni disciplinanti lo stato di squilibrio economico-finanziario del settore sanitario regionale, tra cui, principalmente, l'art. 1, comma 796, lettera b), l. 27 dicembre 2006, n. 296 (72) (il quale detta la procedura per la stipula degli accordi tra le regioni interessate ai fini della predisposizione, sottoscrizione e attuazione del Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario (73)).

(72) Legge Finanziaria 2007.

(73) Il quale dispone che *“È istituito per il triennio 2007-2009, un Fondo transitorio di 1.000 milioni di euro per l'anno 2007, di 850 milioni di euro per l'anno 2008 e di 700 milioni di euro per l'anno 2009, la cui ripartizione tra le regioni interessate da elevati disavanzi è disposta con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato. L'accesso alle risorse del Fondo di cui alla presente lettera è subordinato alla sottoscrizione di apposito accordo ai sensi dell'articolo 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, e successive modificazioni, comprensivo di un Piano di rientro dai disavanzi. Il piano di rientro deve contenere sia le misure di riequilibrio del profilo erogativo dei livelli essenziali di assistenza, per renderlo conforme a quello desumibile dal vigente Piano sanitario nazionale e dal vigente decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di fissazione dei medesimi livelli essenziali di assistenza, sia le misure necessarie all'azzeramento del disavanzo entro il 2010, sia gli obblighi e le procedure previsti dall'articolo 8 dell'intesa 23 marzo 2005 sancita dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, pubblicata nel supplemento ordinario n. 83 alla Gazzetta Ufficiale n. 105 del 7 maggio 2005. Tale accesso presuppone che sia scattata formalmente in modo automatico o che sia stato attivato l'innalzamento ai livelli massimi dell'addizionale regionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche e dell'aliquota dell'imposta regionale sulle attività produttive. Qualora nel procedimento di verifica annuale del piano si prefigurino il mancato rispetto di parte degli obiettivi intermedi di riduzione del disavanzo contenuti nel piano di rientro, la regione interessata può proporre misure equivalenti che devono essere approvate dai Ministeri della salute e dell'economia e delle finanze. In ogni caso l'accertato verificarsi del mancato raggiungimento degli obiettivi intermedi comporta che, con riferimento all'anno d'imposta dell'esercizio successivo, l'addizionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche e l'aliquota dell'imposta regionale sulle attività produttive si applicano oltre i livelli massimi previsti dalla legislazione vigente fino all'integrale copertura dei mancati obiettivi. La maggiorazione ha carattere generalizzato e non settoriale e non è suscettibile di differenziazioni per settori di attività e per categorie di soggetti passivi. Qualora invece sia verificato che il rispetto degli obiettivi intermedi è stato conseguito con risultati ottenuti quantitativamente migliori, la regione interessata può ridurre, con riferimento all'anno d'imposta dell'esercizio successivo, l'addizionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche e l'aliquota dell'imposta regionale sulle attività produttive per la quota corrispondente al miglior risultato ottenuto. Gli interventi individuati dai programmi operativi di riorganizzazione, qualificazione o potenziamento del servizio sanitario regionale, necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza, oggetto degli accordi di cui all'articolo 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, e successive modificazioni, come integrati dagli accordi di cui all'articolo 1, commi 278 e 281, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, sono vincolanti per la regione che ha sottoscritto l'accordo e le determinazioni in esso previste possono comportare effetti di variazione dei provvedimenti normativi ed amministrativi già adottati dalla medesima regione in materia di programmazione sanitaria. Il Ministero della salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, assicura l'attività di affiancamento delle regioni che hanno sottoscritto l'accordo di cui all'articolo 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, comprensivo di un Piano di rientro dai disavanzi, sia ai fini del monitoraggio dello*

In particolare, con riferimento all'art. 1, comma 796, lettera b), l. n. 296 del 2006 - con una sentenza riassuntiva di tutte le altre pronunce precedentemente emesse in materia (74)(75) - la Consulta ha affermato che tale norma *“può essere qualificata come espressione di un principio fondamentale diretto al contenimento della spesa pubblica sanitaria e, dunque, espressione di un correlato principio di coordinamento della finanza pubblica”*. Pertanto, l'esplicita condivisione da parte delle Regioni della assoluta necessità di contenere i disavanzi del settore sanitario determina una situazione nella quale l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa.

Ciò in quanto, afferma ancora la Consulta, *“le norme statali che fissano limiti alla spesa di enti pubblici regionali sono espressione della finalità di coordinamento finanziario, per cui il legislatore statale può legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari”*.

Invero, la giurisprudenza amministrativa, ha - conformemente al dettato della Corte - sviluppato e valorizzato tali principi, *in primis* con le citate sentenze dell'Adunanza Plenaria. n. 8 del 2006 e nn. 3 e 4 del 2012, e successivamente con numerose sentenze (76).

stesso, sia per i provvedimenti regionali da sottoporre a preventiva approvazione da parte del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze, sia per i Nuclei da realizzarsi nelle singole regioni con funzioni consultive di supporto tecnico, nell'ambito del Sistema nazionale di verifica e controllo sull'assistenza sanitaria di cui all'articolo 1, comma 288, della legge 23 dicembre 2005, n. 266”.

(74) Corte Cost., 12 maggio 2011, n. 163, in www.cortecostituzionale.it.

(75) Riassuntiva dei principi già pressochè enucleati dalla Consulta con le precedenti pronunce Corte Cost., 18 febbraio 2010, n. 52; *id.*, 17 marzo 2010, n. 100; *id.* 23 aprile 2010, n. 141; *id.* 11 aprile 2011, n. 123; *id.* 12 maggio 2011, n. 163; *id.* 25 aprile 2012, n. 131; *id.* 19 luglio 2013, n. 219; *id.* 5 maggio 2014, n. 110, tutte in www.cortecostituzionale.it.

(76) Tra le più recenti ed esaustive, si vedano Cons. St., sez. III, 1244/2016 cit.; *id.*, 3 febbraio 2016, n. 431, in *Foro Amm.*, 2016, 2, 280; *id.*, 7 gennaio 2014, n. 2, *ivi*, 2014, 1, 29; *id.*, 22 gennaio 2014, n. 296, *ivi*, 2014, 1, 37; *id.*, 2 aprile 2014, n. 1582, *ivi*, 2014, 4, 1048; *id.*, 6 febbraio 2015, n. 604, in *Ragiusan*, 2015, 374-376, 159; *id.*, 27 febbraio 2015 n. 982, *ivi*, 2015, 371-373, 183; *id.*, 7 dicembre 2015, n. 5539, in *Foro Amm.*, 2015, 12, 3059; *id.*, 4 febbraio 2016, n. 450, in *Banca Dati De Jure*; *id.*, 17 dicembre 2015, n. 5731, in www.giustizia-amministrativa.it.

Il rilievo giuridico dei codici di comportamento nel settore pubblico, con riferimento alle varie forme di responsabilità dei pubblici funzionari

*Federica Mariniello**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Ambito di applicabilità del nuovo Codice di comportamento e suoi contenuti - 3. Valenza giuridica del nuovo Codice sul piano della responsabilità dei pubblici funzionari - 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La legge 6 novembre 2012, n. 190, recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione” disegna un articolato quadro di misure dirette al contrasto di fenomeni di corruzione e illegalità nella Pubblica Amministrazione, sia attraverso una strategia di prevenzione che di repressione.

A tale contesto - in cui il legislatore ha inteso ridefinire gli standard di condotta nell’esercizio di funzioni pubbliche - sono riconducibili una serie di prescrizioni che si rivolgono, nel loro complesso, al rafforzamento dell’integrità del funzionario pubblico come fattore decisivo per il buon andamento e l’imparzialità della Pubblica Amministrazione, in ossequio al dettato costituzionale di cui agli artt. 97 e 98, quest’ultimo recante il principio di esclusività al servizio della Nazione. Rilevano, altresì, a completamento del quadro costituzionale di riferimento in tema di legalità ed etica pubblica: l’art. 54 comma 2 - in ordine al dovere, per coloro cui sono affidate funzioni pubbliche, di adempierle con disciplina e onore - che può fondatamente considerarsi una specificazione del citato principio di imparzialità e buon andamento dell’organizzazione amministrativa; l’art. 28, che prevede la diretta responsabilità, per i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti (1)

Tra gli interventi operati dalla legge in parola - afferenti, tra l’altro, ai temi della trasparenza, della pubblicità, dell’incompatibilità di incarichi, della misurazione e valutazione della performance, della formazione e rotazione del

(*) Dottoressa in Giurisprudenza - master in management e politiche delle Pubbliche Amministrazioni presso la Luiss Guido Carli in partnership con la Scuola Nazionale dell’Amministrazione.

Il presente scritto è la rielaborazione di un testo sviluppato all’interno del corso “prevenzione della corruzione amministrativa” tenuto dal Prof. B.G. Mattarella nell’ambito del master di II livello in management e politiche delle amministrazioni pubbliche, organizzato dalla School of Government della Luiss Guido Carli in collaborazione con la Scuola Nazionale dell’Amministrazione.

(1) F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, RAFFAELE CANTONE (a cura di), Giappichelli Editore, 2015, 65.

personale che opera nell'ambito di attività più esposte al rischio di corruzione - assume rilievo centrale, sul piano della prevenzione dei fenomeni corruttivi, la nuova disciplina del *Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, esito di una completa riformulazione dell'art. 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ad opera del comma 44 dell'art. 1 della legge n. 190/2012, cui è seguita l'adozione - con D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (2), emanato nelle forme previste per i regolamenti governativi dall'art. 17 comma 1 della legge n. 400/1988 - di un Codice recante una serie di principi comportamentali cui i pubblici dipendenti sono tenuti a uniformarsi sia sul posto di lavoro sia in ambito extra-lavorativo, tradotti in regole di condotta concrete e facilmente applicabili, che vanno a integrare i doveri d'ufficio e le altre ipotesi di responsabilità disciplinare previsti dalle norme di legge, di regolamento e dai contratti collettivi (3).

L'obiettivo del presente elaborato è quello di analizzarne l'impianto, focalizzandone un importante profilo innovativo rispetto alla previgente formulazione dell'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001: *l'autonoma valenza giuridica*, specificamente ai fini disciplinari.

Ciò in piena adesione alla rigorosa disciplina prevista dalla citata legge n. 190/2012 che - oltre a prescrivere attività di formazione con il chiaro scopo di assicurare l'attualità dell'interesse e della rilevanza del Codice con finalità di prevenzione di comportamenti scorretti - *rafforza anche il profilo costrittivo del provvedimento* (prevedendo all'art. 16 che la violazione dei doveri in esso contenuti "integra comportamenti contrari ai doveri d'ufficio"), *configurandolo quale "fonte diretta di responsabilità disciplinare"* - senza che sia necessaria la mediazione della contrattazione collettiva, così relegata ad un ruolo marginale - e attribuendogli rilevanza ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile quando le stesse siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi e regolamenti. Con riferimento a tale ultimo aspetto, è bene evidenziare che il rilievo giuridico connesso a responsabilità di carattere soprattutto contabile costituisce il maggior deterrente introdotto dalla norma.

Giova anche sottolineare sin d'ora che la *ratio* sottesa alla nuova e più rigorosa disciplina si coglie nell'intento di annettere alla previsione del rilievo disciplinare la finalità di rendere il Codice di comportamento uno strumento efficace nei confronti di coloro che non si adeguino spontaneamente a principi che dovrebbero essere connaturali, conosciuti e seguiti non solo senza alcuna imposizione, ma con fierezza e personale impegno da chi è posto al servizio dei cittadini.

(2) http://public.cittametropolitana.ct.it/public/Amministrazione-Trasparente/upload/RELAZIONE_ILLUSTRATIVA_CODICE_PRVCT.pdf.

(3) <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/amministrativo/primiPiani/2013/10/dipendenti-pubblici-obblighi-piu-stringenti-con-il-codice-di-comportamento.php>.

2. Ambito di applicabilità del nuovo Codice di comportamento e suoi contenuti.

L'ambito soggettivo di applicazione del nuovo Codice ricomprende non solo i dipendenti pubblici c.d. contrattualizzati (delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del citato d.lgs. n. 165/2001, il cui rapporto di lavoro è disciplinato in base all'art. 2, commi 2 e 3, del medesimo decreto (4)) ma è esteso, nei limiti di compatibilità, a coloro che, pur estranei alla P.A., siano ad essa legati da rapporti di collaborazione professionale e di consulenza, rilevando, piuttosto che la natura giuridica del rapporto di lavoro che lega il soggetto alla Pubblica Amministrazione, la funzionalizzazione dell'attività al perseguimento di interessi pubblici. A tale scopo le Amministrazioni sono tenute a inserire, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizione delle collaborazioni o dei servizi, clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal Codice.

Tale ultimo aspetto costituisce un *quid novi* rispetto al passato, così come inedita è la specifica sezione dedicata ai doveri dei dirigenti, *in primis* quello di aver un comportamento integerrimo improntato a lealtà, diligenza e puntualità nell'adempimento dei propri compiti e nel porre a frutto tutte le risorse umane disponibili per l'ottimale andamento dell'ufficio.

È bene precisare inoltre che il Codice non si applica alle Magistrature e all'Avvocatura dello Stato: esclusione riconducibile alla peculiare posizione di indipendenza e imparzialità ad esse costituzionalmente riconosciuta. Nei confronti, invece, delle altre categorie indicate dall'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001 (carriera prefettizia, diplomatica, forze di polizia, corpo militare, corpo nazionale dei vigili del fuoco) le norme del codice costituiscono principi di comportamento e trovano applicazione solo in quanto compatibili con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti e, dunque, nel rispetto delle loro peculiarità ordinamentali.

Quanto ai contenuti, il riformato strumento, dopo la definizione dell'ambito di applicazione e il richiamo ad alcuni principi ai quali il pubblico dipendente deve informare la propria prestazione lavorativa (che potremmo definire dell'"etica del dovere": correttezza, diligenza, imparzialità, legalità ecc; e della "responsabilità") e, più in generale, alle qualità etiche che deve dimostrare nel proprio comportamento (lealtà e buona condotta), procede alla tipizzazione delle condotte illecite, necessaria in quanto esse costituiscono fonte diretta di responsabilità disciplinare (eventualmente concorrente con altre forme di responsabilità), come si chiarirà ulteriormente in prosieguo.

(4) C. BENUSSI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici ha ora natura regolamentare*, 18 giugno 2013, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/2365-il-codice-di-comportamento-dei-dipendenti-pubblici-ha-ora-natura-regolamentare>.

Ancorché rechi precetti puntuali e indicazioni operative, il suo impianto dispositivo, composto di 17 articoli, si pone come contenuto minimo, caratterizzato da una struttura asciutta, necessariamente e doverosamente suscettibile di integrazione e ulteriore specificazione. Ciò attraverso due percorsi distinti: da un lato, con l'esplicitazione dei doveri connessi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, dei quali la legge n. 190/2012 afferma del pari la valenza a fini disciplinari; dall'altro, con i codici adottati dalle singole amministrazioni, in ragione delle specificità dell'organizzazione e delle competenze istituzionali, nonché della rete dei rapporti con i cittadini-utenti.

Il rinnovato strumento dispositivo, rispondendo a quanto statuito dalla legge n. 190/2012 (come contenuto obbligatorio), contiene, in applicazione del principio di imparzialità dell'attività amministrativa, specifiche prescrizioni afferenti al divieto per il dipendente di chiedere, sollecitare o di accettare, per sé o per altri e a qualsiasi titolo (quindi, anche sotto forma di sconto), compensi, «regali o altre utilità» (fatti salvi quelli d'uso e di modico valore non superiore, in via orientativa, a 150 euro), ricomprendendo in questo contesto anche un divieto di collaborazioni con soggetti privati «che abbiano o abbiano avuto nel biennio precedente un interesse significativo in decisioni o attività inerenti l'ufficio di appartenenza».

Più in generale, dalla lettura delle previsioni contenute nel Codice emerge in tutta evidenza un rafforzamento dell'attenzione al tema dei conflitti di interesse, sia reali che apparenti, e in questo senso è palese la coerenza dello strumento con una disciplina volta a prevenire i fenomeni di malcostume.

Al riguardo rilevano, in particolare, gli obblighi:

- per il dipendente, di astenersi «dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti le sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi» di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli «derivanti dall'intento di assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici»; di comunicare, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, «tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione» avuti con soggetti privati negli ultimi tre anni e in qualunque modo retribuiti, oltre che di precisare se con lo stesso (o con il di lui coniuge o convivente o parenti o affini entro il secondo grado) i rapporti finanziari sussistano ancora;

- per il dirigente, prima di assumere le sue funzioni, di rappresentare all'amministrazione «le partecipazioni azionarie e gli altri interessi finanziari» che possano porlo in conflitto d'interesse con le funzioni pubbliche che svolge.

Strumentali al contenimento di eventuali situazioni di conflitto, tra la funzione pubblica e interessi privati, propri o di terzi, sono altresì i previsti obblighi di *disclosure* (la tempestiva comunicazione da parte del dipendente al responsabile dell'ufficio della propria «adesione o appartenenza» ad associazioni od organizzazioni - esclusi partiti politici e sindacati - i cui ambiti di interesse possano interferire con lo svolgimento delle attività dell'ufficio).

Meritevoli di specifica menzione, tra gli altri, gli ulteriori obblighi fissati nell'articolato, rispondenti a principi di imparzialità e di parità di trattamento dei destinatari dell'azione amministrativa, nonché di utilizzo delle prerogative e poteri pubblici a fini esclusivamente di interesse generale. In tale contesto rileva, in particolare, il dovere:

- di assicurare la trasparenza e la tracciabilità dei processi decisionali adottati che dovrà «essere, in tutti i casi, garantita attraverso un adeguato supporto documentale, che consenta in ogni momento la replicabilità»;

- di «comportamento nei rapporti privati» e «in servizio» e all'interno dell'organizzazione amministrativa. Rileva, in particolare, il dovere, nella trattazione delle pratiche, di rispettare, salvo diverse esigenze di servizio o diversa disposizione di priorità stabilito dall'amministrazione di appartenenza, l'ordine cronologico e di non rifiutare, con motivazioni generiche, le prestazioni a cui sia tenuto;

- di «rispetto dei vincoli posti dall'amministrazione» nell'utilizzo del materiale o delle attrezzature assegnate ai dipendenti per ragioni di ufficio, anche con riferimento ai servizi telematici e alle linee telefoniche dell'ufficio».

Il Codice dedica infine particolare attenzione al comportamento che il dipendente deve osservare nei rapporti con il pubblico, declinandolo in una pluralità di doveri (di cortesia e precisione; di fornire spiegazioni; di rispetto degli standard di qualità ecc).

3. Valenza giuridica del nuovo Codice sul piano della responsabilità dei pubblici funzionari.

Come già accennato, un profilo certamente decisivo del riformato Codice risiede nella sua autonoma valenza a fini disciplinari (5), che prescinde dal collegamento contrattuale con le relative sanzioni: i doveri preesistono e sono indisponibili rispetto alle dinamiche negoziali (6).

Depone nel senso anche il tenore letterale del novellato art. 54 del d. lgs. n. 165/2001 e, in particolare, del comma 3, a mente del quale la violazione dei doveri d'ufficio contenuti nel codice di comportamento «è fonte di responsabilità disciplinare», da accertare all'esito del procedimento disciplinare e nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni.

Ciò ferme restando le ipotesi in cui la violazione delle disposizioni contenute nel Codice, nonché dei doveri e degli obblighi previsti dal piano di prevenzione della corruzione, diano luogo anche a responsabilità penale, civile, amministrativa e contabile del pubblico dipendente.

(5) Valenza che, alla luce del comma 5 dell'art. 54 del d. lgs. n. 165/2001, si estende anche ai codici adottati da ciascuna Amministrazione.

(6) Cfr. B.G. MATTARELLA, *I codici di comportamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1, 1996, 275 ss.; E. CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2002, 319 ss.

L'eventuale, concorrente rilevanza della violazione dei doveri posti dal Codice anche sul piano della responsabilità civile, amministrativa o contabile costituisce una previsione ricognitiva di un fenomeno già esistente, in quanto sono numerose le sentenze della Corte dei conti, dei giudici del lavoro e dei giudici penali che dal rispetto o dalla violazione del Codice di comportamento traggono elementi per affermare o negare l'una o l'altra di quelle forme di responsabilità (7).

In sostanza, per effetto della "giuridicizzazione" operata dal Codice vigente, alle regole di comportamento imposte al pubblico dipendente corrisponde il diritto di pretenderne il rispetto da parte dell'Amministrazione, dei colleghi e degli amministrati, agendo in caso di loro violazione per far valere, in primo luogo, la responsabilità disciplinare del dipendente, ma anche eventualmente concorrenti titoli di responsabilità (cfr. art. 16 del Codice), posto che uno stesso fatto può assumere rilievo per le leggi amministrative, civili o penali, come recita l'art. 28 Cost.

Esemplificativa, al riguardo, è l'ipotesi della responsabilità amministrativa, avente carattere risarcitorio, per danno erariale connesso alla violazione di prescrizioni del Codice, con condotta caratterizzata da dolo o colpa grave.

Orbene, se del precedente Codice del 2000 si osservava la sua scarsa effettività in ragione dell'assenza della previsione di alcuna forma di responsabilità e, dunque, di sanzioni (8), la questione parrebbe ormai superata con la scelta operata di contemplare una precisa e complessa dimensione di responsabilità. L'efficacia del previgente Codice del 2000 era, invero, problematica anche perché, a fronte della codificazione unilaterale dei doveri realizzata tramite decreto governativo, era comunque contemplata un'altra determinazione degli obblighi del dipendente, rimessa al codice disciplinare e realizzata attraverso la contrattazione collettiva: per cui la domanda era quale fosse la responsabilità che discendeva dal codice ex art. 54 del d. lgs. n. 165/2001, se la responsabilità disciplinare già scaturiva dal rapporto contrattuale degli impiegati pubblici (9).

Nella nuova formulazione del più volte menzionato art. 54 si coglie chia-

(7) http://www.sileaspa.it/files/news/Relazione_Guida_II.pdf.

(8) Tali erano le osservazioni riportate da B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà: etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007, 164 ss., benché l'A. ritenesse che l'assenza di tale previsione fosse assolutamente dovuta ad una sorta di priorità logica: il vecchio art. 54 del d.lgs. n. 165/2001 impostava l'intervento di risanamento degli apparati pubblici a partire dallo strumento del codice, con valenza di mero indirizzo dei comportamenti, e il successivo art. 55 demandava ai contratti collettivi la determinazione dei doveri e degli illeciti da cui potevano scaturire sanzioni.

(9) G. NOVIELLO, V. TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato: infrazioni, sanzioni e codice disciplinare, codici di comportamento, procedimento e natura dei relativi termini, responsabilità disciplinare del dirigente, incompatibilità e riflessi disciplinari, rapporti tra illecito penale e disciplinare, sospensione cautelare, (ricorsi amministrativi, ricorso giurisdizionale, conciliazione e arbitrato disciplinare), accesso e privacy*, Milano, Giuffrè, 2002, 100 ss.

ramente la significativa innovazione riguardo alla previgente versione, che postulava, invece, un coordinamento dei principi del Codice con le previsioni dei contratti: nel nuovo assetto normativo alla fonte negoziale compete l'individuazione delle infrazioni e delle sanzioni, ma ciò a valle della definizione dei doveri comportamentali operata con regolamento e fonti unilaterali.

La previsione è ulteriormente rafforzata dall'ultimo passaggio del terzo comma, a mente del quale violazioni gravi o reiterate del Codice comportano l'irrogazione della sanzione del licenziamento *ex lege* (art. 55-*quater*, comma 1), a fronte di una serie di ipotesi legate essenzialmente a violazioni, ritenute particolarmente gravi, di doveri di diligenza e prestazione lavorativa (a titolo esemplificativo: falsa attestazione della presenza in servizio; ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio; falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni in carriera; reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui).

Va anche precisato sul punto che, al di fuori della dimensione disciplinare, le norme in questione hanno un autonomo rilievo e assumono una propria efficacia in termini anche sanzionatori laddove la violazione dei doveri sia "grave" o reiterata" (10).

Ritenuto, dunque, alla luce di quanto sopra argomentato, superato ogni dubbio residuo sulla natura solo etica o deontologica dei codici (11), non possono, certo, sottacersi una serie di problemi di "messa a sistema" posti dalla norma primaria. Tra questi, ad esempio: quali siano le sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni del codice ancorché non "gravi o reiterate"; come si raccordino i doveri del Codice con le sanzioni disciplinari definite dalla contrattazione, laddove potrebbe ipotizzarsi un nuovo assetto in cui a quest'ultima risulterebbe rimessa la previsione delle tipologie di sanzioni, ma non anche il raccordo tra queste e i doveri posti unilateralmente attraverso i Codici di comportamento. Infatti, secondo il D.P.R. n. 62/2013, ai fini della determinazione del tipo e dell'entità della sanzione disciplinare la violazione è valutata con riguardo alla gravità del comportamento e all'entità del pregiudizio, anche morale, derivatone al decoro o al prestigio dell'amministrazione e le sanzioni risultano dunque essere quelle previste dalla legge, dai regolamenti e dai contratti collettivi.

Infine, deve ritenersi che, se una certa violazione non è sanzionata dai

(10) E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Le istituzioni del federalismo: bimestrale di studi giuridici e politici della Regione Emilia Romagna*, n. 2/2013, 377-407, fasc. A. 34.

(11) F. MERLONI, *Codici di comportamento*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI - M.A. SANDULLI (a cura di), *Diritto Amministrativo*, in *Il libro dell'anno del diritto*, 2014, Ist. Enc. Treccani, Roma.

contratti, prevarrà la legge e il procedimento disciplinare dovrà comunque essere avviato. In pratica, occorrerà ricondurre la violazione, non espressamente prevista, a una delle generiche previsioni normalmente contenute nei contratti. E, dato che la legge non dispone in ordine alla fase transitoria, deve ritenersi che l'obbligo di attribuire rilievo disciplinare delle violazioni sia immediato, senza bisogno di attendere la prossima tornata contrattuale (12).

Ne deriva, evidentemente, una maggiore importanza del Codice di comportamento: di tutte le sue previsioni, anche di quelle finora trascurate dai contratti collettivi e che, quindi, i dipendenti pubblici potevano permettersi di ignorare. Nessuna previsione può più essere ignorata, salvo incorrere in responsabilità disciplinare. Ne consegue, ovviamente, come corollario, anche una più significativa rilevanza dell'attività di formazione e informazione sul tema e di quella di vigilanza sul rispetto del Codice.

4. Considerazioni conclusive.

Il nuovo Codice del 2013 non è più da considerare come mero strumento di prevenzione, partecipando della dimensione repressiva che, come si è visto, è ampiamente presente nella legge n. 190/2012. Si può fondatamente argomentare che la finalità perseguita dal Codice rimanga primariamente quella di costituire una tavola di riferimento per il dipendente pubblico, che lo aiuti a orientarsi nello svolgimento dei suoi compiti a servizio della collettività; ma che a questa funzione fondamentale, che si dispiega sul piano preventivo, se ne affianca una nuova, integrata dalla configurazione di specifici profili di responsabilità, in presenza dei quali il dipendente sarà evidentemente colpito da un diversificato spettro di sanzioni, ivi compresa quella più grave, consistente nel licenziamento.

La valenza giuridica del testo normativo qui esaminata cambia, pertanto, radicalmente rispetto ai Codici che l'hanno preceduto, risultando così uno strumento potenzialmente più efficace nell'estirpare condotte contrarie e incompatibili con l'interesse della collettività.

Si reputa tuttavia che il maggior effetto deterrente introdotto dalla norma non sia tanto il rilievo disciplinare, quanto quello giuridico connesso a responsabilità di carattere soprattutto contabile (oltre che civile e amministrativo), laddove a causa del comportamento scorretto del dipendente si siano prodotti danni (anche da disservizio o anche da lesione di interesse legittimo per eccesso di potere in caso di disparità di trattamento), fonte di responsabilità risarcitoria a carico della P.A., e quindi, in caso di dolo o colpa grave, a sua volta a carico di chi ne è stato l'autore (ai sensi dell'art. 1 della legge n. 20/1994) (13).

(12) B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2013.

(13) P.M. ZERMAN, *Il nuovo codice di comportamento - I doveri del dirigente pubblico*. (DPR 13 aprile 2013, n. 62), Associazione Nazionale Notifiche Atti.

Il Codice di comportamento in parola si colloca in tale logica: benché esso non si qualifichi quale codice etico, indubbiamente risponde all'esigenza di riaffermare le regole irrinunciabili e fondamentali del pubblico agire, e di indirizzare il personale pubblico verso condotte di integrità, se non addirittura di moralità, che complessivamente si possono ricomprendere nella formula dell'«etica pubblica». Formula che definisce il corretto agire dei pubblici agenti al servizio della collettività e che comprende al suo interno tanto il rispetto della legge quanto la soddisfazione ultima degli interessi protetti, delle giuste aspirazioni dei cittadini utenti, nella tutela della loro dignità (14).

È difficile prevedere quale impatto il Codice potrà avere nella correzione del fenomeno della *maladministration*, ma è immaginabile che non basti tale strumento a ri-orientare i comportamenti e le scelte dei «cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche», i cui valori fondamentali e la cui formazione personale - prima ancora che professionale - sono le vere condizioni che determinano un agire di rigore e di coscienziosità. O meglio, lo strumento potrà bastare a ri-orientare i comportamenti nella misura in cui le regole di questo e di futuri codici di comportamento, o addirittura etici, verranno «interiorizzate» dai singoli membri della pubblica amministrazione, e andranno dunque a rappresentare la «tavola valoriale» capace di orientare le loro decisioni. Ma occorre, appunto, che esso si appelli effettivamente alla deontologia di chi svolge pubbliche funzioni e che possa essere da costoro fatto proprio: come è stato osservato in un intervento del presidente della Corte dei conti che risale già al 2011 «per arginare questo fenomeno, un ruolo fondamentale può svolgere l'etica, vale a dire la propria, intima, tensione morale del funzionario pubblico al suo corretto agire». L'elemento umano rimane dunque centrale ed irrinunciabile, e solo se su di esso il nuovo complesso di regole di comportamento riuscirà a svolgere una funzione di rigenerazione di una coscienza etica si potrà considerare il codice un mezzo prezioso e produttivo di effetti virtuosi (15).

Conclusivamente, ripercorrendo l'evoluzione dei Codici di comportamento e dei profili di responsabilità correlativamente disciplinati, si può evidenziare un trend di progressiva riduzione della discrezionalità amministrativa - esercitata nel riempire di contenuto, attraverso un attivo ricorso allo strumento disciplinare, le regole etiche - cui ha corrisposto una progressiva codi-

(14) Secondo la definizione di V. CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione*, 28. F. RIVA, *Bene comune e lavoro sociale*, Roma, Edizioni Lavoro, 2012, 206, sottolinea il ruolo centrale che in un codice etico ha la corrispondenza tra la centralità della persona e la responsabilità in tutto l'ambito del lavoro sociale, quale è quello delle pubbliche amministrazioni: un codice «vincola alla responsabilità in quanto lavoro per le persone e con le persone».

(15) C. BUZZACCHI, *Il codice di comportamento come strumento preventivo della corruzione: l'orizzonte di un'etica pubblica*, in *Amministrazione in Cammino*, 22 maggio 2013, 19 ss.

ficazione delle regole etiche accompagnata, però, a un minor ricorso allo strumento disciplinare.

La fase attuale, infine, vede ancor di più compressa la discrezionalità amministrativa, non solo nell'individuazione delle regole di comportamento, ma anche nell'*an* dell'esercizio dell'azione disciplinare, tenuto conto dell'obbligatorietà, più volte richiamata, di quest'ultima nei casi di violazione delle norme contenute nei codici.

Nelle intenzioni legislative, l'irrigidimento ora evidenziato ha lo scopo di assicurare una maggior tutela dei diritti dei cittadini, che usufruiscono dei servizi pubblici e appare, purtroppo, il chiaro riflesso della crescente e allarmante sfiducia dei cittadini nell'operato delle amministrazioni.

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Che cosa è un nome? (*) Brevi appunti sul diritto al nome

*Roberto de Felice***

1. Operazione fondamentale di ogni comunità umana, dalle più primitive, è quella di distinguere identificare e in una parola dare un nome ai propri componenti, esseri unici e irripetibili (1). Individuarli è un'operazione quasi sacra, l'antroponimo o più in generale il nome si rivela, nelle religioni primitive o in leggende pervenuteci, essere qualcosa di primordiale, altamente segreto (2) e a volte sacro da rivelare e pronunciare (3).

(*) *Romeo and Juliet*, Act II, Scene II: "What's in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet".

(**) Avvocato dello Stato.

In tema si rinvia a GIULIA FABRIZI, *Brevi note sulla trasmissibilità alla nascita del cognome materno dopo la sentenza della Corte EDU Cusan e Fazzo c. Italia del 7 gennaio 2014*, n. 77. Nota a Corte Costituzionale n. 286 del 21 dicembre 2016, in questa *Rass.*, p. 97 ss.

(1) STEFANO VISENTIN *Potere del nome e potenza del linguaggio. Il Discorso sulla servitù volontaria di Etienne de La Boétie* secondo cui, "Ognuno si immedesima nel nome che gli permette di ricostruisce un'unità immaginaria, mitica, che lo rinvia ad un'immagine di sé e della società completa, risolta, appunto unitaria: in questo senso il tiranno è il nostro nome, nella misura in cui ciascun individuo desidera - e lo desidera effettivamente - di (tornare a) essere uno - uno in sé e uno con gli altri", in <http://isonomia.uniurb.it/vecchiiserie/2007visentin.pdf>.

(2) *Turandot*, Atto III, scena 1: "Ma il mio mistero è chiuso in me, il nome mio nessun saprà".

(3) "Nomen est omen", dicevano i romani, il nome è un presagio, perché in esso è racchiusa la vita di una persona. Ma anche in altre civiltà era diffusa la credenza che il nome rappresentasse una predestinazione legata al suo possessore; si pensava persino che sapendo come si chiamava un individuo, si potesse esercitare un influsso su di lui. I nomi dei sovrani egiziani venivano scolpiti sui monumenti per garantire il prolungarsi della loro vita al di là della morte: perciò il peggiore castigo era la cancellazione dell'iscrizione, quella che per i Romani era la "damnatio memoriae", cioè l'eliminazione del nome dai documenti e dai monumenti. E d'altronde ancora oggi il nome che i genitori danno al loro bimbo

2. Nella realtà giuridica odierna, il diritto al nome è fondamentale (4): dalla tutela di tale attributo fondamentale della persona di cui agli articoli da 6 a 9 cc, come diritto assoluto della stessa alla inconcepibilità di un essere umano senza nome come stabilito dall'art. 24 comma 2 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (5) (approvato dall'Assemblea Generale ONU

esprime le aspettative che essi ripongono nel figlio. Quando poi gli uomini entrano in una nuova condizione, hanno bisogno di un'altra denominazione: si pensi ai re appena incoronati o alla nomina del Papa. Il cambiamento di nome ha sempre avuto una valenza notevole e la letteratura è ricca di mutamenti, da Shakespeare nel Re Lear a Pirandello nel Fu Mattia Pascal, dai classici a molti altri autori più recenti. Si pensi a Ulisse, che disse a Polifemo di chiamarsi "Nessuno" e si salvò così la vita, o ai Fisici di Dürrenmatt, che non si sa chi siano davvero, o a Saulo di Tarso che cambiò il suo atteggiamento nei confronti dei cristiani e venne chiamato Paolo, oppure ancora agli attori e ai personaggi dello spettacolo, che usano un nome d'arte. Si pensi al nome di Dio, che per la religione cristiana cattolica non deve essere nominato invano, "Non nominare il nome di Dio invano"; o al Corano, che in relazione al nome di Allah afferma, "Ad Allah appartengono i nomi più belli: invocatelo con quelli" (Corano, Al-A'râf, 180); ancora alla titolatura reale dei faraoni, l'insieme dei nomi e degli epiteti con cui nell'antico Egitto ci si riferiva al sovrano, l'insieme di tali termini era definita *Grandi nomi*. Il sovrano era considerato l'incarnazione del dio-falco Horo e disponeva, dalla V dinastia, di una titolatura regale costituita da cinque nomi, detti Grandi Nomi di cui due si richiamavano, appunto, a tale divinità: il nome Horo; il nome Nebty (o "le Due Signore"); il nome (Bik nebu) Horo d'oro; il prenome (Nesut bity) (o nome di trono); il nomen (Sa Ra) (o nome personale).

(4) Il Code Napoléon e i codici civili preunitari non contemplavano espressamente il diritto al nome. Il cc italiano del 1865, in particolare, vi accennava soltanto nel titolo degli atti dello stato civile, senza alcun riferimento ad esso come a un diritto della personalità. Il codice del 1942, pur dedicando ad esso gli artt. 6 e ss. sembrava comunque ricondurlo ad una logica proprietaria. Infatti, una delle prime teorie dottrinali in materia, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1954, 50-51, il diritto al nome doveva essere inquadrato in uno schema prettamente pubblicistico, al fine di distinguere i consociati l'uno dall'altro, per esigenze di ordine pubblico. Risalente è la concezione di STOLFI, *I segni di distinzione personale*, 1905, 85 ss., costruiva il diritto al nome secondo lo schema del diritto di proprietà (sul nome), al fine di affermarne l'inviolabilità, inalienabilità e imprescrittibilità. La dottrina dominante ha da tempo superato sia la concezione del *dominium*, che quella pubblicistica, mettendo in luce come il diritto al nome ex art. 6 cc avesse natura di diritto soggettivo personale, espressivo dell'identità personale del singolo individuo e come tale essenziale, imprescrittibile, irrinunciabile, indisponibile. BESSONE e FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)* in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, 193-223; MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, 1984, 46-51, secondo cui "vi sono diritti a struttura complessa, che presentano caratteri tali da sfuggire a qualsiasi elementare classificazione in termini di ciò che è fisico e di ciò che è morale. E il diritto al nome ne costituisce un chiaro esempio. Esso infatti designa la persona umana nel suo complesso". DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* 1982, "Il nome è strettamente inerente alla persona che rappresenta ed individua in sé medesima e nelle sue azioni (...) Per mezzo di quel segno distintivo che è il nome, si realizza il bene dell'identità, consistente nel distinguersi nei rapporti sociali dalle altre persone, risultando per chi si è realmente (...). BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, 1990, 175, secondo cui "Il diritto al nome tutela un interesse che è reputato essenziale della persona". NIVARRA L., RICCIUTO V. e SCOGNAMIGLIO C., *Diritto privato. I diritti della persona*, in *Foro Italiano*, "Inteso come diritto della persona, il nome non ha più finalità meramente identificativa ispirata ad un'elementare esigenza di ordine pubblico: esso assume la qualità di attributo fondamentale del soggetto; è espressione in grado di riassumere e riferire qualità e caratteri a quel determinato soggetto; diviene elemento attraverso il quale il singolo può agire e distinguersi dalla massa indefinita degli altri consociati".

(5) L'art. 24, 2 co. dispone che "Ogni fanciullo deve essere registrato subito dopo la nascita ed avere un nome" (<https://www.unric.org/html/italian/humanrights/patti2d.html>).

a New York il 16 dicembre 1966 e ratificato con legge del 25 ottobre 1977 n. 881, in vigore per l'Italia dal 15 dicembre 1978), dall'art. 7 della Convenzione sui diritti dell'infanzia (6) (fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata con legge del 27 maggio 1991 n. 176, vigente dal 12 giugno 1991 e in vigore per l'Italia dal 5 ottobre 1991). L'antroponimo (oggi in Italia costituito da prenome e cognome) segue precise regole di determinazione e trasmissione all'interno della società (7). Tali regole sono, come si vedrà improntate a una marcata preminenza sociale del padre del nominando, il cui cognome è trasmesso nella maggior parte dei casi, e, quindi discriminano la madre rispondendo a superate concezioni patriarcali (8).

3. Le regole pertinenti (9) in diritto italiano possono essere riassunte come segue:

I. è di competenza dell'ufficiale di stato civile imporre il prenome non scelto dall'avente diritto nella dichiarazione di nascita (10), ovvero anche il cognome nel caso di minore abbandonato (11) o di genitori ignoti (12), - ipotesi da riferirsi ai casi in cui i genitori non abbiano abbandonato il figlio subito dopo la nascita, ma non abbiano dichiarato le proprie generalità ovvero le abbiano declinate in modo falso - ;

II. i figli nati in costanza di matrimonio (già legittimi) assumono il co-

(6) Art. 7: 1. Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi. 2. Gli Stati parti vigilano affinché questi diritti siano attuati in conformità con la loro legislazione nazionale e con gli obblighi che sono imposti loro dagli strumenti internazionali applicabili in materia, in particolare nei casi in cui, se ciò non fosse fatto, il fanciullo verrebbe a trovarsi apolide”.

(7) Segnatamente, le norme oggetto della sentenza in epigrafe, artt. 237, 262 e 299 del cc; 72, primo comma, del Regio Decreto 9 luglio 1939, n. 1238 e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396.

(8) La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 286 del 2016, ha richiamato le precedenti considerazioni svolte nella pregressa pronuncia n. 61 del 2006, definendo il sistema di trasmissione del cognome “retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell’ordinamento e con il valore costituzionale dell’uguaglianza tra uomo e donna”.

(9) Che, in diritto internazionale privato, sono determinate dalla legge nazionale ai sensi della Convenzione di Monaco del 5 settembre 1980, ratificata con legge 19 novembre 1984 n. 950, art. 1, con una significativa eccezione operata dall'art. 5 ove la legge nazionale del neonato non sia determinabile.

(10) Art. 29, co. 4. del d.P.R. n. 396 del 2000, “Se il dichiarante non dà un nome al bambino, vi supplisce l'ufficiale dello stato civile”.

(11) Art. 38, del d.P.R. citato, “Chiunque trova un bambino abbandonato deve affidarlo ad un istituto o ad una casa di cura. Il direttore della struttura che accoglie il bambino ne dà immediata comunicazione all'ufficiale dello stato civile del comune dove è avvenuto il ritrovamento. L'ufficiale dello stato civile iscrive negli archivi di cui all'art. 10 apposito processo verbale nel quale indica l'età apparente ed il sesso del bambino, così come risultanti nella comunicazione a lui pervenuta, ed impone un cognome ed un nome, informandone immediatamente il giudice tutelare e il tribunale per i minorenni per l'espletamento delle incombenze di rispettiva competenza”.

(12) Art. 29, co. 5 del d.P.R. citato, “Quando si tratta di bambini di cui non sono conosciuti i genitori, l'ufficiale dello stato civile impone ad essi il nome ed il cognome”.

gnome del padre in base a un complesso di norme e principi ben analizzate nella sentenza della Corte Costituzionale n. 286/2016 (13);

III. ai figli legittimati (14) veniva attribuita la qualità di figlio legittimo e con essa il cognome paterno, salva la diversa scelta di mantenere il cognome precedente ovvero di anteporre o aggiungere ad esso il cognome paterno, sancita dal d.P.R. 396, già citato;

IV. per il figlio nato fuori del matrimonio (già naturale) sussistono ipotesi distinte:

α) il figlio riconosciuto dalla sola madre assume il cognome materno, peraltro, salvo il caso della dichiarazione espressa della madre di non volere essere nominata nell'atto di nascita, il riconoscimento della madre è sostanzialmente inutile in quanto il processo verbale redatto dai sanitari che assistono la partoriente la identifica, ove possibile;

β) il figlio riconosciuto congiuntamente dai genitori alla nascita o successivamente assume il cognome paterno (15);

γ) il figlio riconosciuto solo successivamente dal padre per atto unilaterale o il cui legame di filiazione sia stabilito con sentenza dal giudice, può, ai sensi dell'art. 262 cc, assumere il cognome paterno in aggiunta o in sostituzione di quello materno, autonomamente se maggiorenne (16);

δ) nell'ipotesi di minore la decisione di assumere il cognome paterno viene effettuata dai legali rappresentanti, ove questi sia riconosciuto solo successivamente dal padre deve essere ratificata dall'autorità giudiziaria (17) che deve ascoltare il minore che abbia compiuto gli anni dodici o anche di età inferiore se sufficientemente maturo. Inoltre, l'attuale comma 3 dell'art. 262 del cc, come aggiunto dall'art. 27 comma 1 B del d. lgs. n. 154 del 2013 consente di mantenere il cognome originario imposto dall'ufficiale di stato civile al figlio abbandonato o di ignoti solo se è divenuto segno autonomo della sua identità (18).

(13) Artt. 237, 262 e 299 del cc; 72, primo comma, del Regio Decreto 9 luglio 1939, n. 1238 e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396.

(14) La legittimazione è stata soppressa dall'art. 1, comma 10 della legge 10 dicembre 2012 n. 219 e conferiva al figlio naturale legittimato dal susseguente matrimonio dei genitori ai sensi dell'art. 283 del cc, ovvero dal provvedimento del giudice ai sensi dell'art. 284 del cc (a suo tempo per decreto reale o del capo dello Stato) la qualità di figlio legittimo.

(15) Art. 262, 1 co., II periodo, cc, *“Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome del padre”*.

(16) Art. 262, 2 e 3 co., cc, *“Se la filiazione nei confronti del padre è stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, il figlio può assumere il cognome del padre aggiungendolo, anteponendolo o sostituendolo a quello della madre. Se la filiazione nei confronti del genitore è stata accertata o riconosciuta successivamente all'attribuzione del cognome da parte dell'ufficiale dello stato civile, si applica il primo e il secondo comma del presente art.; il figlio può mantenere il cognome precedentemente attribuitogli, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale, aggiungendolo, anteponendolo o sostituendolo al cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento da parte di entrambi”*.

(17) Ai sensi dell'art. 262 ultimo comma del cc, come aggiunto dall'art. 27 comma 1 del d. lgs. 28 dicembre 2013 n. 154.

ε) nel quinto caso, previsto dall'art. 33 comma 2 del citato d.P.R. 396 del 2000 è fatta salva la facoltà del maggiorenne, il cui cognome sia variato, sia per riconoscimento negoziale o giudiziale da parte di uno o di entrambi i genitori, sia per legittimazione, di conservare il cognome originario attribuito dall'ufficiale di stato civile ovvero di anteporre o aggiungere a tale originario cognome quello nuovo; tale facoltà deve essere esercitata entro un anno dalla conoscenza della variazione del proprio cognome, espressa anche nel caso in cui il cognome sia mutato a seguito del cambiamento del nome del genitore che lo abbia trasmesso (19).

V. Quanto alla filiazione adottiva, consentita, nella lettera originaria del cc, a tutti i maggiorenni, senza figli legittimi o naturali, nei confronti di adottati minorenni o maggiorenni, è sempre valsa la regola della aggiunta del cognome dell'adottante al cognome dell'adottato (20). L'adottante poteva essere persona non coniugata o di sesso femminile (21). L'adozione dei minori, inizialmente denominata *adozione speciale*, venne introdotta dalla legge 5 giugno 1967 n. 831, sicché le norme di cui agli articoli 291 e seguenti del cc sono rimaste riservate alla adozione di persone di maggiore età. È appena il caso di ricordare che a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 19 maggio 1988 n. 537 (22) tale forma di adozione è stata consentita anche in presenza di discendenti legittimi che a ciò consentano; previsione estesa ai figli naturali dalla successiva decisione della Consulta del 20 luglio 2004 n. 245 (23). Tanto nella adozione speciale di cui all'art. 314/1 del cc, quanto nell'adozione legittimante di cui agli articoli 6 e ss. della legge 4 maggio 1983 n. 184, istituti entrambi riservati a coppie sposate ex art. 6 della legge 184 ed ex art. 314/2 del cc, l'adottato assume il cognome degli adottanti (art. 27 della legge 184, art. 314/26 del cc) cioè quello del padre adottivo in quanto suo figlio legittimo e coniuge della

(18) *“Se la filiazione nei confronti del genitore è stata accertata o riconosciuta successivamente all'attribuzione del cognome da parte dell'ufficiale dello stato civile, si applica il primo e il secondo comma del presente art.; il figlio può mantenere il cognome precedentemente attribuitogli, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale, aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo al cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento da parte di entrambi”*.

(19) Art. 33, co. 2, del d.P.R. 396 del 2000, *“Il figlio maggiorenne che subisce il cambiamento o la modifica del proprio cognome a seguito della variazione di quello del genitore da cui il cognome deriva, nonché il figlio nato fuori del matrimonio, riconosciuto, dopo il raggiungimento della maggiore età, da uno dei genitori o contemporaneamente da entrambi, hanno facoltà di scegliere, entro un anno dal giorno in cui ne vengono a conoscenza, di mantenere il cognome portato precedentemente, se diverso, ovvero di aggiungere o di anteporre ad esso, a loro scelta, quello del genitore”*.

(20) Ai sensi dell'art. 299, 1 co., cc, *“L'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio”*.

(21) Ai sensi del comma 3 dell'art. 299, cc, *“Se l'adozione è compiuta da coniugi, l'adottato assume il cognome del marito”*, mentre, ai sensi del comma 4, *“Se l'adozione è compiuta da una donna maritata, l'adottato, che non sia figlio del marito, assume il cognome della famiglia di lei”*.

(22) Pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 21 del 25 maggio 1988.

(23) Pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 29 del 28 luglio 2004.

madre adottiva. Per l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44 della legge 184 del 1983, l'art. 55 della stessa legge opera un incongruo rinvio all'art. 299 del cc, così estendendo le stesse norme relative agli adottati maggiorenni che sanciscono il principio dell'aggiunta del cognome dell'adottante.

VI. Nel soppresso istituto dell'*affiliazione* (24), in cui una persona di fiducia, cui fosse stato affidato dall'istituto della pubblica assistenza un minore, poteva essere nominato, come diremmo oggi, affidatario permanente del minore, assumendo i poteri della potestà genitoriale e l'obbligo di mantenimento, di istruzione ed educazione, senza creare alcun rapporto di parentela o successorio e con una crudele previsione di revocabilità dell'*affiliazione* in caso di *traviamento* del minore, il cognome dell'affiliante poteva essere attribuito, su richiesta del medesimo, all'affiliato, a meno che l'affiliato non fosse figlio legittimo o naturale, caso in cui il cognome dell'affiliato era aggiunto al precedente (25). L'*affiliazione*, come ricordato da Pietro Rescigno, era tipica di una società agricola, aumentava la forza lavoro del capofamiglia senza incidere sulle future aspettative degli eredi dell'affiliante. Ciò considerato, sarebbe stato quindi un caso affatto eccezionale - anche se possibile - che una donna coniugata affiliasse da sé sola un minore. Anche in questo caso poteva essere attribuito un solo cognome, quello dell'affiliante (generalmente maschio) e non, ad esempio, quello di sua moglie che ben poteva chiedere al giudice tutelare di affiliare a sua volta il minore, fermo restando l'esercizio esclusivo della patria potestà in capo al marito (26) ai sensi dell'art. 409 ultimo comma del cc, che rinviava alle norme sulla filiazione legittima. Dunque, avvenuta l'*affiliazione* parallela di due coniugi, era possibile solo attribuire il cognome del marito (27).

Conclusivamente, salvo il caso di figli abbandonati o privi di genitori i cui nomi fossero noti, in cui lo Stato impone d'ufficio nome e cognome, ai nati nel matrimonio è trasmesso il cognome paterno, per il complesso di norme e principi analizzati *infra* dalla Consulta, e ben espressi dalle regole III, IV β ed ε, e così avviene per i figli equiparati a quelli legittimi, i legittimati, e nel

(24) L'istituto dell'*affiliazione*, previsto dagli artt. 404-413 del codice civile, è stato abrogato dall'art. 77 della legge n. 184 del 1983.

(25) L'art. 408 del cc prevedeva che *“Il provvedimento che accoglie la domanda attribuisce al minore il cognome dell'affiliante, qualora questi ne abbia fatta richiesta. Se si tratta di un figlio legittimo o di un figlio naturale riconosciuto, il cognome dell'affiliante può soltanto essere aggiunto a quello del minore”*.

(26) Ai sensi dell'articolo 409 ultimo comma del codice civile che rinvia alle norme sulla filiazione legittima.

(27) Per le *affiliazioni* pronunciate in vigenza dell'istituto, restano fermi gli effetti, ma anche la possibilità di chiederne la revoca o l'estinzione. Sulla base di ciò, le indicazioni (vigenti) quando l'istituto dell'*affiliazione* era norma continuano a trovare applicazione. La L. 20 gennaio 1994, n. 48 è stata emanata proprio per queste contingenze, altrimenti l'affiliato, a seguito di revoca / estinzione dell'*affiliazione*, avrebbe continuato a portare il cognome derivante da tale istituto (abrogato 11 anni prima della L. 48/1994) senza altre possibilità. Dopo tale legge, conserva tale cognome, ma ha la facoltà di dimetterlo con la procedura ivi indicata.

caso di adozione legittimante e della soppressa adozione speciale. La stessa regola si applica al figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori, ad eccezione del caso del figlio riconosciuto successivamente dal padre cui però può spettare la facoltà di assumere il cognome paterno anche in sostituzione di quello materno, chiara espressione di una preferenza del legislatore in tal senso. Infine, nell'adozione particolare, a differenza di quella legittimante che vede come adottante una coppia coniugata, si applicano le regole dell'art. 299 cc richiamate dall'art. 55 L. 184, per cui, se ad adottare è una coppia, si aggiunge il cognome del marito. Nel solo caso di cui all'art. 44 b L. 184/83 il minore è adottato dal coniuge del suo genitore.

Le regole sul cognome generano non solo il diritto dovere dei figli di assumere e far valere il cognome del genitore, di solito quello maschio, ma anche il diritto del genitore di trasmettere il proprio cognome.

4. Che il citato d.P.R. 396 del 2000 preveda nell'attuale formulazione degli articoli da 89 a 94, grazie alle modifiche disposte dal d.P.R. del 13 marzo 2012 n. 54, la possibilità di cambiare il cognome o di aggiungerne uno con un procedimento celere e spedito, affidato al Prefetto (28) - una volta riservato ai soli casi di cognomi ridicoli, vergognosi o rivelanti origine illegittima - in cui il provvedimento prefettizio di concessione (29), può essere accordato per qualsiasi valida ragione (in precedenza, invece, la richiesta di cambiare cognome, per altre ragioni, erano di competenza del Ministro, e, precisamente del Ministro dell'Interno dall'entrata in vigore del d.P.R. 396 (30), in prece-

(28) L'art. 89 del d.P.R. n. 396 del 2000, modificato dall'articolo 2, comma 1, del D.P.R. 13 marzo 2012, n. 54, dispone che "1. Salvo quanto disposto per le rettificazioni, chiunque vuole cambiare il nome o aggiungere al proprio un altro nome ovvero vuole cambiare il cognome, anche perché ridicolo o vergognoso o perché rivela l'origine naturale o aggiungere al proprio un altro cognome, deve farne domanda al prefetto della provincia del luogo di residenza o di quello nella cui circoscrizione è situato l'ufficio dello stato civile dove si trova l'atto di nascita al quale la richiesta si riferisce. Nella domanda l'istante deve esporre le ragioni a fondamento della richiesta. 2. Nella domanda si deve indicare la modificazione che si vuole apportare al nome o al cognome oppure il nome o il cognome che si intende assumere. 3. In nessun caso può essere richiesta l'attribuzione di cognomi di importanza storica o comunque tali da indurre in errore circa l'appartenenza del richiedente a famiglie illustri o particolarmente note nel luogo in cui si trova l'atto di nascita del richiedente o nel luogo di sua residenza".

(29) La disciplina del decreto concessorio prefettizio è disciplinata dall'art. 91 del citato d.P.R. 396/2000, ad avviso del quale, "Trascorso il termine di cui all'articolo 91, il richiedente presenta al prefetto un esemplare dell'avviso con la relazione attestante l'eseguita affissione e la sua durata nonché la documentazione comprovante le avvenute notificazioni, ove prescritte. 2. Il prefetto, accertata la regolarità delle affissioni e delle notificazioni e vagliate le eventuali opposizioni, provvede sulla domanda con decreto. 3. Il decreto di concessione di cui al comma 2, nei casi in cui vi è stata opposizione, deve essere notificato, a cura del richiedente, agli opposenti".

(30) La disciplina originaria prevedeva all'art. 84 del d.P.R. 396 del 2000 che "Chiunque vuole cambiare cognome o aggiungere al proprio un altro cognome deve farne richiesta al Ministero dell'Interno esponendo le ragioni della domanda", e al successivo art. 85 che "La richiesta è presentata al prefetto della provincia dove il richiedente ha la residenza. Il prefetto assume sollecitamente informazioni sulla domanda e la spedisce al Ministero dell'Interno con il parere e con tutti i documenti necessari".

denza del Capo dello Stato che provvedeva con decreto su proposta del Ministro della Giustizia, all'esito di un'istruttoria condotta dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello competente, e doveva fondarsi su serie e gravi ragioni il cui apprezzamento era soggetto a una notevole discrezionalità, come ultimamente ritenuto dal Consiglio di Stato sezione IV nella sentenza n. 106 del 1989) (31), se può risolvere problemi pratici, osta al riconoscimento del diritto fondamentale della madre a trasmettere il proprio cognome, come posto in luce dalla giurisprudenza di Strasburgo che *infra* sarà analizzata. Tale valida ragione può ben consistere nella volontà di assumere il cognome materno. Anche sotto la previgente disciplina, il Consiglio di Stato, nel parere della sezione I del 17 marzo 2004 n. 515, reso su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha invece ritenuto applicabile alla predetta, appesantita procedura il caso di sostituzione del cognome paterno con quello materno per il principio che era inaccettabile che il ministro opponesse, dopo il parere favorevole del Procuratore Generale della Repubblica, come ragione ostativa, la necessità di identificare il richiedente con il cognome paterno per indicare il suo *status* di figlio legittimo, *status* che non era deteriore rispetto a quello di figlio naturale riconosciuto dalla madre. Ciò era tanto più vero se sussisteva la concorde valutazione dei genitori esercenti la potestà ai sensi dell'art. 316 del cc, valutazione alla quale la pubblica amministrazione non poteva sostituirsi, potendola disattendere solo in caso di esistenza di ulteriori e superiori interessi attinenti alla sicurezza pubblica o alla necessità di evitare confusione nella identificazione di importanti rapporti sociali. Con una motivazione più stringata, negli stessi sensi la sentenza del Consiglio di Stato, sezione IV n. 2572 del 2004 che valorizza le ragioni di carattere affettivo e il parere positivo del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello, competente all'istruttoria per conto del Ministro della Giustizia ai sensi del Regio Decreto del 9 luglio 1939 n. 1238, articoli 153 e seguenti (32).

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 27069 del 2011 ha negato, nel caso di riconoscimento successivo del padre, un obbligo del giudice di privilegiare il patronimico a scapito dell'interesse del minore alla tutela della propria

(31) Cons. Stato Sez. IV, 25 gennaio 1999, n. 63, ha affermato che *“Il provvedimento che autorizza o nega l'aggiunta di cognome ha carattere discrezionale, dovendo lo stesso contemperare da un lato l'interesse pubblico (a che i cognomi siano tendenzialmente stabili nel tempo, allo scopo di assolvere alla funzione identificativa degli individui) e dall'altro l'interesse privato (in particolare quello del richiedente - che può fondarsi su una pluralità di ragioni, di ordine morale, economico, familiare, affettivo ecc. - ma anche di colui che è già portatore di quel cognome); pertanto i criteri seguiti per accogliere o negare l'istanza di aggiunta del cognome sono sindacabili dal giudice amministrativo, sotto il profilo della loro idoneità a perseguire e tutelare gli interessi coinvolti”*.

(32) L'art. 154 del decreto citato prevede che *“La domanda è presentata al procuratore generale presso la Corte di appello nella cui giurisdizione il richiedente ha la sua residenza. Il procuratore generale assume sollecitamente informazioni sulla domanda e la spedisce al ministro per la grazia e giustizia con il suo parere e con tutti i documenti necessari”*.

integrale identità, già assicurato dal cognome materno attribuitogli (33). Conclusivamente, può dirsi che, anche grazie all'intervento del legislatore, dopo le illuminanti pronunzie del Supremo Consesso amministrativo, che ha incluso nella snella procedura prefettizia di cui agli articoli 89 e seguenti del d.P.R. 396 tutti i casi di cambiamento di cognome, salvo casi eccezionali, chiunque possa chiedere l'attribuzione del cognome materno o del doppio cognome.

Ciò non esaurisce tuttavia la questione che, precisamente, verte sulla attribuzione originaria del cognome materno nell'atto di nascita e non sulla soddisfazione di un interesse affettivo con un provvedimento pur sempre discrezionale e successivo della pubblica amministrazione. Tuttavia la Cassazione con la propria recentissima decisione 19606 del 2016 ha ritenuto interamente soddisfatta la pretesa dei genitori coniugati a trasmettere il doppio cognome o, in subordine, il solo cognome materno con il decreto prefettizio previsto dal citato art. 89, confermando la declaratoria di cessazione della materia del contendere pronunziata in appello e collidendo con i precedenti di Strasburgo: dalla scarna motivazione non è dato comprendere se tale beneficio grazioso della pubblica amministrazione sia intervenuto a breve distanza dalla nascita dei minori o meno (34). Comunque pur se nel rito ex art. 95 del d.P.R.

(33) Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Caltanissetta, con provvedimento del 16 ottobre 2009, reso nei confronti di L.N. e T.A., in riforma del provvedimento del Tribunale per i minorenni di Caltanissetta del 26-5/11-6-2009, attribuiva ex art. 262 c.c. al minore D., figlio naturale delle parti, riconosciuto prima dalla madre e poi dal padre, il cognome di entrambi i genitori. La Corte di Cassazione affermava che *“Criterio direttivo deve essere quello di salvaguardare l'identità personale del soggetto. Nè si potrebbe affermare che l'identità di un minore in tenerissima età non sussista. Il relativo diritto richiama l'esigenza di essere se stessi, nella prospettiva di una compiuta rappresentazione della personalità individuale in tutti i suoi aspetti ed implicazioni, nelle sue qualità ed attribuzioni; diritto alla propria identità, sottoposta ai medesimi mutamenti della personalità individuale (e quindi diritto "alla personalità" e alle condizioni che ne garantiscono lo sviluppo). Si dovrà dunque guardare al "vissuto" del minore, alla sua vita trascorsa, ma pure alle eventuali prospettive future.*

Ovviamente la valutazione concreta del giudice di merito, se sorretta da adeguata motivazione, è incensurabile in questa sede. Chiarisce il giudice a quo che il minore, pur in tenerissima età, fino ad oggi ha vissuto con la madre, e non si prospetta da parte dei genitori il proposito di vivere stabilmente insieme. Pur mantenendo D. rapporti con il padre - continua il provvedimento impugnato - è da presumere che egli vivrà prevalentemente con la madre e la famiglia di lei. Corrisponde dunque al suo interesse aggiungere il cognome del padre a quello originario della madre, e garantire, anche in prospettiva, la tutela della sua identità personale, in relazione all'instaurato ambiente familiare e sociale di vita”.

(34) Nel caso di specie, con ordinanza depositata il 13 novembre 2014 la Corte d'appello di Trento aveva dichiarato cessata la materia del contendere, in relazione al reclamo proposto da S.A. e G.M. avverso la decisione di primo grado, che aveva respinto la loro richiesta di rettifica dell'atto di nascita dei minori K. e S.E. mediante attribuzione agli stessi del doppio cognome, con aggiunta di quello materno a quello paterno o, in subordine, con attribuzione agli stessi del solo cognome materno. La Corte territoriale aveva ritenuto che l'intervento, nel corso del procedimento, del provvedimento del Commissario del Governo, con il quale era stata accolta la richiesta principale di attribuzione del doppio cognome, avesse consentito ai reclamanti di conseguire pienamente il bene della vita al cui ottenimento era diretto il reclamo. La Suprema Corte confermava la declaratoria di cessazione di materia del contendere, affermando che i ricorrenti avessero già conseguito, mediante decreto prefettizio ex art. 89, l'utilità perseguita con l'iniziativa giurisdizionale.

396 del 2000 scelto dalle parti nel caso di specie non può aver luogo il risarcimento del danno subito dalla madre, come ritenuto dalla Cassazione, nella fattispecie non pare preclusa un'autonoma e successiva azione risarcitoria instaurata con rito ordinario.

5. Diverso problema è quello del diritto di un minore nato da coppia coniugata formata da coniugi di diversa nazionalità e a cui sia trasmessa la cittadinanza di ciascun genitore a mantenere in Italia il doppio cognome che gli spetterebbe secondo una o entrambe tali leggi nazionali. Premessa l'applicabilità del citato art. 89 del d.P.R. n. 396 del 2000,

I. nei casi in cui il minore non sia nato in Italia è pacifica la circolazione del doppio cognome acquisito all'estero, perché l'atto di nascita così formato proprio per la possibilità, riconosciuta anche dallo Stato italiano, di ottenere un doppio cognome in via amministrativa, non può essere considerato contrario all'ordine pubblico internazionale. Va ribadito l'insegnamento della Corte di giustizia dell'Unione Europea dei casi *Garcia Avello contro Belgio* sentenza del 2 ottobre 2003 C-148/02 (35) e *Grunckin Paul contro Germania*, sentenza del 14 ottobre 2008 C-353/2006 (36). Ai sensi degli allora rubricati articoli 17 e 18 del trattato istitutivo dell'Unione europea, ora articoli 20 e 21 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, il cittadino europeo gode del diritto fondamentale di circolare liberamente tra gli Stati membri, e tale diritto è ostacolato, in quanto reso più difficile, dalla circostanza che un minore, che come,

(35) Con ordinanza 21 dicembre 2001, pervenuta alla Corte il 24 aprile 2002, il Conseil d'État (Consiglio di Stato) aveva sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione degli artt. 17 CE e 18 CE. La questione era sorta nell'ambito di una controversia tra il sig. C. Garcia Avello, in qualità di legale rappresentante dei suoi figli, e lo Stato belga in merito a una domanda di cambiamento del cognome di questi ultimi. La Corte affermò che *"Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che gli artt. 12 CE e 17 CE devono essere interpretati nel senso che ostano al fatto che, in circostanze come quelle della causa principale, l'autorità amministrativa di uno Stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro"*.

(36) Nel caso di specie veniva presentata domanda di pronuncia pregiudiziale vertente verte sull'interpretazione degli artt. 12 CE e 18 CE, proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Amtsgericht Flensburg (Germania) con decisione 16 agosto 2006, pervenuta in cancelleria il 28 agosto 2006, nella quale il sig. Grunckin e la sig.ra Paul, da una parte, e lo Standesamt Niebüll (Ufficio dello stato civile della città di Niebüll), dall'altra, in merito al rifiuto, da parte di quest'ultimo, di riconoscere il cognome del figlio Leonhard Matthias, così come esso è stato determinato e registrato in Danimarca, e di iscrivere quest'ultimo nel libretto di famiglia aperto per loro presso il detto servizio. La Corte affermò che occorre risolvere la questione sollevata nel senso che, in circostanze come quelle della causa principale, l'art. 18 CE osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio - che, al pari dei genitori, possiede solo la cittadinanza del primo Stato membro - è nato e risiede sin dalla nascita.

nel primo caso, sia al contempo cittadino spagnolo e belga e sia nato in Belgio, si trovi ad avere cognomi diversi in diversi stati membri (37). Anche le norme che ineriscono a materie riservate agli stati, come quelle sui cognomi, non possono porre ostacoli o rendere più difficile l'esercizio di tale diritto fondamentale. Nel caso *García Avello*, è noto, il Belgio, che aveva formato l'atto di nascita, non aveva attribuito al minore il doppio cognome che gli sarebbe spettato secondo la legge spagnola. La Corte si è espressa nello stesso senso anche nel secondo caso, in cui il minore interessato, figlio di un tedesco e di una danese, divorziati, residente con la madre affidataria in Danimarca e, per inciso soggetto a frequenti spostamenti tra i due Stati per il pacifico esercizio del diritto di visita, fosse in possesso della sola cittadinanza di uno Stato membro, in quel caso la Germania (che non riconosce il doppio cognome), ma il cui atto di nascita era stato redatto in Danimarca, applicando il doppio cognome in ossequio alla legge locale. Poiché la Germania aveva rifiutato di trascrivere l'atto di nascita con il doppio cognome perché esso non era previsto dalla propria legge, la Corte aveva cionondimeno dichiarato incompatibile con l'art. 18 del Trattato sulla Comunità Europea la normativa tedesca, nella parte in cui rendeva più difficili i frequenti passaggi di frontiera del minore stesso discostandogli il cognome attribuitogli in Danimarca e ivi pacificamente portato. Questa giurisprudenza è immediatamente applicabile all'ufficiale di stato civile italiano, che deve applicare, di preferenza, il diritto comunitario prevalente,

(37) L'art. 20 del TFUE dispone che *“È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro:*

- a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri;*
- b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato;*
- c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato;*
- d) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua.*

Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi”.

L'art. 21 del TFUE dispone che *“Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. Quando un'azione dell'Unione risulti necessaria per raggiungere questo obiettivo e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tal fine, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei diritti di cui al paragrafo 1.*

Agli stessi fini enunciati al paragrafo 1 e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tale scopo, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, può adottare misure relative alla sicurezza sociale o alla protezione sociale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo”.

come deciso dal Tribunale di Roma con decreto del 30 gennaio 2006 (38). La pubblica amministrazione si è solo parzialmente adeguata con una circolare del Ministero dell'Interno la n. 397 del 15 maggio 2008 (39), che vieta di ret-

(38) Il Tribunale di Roma, con decreto 30 gennaio 2006, espressamente richiamando quanto affermato dalla CGUE nella sentenza 2 ottobre 2003, in C 148-2002, si è adeguato al principio secondo cui gli "artt. 12 CE e 17 CE devono essere interpretati nel senso che ostano al fatto che, in circostanze come quelle della causa principale, l'autorità amministrativa di uno Stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro" ed ha ordinato all'Ufficiale di Stato civile di Roma di eliminare la correzione con la quale aveva espunto il cognome materno da una registrazione di atto di nascita di un minore figlio legittimo di cittadino italiano e cittadina portoghese, nato in Belgio e perciò portatore di doppia cittadinanza.

(39) A fini di completezza si riporta il testo della circolare del Ministero dell'Interno, n. 397 del 15 maggio 2008, "Come è noto l'articolo 98 del D.P.R. n. 396/2000 prevede che l'ufficiale dello stato civile, al momento di ricevere l'atto di nascita di un cittadino nato all'estero, al quale sia stato imposto un cognome diverso da quello spettante ai sensi della normativa italiana, provvede d'ufficio alla correzione dell'atto di nascita secondo la normativa italiana, attribuendo pertanto, allo stato attuale, il cognome paterno. La prassi amministrativa è stata unanime nell'applicare il predetto principio, con correzione ex ufficio del cognome senza il consenso dell'interessato, sia a) ai casi di soggetti in possesso della sola cittadinanza italiana, ma nati all'estero, sia b) ai casi di soggetti in possesso di doppia cittadinanza. Nessun dubbio vi è circa la necessità di una correzione ex lege nel caso di soggetto in possesso della sola cittadinanza italiana che però, essendo nato all'estero, si è visto attribuire un cognome diverso da quello spettante ai sensi della legge italiana (caso sub a). È del tutto evidente che in questi casi l'articolo 98 è sicuramente applicabile, al pari dei casi di acquisto della cittadinanza italiana e perdita di quella precedente. Molto più delicati sono invece i casi (sub b) nei quali al minore è stato attribuito un cognome diverso, secondo la normativa del Paese di cui pure è cittadino. Il caso più frequente è quello relativo ai minori nati in paesi di tradizione spagnola o portoghese che prevedono l'attribuzione al minore sia del primo cognome paterno sia del primo cognome materno. In tali casi, anche quando il minore è fornito di doppia cittadinanza, si è finora interpretata la legge nel senso di far prevalere la legge italiana e procedere pertanto alla correzione dell'atto di nascita, attribuendo al minore il solo cognome paterno. Tale interpretazione deve ora essere necessariamente rivista. In primo luogo, nel caso di minore in possesso di doppia cittadinanza, italiana ed di altro paese facente parte dell'Unione Europea, si ritiene che la modifica, senza il consenso dell'interessato, del cognome originariamente attribuito in un diverso paese UE, si ponga in contrasto con la normativa europea. A tal proposito si richiama quanto indicato dalla sentenza della Corte di Giustizia UE del 2 Ottobre 2003, resa nel caso C-148/02 nei confronti del Belgio, e relativa al caso di un soggetto in possesso della doppia cittadinanza spagnola e belga. In questa sentenza, la Corte di Giustizia UE, pur avendo ribadito che le norme che disciplinano il cognome rientrano nella competenza degli stati membri, ha altresì statuito che l'ordinamento interno deve consentire all'interessato la possibilità di richiedere alle autorità amministrative competenti un provvedimento che consenta di conservare il cognome acquisito al momento della nascita. Pertanto, tenuto anche conto del parere in tal senso ricevuto dal Consiglio di Stato in sede consultiva, gli ufficiali dello stato civile, nelle ipotesi di soggetti muniti di cittadinanza italiana e di cittadinanza di altro paese UE, non potranno, senza il consenso dell'interessato, correggere ex articolo 98 il cognome attribuito nell'altro paese di cittadinanza, secondo le norme ivi vigenti. Alla medesima conclusione si ritiene di dover pervenire, anche se per diverse motivazioni giuridiche, per i casi di cittadini italiani in possesso anche della cittadinanza di un paese extraeuropeo. Infatti, sono state emesse ormai numerose decisioni dell'autorità giurisdizionale italiana, di annullamento dei provvedimenti di correzione effettuati dagli ufficiali dello stato civile. La gran parte di tali provvedimenti riguarda cittadini italiani in possesso anche della cittadinanza di un paese sudamericano, dove vige l'uso, di tradizione spagnola e portoghese, di attribuire al minore sia il cognome paterno sia il cognome materno. Le decisioni hanno messo in

tificare ai sensi dell'art. 98 del d.P.R. 396, un doppio cognome legittimamente acquisito all'estero da un minore in possesso la cui legge nazionale ciò consente. La successiva circolare n. 14 del 2012, per il caso di nascita all'estero e di possesso di una sola cittadinanza raccomanda, invece, l'accoglimento delle istanze di concessione del doppio cognome presentate ai sensi del citato art. 89, dopo la trascrizione dell'atto di nascita in Italia (40).

luce che il testo dell'articolo 98 si riferisce ai soli casi di cittadini italiani nati all'estero e non menziona la diversa ipotesi di soggetti muniti di doppia cittadinanza. In aggiunta a tale argomentazione di carattere testuale, si deve inoltre tener presente che il nome è incontrovertibilmente un diritto della personalità, specificamente tutelato anche a livello costituzionale (articoli 2 e 22), oltre che dalla normativa ordinaria (articolo 6 del Codice Civile). Tenuto conto del rango di tale diritto, una modifica "coattiva" del cognome potrebbe essere consentita solo in presenza di diritti di rango parimenti elevato. Nello stesso senso si è anche espresso il Consiglio di Stato il quale ha posto in luce come l'articolo 7 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata con legge 27 maggio 1991 n. 176, prevede la protezione del cognome attribuito al momento della nascita. Il Consiglio di Stato, proprio in relazione all'ipotesi di doppio cognome attribuito nei paesi sudamericani, ha pertanto indicato che quando il doppio cognome attribuito all'estero abbia ormai acquisito carattere di autonomo segno distintivo del soggetto, non si debba procedere alla correzione ex articolo 98. Per fini di completezza si fa notare che l'articolo 19 della L. 218/95 non è di ostacolo alla interpretazione sopra ricordata. Infatti, tale norma che prevede la prevalenza, in via generale, della normativa italiana nei casi di doppia nazionalità, nulla dice sulla necessità di modificare il cognome legittimamente attribuito all'estero, al minore fornito di doppia cittadinanza. Sulla base di quanto precede, in caso di soggetti nati all'estero ed in possesso della cittadinanza italiana sia di quella di un paese estero, l'ufficiale di stato civile procederà ad iscrivere l'atto di nascita attribuendo al soggetto il cognome indicato nell'atto di nascita. Resta fermo che l'interessato, in qualità di cittadino italiano, al momento della trascrizione dell'atto di nascita, possa richiedere con apposita istanza all'ufficiale dello stato civile, l'applicazione della normativa italiana e quindi l'acquisizione del solo cognome paterno. Si precisa che i principi di cui sopra riguardano il solo cognome attribuito alla nascita. Come è noto in alcuni paesi la donna acquisisce il cognome del marito a seguito del matrimonio ma è importante ribadire che per l'ordinamento italiano il cognome da prendere a riferimento è solo quello attribuito al momento della nascita, per motivi di coerenza con il sistema complessivo ed in coerenza con i principi costituzionali in materia di parità tra i sessi. La correzione ex articolo 98 continua pertanto ad essere applicabile alle ipotesi di attribuzione al cittadino italiano che nasca all'estero, di un cognome diverso da quello che altrimenti spenderebbe (ad esempio, per errore di individuazione del cognome spettante da parte dell'ufficiale dello stato civile estero, dovuto anche alla mancata conoscenza, sempre da parte del medesimo ufficiale dello stato civile, della norma applicabile in Italia, come previsto dall'articolo 5 della Convenzione di Monaco), e nei casi di trascrizione degli atti di nascita di stranieri divenuti cittadini italiani, perdendo la cittadinanza di origine (articolo 1, e. 2 di detta Convenzione)".

(<http://serviziodemografici.interno.it/sites/default/files/com.%20urg.statocivile-bis.pdf>).

(40) La circolare n. 14 del 21 maggio 2012 del Ministero dell'Interno dispone quanto segue, "In generale, in relazione alle domande di modifica del cognome, ora assegnate alla competenza decisionale del Prefetto, si ricorda che per costante giurisprudenza l'ordinamento dello stato civile prevede un "ampio riconoscimento della facoltà di cambiare il proprio cognome, a fronte del quale la sfera di discrezionalità riservata alla Pubblica Amministrazione deve intendersi circoscritta alla individuazione di puntuali ragioni di pubblico interesse che giustifichino il sacrificio dell'interesse privato del soggetto al cambiamento del proprio cognome, ritenuto anch'esso meritevole di tutela dall'ordinamento" (Consiglio di Stato 26 aprile 2006 n. 2320) e che pertanto "il provvedimento ministeriale negativo debba essere specificamente e congruamente motivato" (Consiglio di Stato 26 giugno 2002 n. 3533). Secondo il Consiglio di Stato, il diniego ministeriale di autorizzazione al mutamento del cognome costituisce provvedimento eminentemente discrezionale da cui discende, come logico corollario "che il sindacato giurisdizionale dello stesso può essere condotto, quanto al vizio intrinseco dello sviamento, sotto il limitato profilo della

manifesta irragionevolezza delle argomentazioni amministrative o del difetto di motivazione". Tanto premesso, si evidenzia in primo luogo che le fattispecie di maggiore ricorrenza, tra le istanze ordinariamente presentate, attengono alla richiesta di aggiunta di cognome materno a quello paterno o di sostituzione del cognome materno a quello paterno. Come noto, nel nostro ordinamento, la regola non scritta, ma desumibile da vari elementi ricavabili dall'insieme delle norme e quella di attribuire al figlio il cognome paterno. Alle ragioni tradizionali legate all'interpretazione dell'art. 29 della Costituzione in termini di garanzia dell'unità familiare, si contrappongono oggi con forza sempre crescente diritti come quello alla parità tra i sessi, anche nella scelta del cognome, e di tutela dell'identità di ciascun genitore. A fronte delle considerazioni favorevoli espresse in tema anche dalla Corte Costituzionale con sentenza del 16 febbraio 2006 n. 61, in merito alla quale si rinvia alla circolare n. 21 del 30 maggio 2006, la ponderazione degli interessi in gioco è legata, a norma invariata, a circostanze e motivazioni tali da renderlo meritevole di tutela. Ovviamente il giudizio di meritevolezza delle istanze in parola si dovrà muovere con diversa cautela, distinguendo i casi di aggiunta del cognome materno e quelli di sostituzione al cognome paterno esigendo, quest'ultima ipotesi, motivazioni sottese all'istanza particolarmente pregnanti. La giurisprudenza (Consiglio di Stato 25 gennaio 1999 n. 63), infatti, distingue tra aggiunta e sostituzione, rilevando come nella prima ipotesi si introduca un ulteriore elemento identificativo, mentre nella seconda si giunga all'eliminazione di un segno distintivo. Particolare attenzione andrà maggiormente posta nei casi di sostituzione del cognome paterno con altro cognome soprattutto se riferito a un minore (in genere cognome del nuovo coniuge o compagno della madre), ove andrà valutato nel concreto l'interesse del minore, nonché l'interesse del padre.

In tutti i casi su indicati, riferiti a minori, si richiamano in proposito le disposizioni di cui alla citata circolare n. 15 del 12 novembre 2008, circa l'esigenza e l'opportunità di acquisire il consenso comunque di entrambi i genitori a meno che non vi siano peculiari e comprovate circostanze familiari tali da arrecare pregiudizio al minore stesso quale la decadenza della potestà genitoriale a carico di uno di loro. Relativamente invece alle numerose istanze volte a variare il cognome per vedersi attribuito il doppio cognome paterno e materno, acquisito nel paese estero di nascita, prevalentemente secondo la tradizione ispanica o portoghese, si ricorda innanzitutto che non è più necessario, nella maggior parte dei casi, ricorrere al procedimento di cambiamento di cognome. Infatti come indicato con la circolare n. 397 del 15 maggio 2008 e con la circolare n. 4 del 18 febbraio 2010, i soggetti nati all'estero ed in possesso alla nascita di doppia cittadinanza, italiana e del paese straniero di origine, possono rivolgersi direttamente all'ufficiale dello stato civile per la modifica del cognome richiesto, senza necessità di avvalersi della procedura del cambio di cognome. Si rinvia, in merito alle citate circolari, a quanto riportato, nel dettaglio, nel testo del Massimario, che ne evidenzia l'ambito di azione con riguardo ai casi dove continua a prevalere l'applicazione dell'art. 98, comma 2, del D.P.R. 396/2000 relativo al mantenimento del cognome paterno secondo la legge italiana. Negli altri casi di richiesta di aggiunta del cognome materno, sempre riferiti al ripristino del cognome di origine, ma modificato in sede di concessione della cittadinanza, sarà invece possibile agire per il tramite del procedimento di cambiamento di cognome, senza che al riguardo possano esservi, in linea di massima, preclusioni di sorta anche alla luce degli orientamenti costituzionali in materia, già sopra evidenziati, e ai principi rinvenibili anche nella decisione ultima della Corte di Giustizia UE (C-353-2008 del 21 ottobre 2008) che ha riaffermato il principio generale dell'intangibilità del cognome originario, con riguardo alla precedente nota decisione C-148/02 del 2 ottobre 2003, in quanto identificativo della persona, statuendo anche che gli ordinamenti interni dei paesi membri devono consentire agli interessati di poter mantenere il cognome di origine secondo le disposizioni interne, in presenza o meno della doppia cittadinanza, a sostegno del valore dell'identità acquisita. Sono infatti numerose le istanze, generalmente definite ad oggi in termini positivi, tendenti al ripristino del doppio cognome, anche richieste a favore del minore, casi che attengono prevalentemente ad uniformare l'identità del soggetto in entrambi i paesi di cui è cittadino, per i quali valgono ovviamente le considerazioni in tema di consenso di entrambi i genitori. In tale ambito rientrano anche le istanze, nel tempo sempre più ricorrenti, presentate da donne provenienti soprattutto dai paesi dell'Europa dell'est, alle quali una volta acquisita la cittadinanza italiana, viene imposto il cognome paterno, da tempo abbandonato per quello del coniuge secondo l'ordinamento del paese di provenienza. Anche in tali casi, spesso l'esigenza è quella di uniformare il cognome del soggetto in entrambi i paesi di cui è cittadino, esigenza di cui va tenuto conto soprattutto quando l'interesse prevalente è quello di tutelare l'identità acquisita e consolidata nel tempo in campo lavorativo, finanziario, sociale. Ovvia-

II. Nei casi di nascita in Italia di bambini con due cittadinanze, una delle quali garantisca il doppio cognome, la dichiarazione di nascita dovrà essere resa al consolato di quello Stato, con le intuibili difficoltà di ordine pratico che ne conseguono, pena l'attribuzione del solo cognome paterno; la stessa recente decisione della Consulta di cui *infra* tronca il problema solo nel caso di auspicabile accordo tra i coniugi. La Corte di Cassazione, con sentenza 17642 del 2013, relativa a un minore peruviano cui era stata attribuita in seguito anche la cittadinanza italiana e di conseguenza cassato il cognome materno ai sensi dell'art. 28 comma due del d.P.R. 396, adducendo a pretesto che la Convenzione di Monaco, sopra citata, al comma 2 dell'art. 1 prevede l'applicazione della nuova legge nazionale in caso di cambiamento di cittadinanza, ha accolto il ricorso proposto nell'interesse del minore (41). L'art. 1 comma 2 della citata Convenzione non si applica quando la cittadinanza italiana semplicemente si aggiunge a quella originaria straniera, e quindi il doppio cognome (segno fondamentale dell'identificazione del minore e suo diritto della personalità) non può essere modificato con riferimento alle situazioni endonazionali.

III. In caso di nascita in Italia di minore con cittadinanza straniera che consenta la trasmissione del cognome materno ovvero plurime cittadinanze

mente queste considerazioni di attenzione valgono anche per le istanze volte al ripristino del cognome originario sempre modificato con l'assegnazione del cognome paterno in sede di concessione della cittadinanza italiana, secondo l'ordinamento nazionale. Particolare attenzione viene evidenziata con riguardo non solo ai limiti posti dall'ultimo comma dell'art. 89, che è rimasto invariato, relativo alle richieste di attribuzione di cognomi di importanza storica o appartenenti a famiglie illustri, ma anche l'inammissibilità di quelle volte ad ottenere la cognomizzazione di un predicato nobile o comunque tendenti ad aggirare l'art. XIV delle Disposizioni finali e transitorie della Costituzione, come nel dettaglio chiarito dalla circolare n. 10 del 3 settembre 2008, in quanto la cognizione di tali domande è di competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria ordinaria, come da ultimo anche ribadito dal Consiglio di Stato in data 5 febbraio 2009 n. 668. Si ricorda, inoltre, come indicato nella circolare n. 15 del 21 marzo 2007 e ribadito nella suindicata circolare n. 15/2008, che qualora l'istanza sia riferita ad un comprovato errore riportato nella documentazione di nascita dell'interessato, il cittadino non dovrà necessariamente presentare istanza di cambiamento di cognome e dovrà essere informato della possibilità di ottenere la rettifica ai sensi dell'art. 98, comma 1 del D.P.R. 396/2000. Parimenti, come riportato anche nel Massimario, nei casi di riconoscimento di figlio naturale maggiorenne, questi potrà avvalersi dell'art. 262 del c.c. per poter scegliere nei termini di legge il cognome di sua preferenza, senza doversi avvalere della procedura del cambio di cognome. Trattasi di casistiche che, in risposta alla semplificazione del procedimento amministrativo, possono essere meglio risolte, a vantaggio del cittadino e della stessa pubblica amministrazione, con una linea di azione più celere e senza comportare alcun onere economico.

Si rammenta, infine, che nel caso in cui la richiesta di modifica del cognome sia motivata dall'aver l'istante ottenuto la medesima modifica all'estero, il procedimento amministrativo è necessario solo nell'ipotesi in cui il provvedimento straniero abbia carattere amministrativo. Se invece il provvedimento è stato emesso all'estero da un'autorità giurisdizionale, esso potrà essere riconosciuto direttamente in Italia, qualora risultino soddisfatte le condizioni di cui agli artt. 64 e seguenti della legge 218/1995". (http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/23/0682_Circolare_210512_n14_cambio_cognome.pdf)

(41) Art. 1, comma 2, Convenzione di Monaco, "In caso di cambiamento di nazionalità, viene applicata la legge dello Stato della nuova nazionalità".

straniere una delle quali ciò preveda, il doppio cognome è attribuito d'ufficio, in applicazione della citata Convenzione (42).

IV. In caso di nascita in Italia, con doppia cittadinanza, italiana e straniera, la quale ultima consenta detta trasmissione, occorre redigere l'atto di nascita in consolato: in subordine, ai sensi della recente decisione della Consulta, anche in Comune con l'accordo dei genitori, in estremo subordine procedere in via amministrativa ai sensi dell'art. 89 del decreto 396. In difetto il bambino assume il cognome paterno.

V. In caso di nascita all'estero, e di cittadinanza come nel caso II) il doppio cognome viene mantenuto in caso di trascrizione in Italia.

VI. In caso di nascita all'estero e di cittadinanza come nel caso III) l'atto di nascita redatto all'estero non può essere modificato in ossequio della citata circolare.

Appare evidente che la prassi applica direttamente proprio i principi di *Garcia Avello* (dove la nascita del minore era avvenuta in uno stato in cui si attribuì per tradizione solo il cognome paterno, il Belgio, Stato che aveva quindi regole identiche a quelle italiane), ma che le nostre autorità sembrano apprezzare i problemi internazionalprivatistici solo ove la fattispecie sia di origine straniera, mentre ove la stessa sia di origine italiana, l'applicazione uniforme del diritto italiano li oblitera ufficiosamente.

Il cognome, giova osservare, è conservato anche se la fattispecie sia concernente un cittadino italiano o extracomunitario, stante la natura assoluta del relativo diritto ai sensi dell'art. 7 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo, come riconosciuto dalla circolare 357 del 2008 sopra citata.

6. Nel sistema della CEDU, il diritto al nome, sotto i profili della sua attribuzione e mantenimento nonché della tutela nei confronti dei terzi, ricade nelle scelte che attengono alla vita familiare e privata (43).

Il godimento dei diritti tutelati dall'art. 8 non può essere limitato, ossia soggetto a ingerenza da parte di uno Stato membro, se non per legge, e se la limitazione risponda a precisi interessi enumerati dal comma due dell'articolo: quali, la necessità in una società democratica di tutelare la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza o il benessere economico del paese, i beni dell'ordine pub-

(42) *I cognomi e i nomi di una persona vengono determinati dalla legge dello Stato di cui è cittadino. A questo solo scopo, le situazioni da cui dipendono i cognomi e i nomi vengono valutate secondo la legge di detto Stato. In caso di cambiamento di nazionalità, viene applicata la legge dello Stato della nuova nazionalità.*

(43) La tutela del diritto al nome rientra nel campo di azione dell'art. 8 della CEDU, secondo cui, "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. 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".

blico e della tutela della salute e della morale o la protezione dei diritti e delle libertà dei terzi. Sgomberato il campo degli interessi che consentono ingerenza da quelli che nulla hanno a che fare con il cognome che si porta, un motivo plausibile per giustificare un'ingerenza nel campo del cognome non può essere che la protezione dei diritti dei terzi che sarebbe ipotizzabile nel caso di una confusione di identità. Altresì è ipotizzabile la possibilità di tutelare l'ordine pubblico mediante un'ingerenza nella scelta di un cognome - si supponga il cognome di un famoso boss mafioso da poco defunto. Ai sensi dell'art. 8 una legge è qualsiasi norma giuridica anche regolamentare, purché sia accessibile, prevedibile e comprensibile: in tal concetto rientra sicuramente il complesso di principi e norme che giustifica la prassi dell'attribuzione del cognome paterno ai figli legittimi. La necessità di tutelare uno di questi interessi, che non deve confondersi né con l'indispensabilità né con la mera opportunità o utilità di farlo, consente a ciascuno Stato membro un margine di apprezzamento, ma esige, altresì, che lo Stato provveda perché spinto da motivi pertinenti e sufficienti, escluso quindi il mero arbitrio o il richiamo alla tradizione. D'altro canto il richiamo alla società democratica deve implicare il rispetto degli interessi tutelati nella loro ragionevole valutazione in un procedimento equo. Tuttavia ai sensi dell'art. 14 se l'ingerenza avviene in base a una discriminazione fondata sul sesso o ad altro fattore di rischio, essa è di principio vietata (44).

L'art. 14 opera solo in combinato disposto con altra disposizione della CEDU o dei suoi protocolli aggiuntivi. Nota è la definizione di discriminazione come trattamento peggiore ingiustificato. Ora, è innegabile che nell'elisione del cognome materno vi sia un trattamento peggiore della madre e del sesso femminile in generale. In questi casi, lo Stato dovrebbe dimostrare che tale discriminazione non solo non sia giustificata, ma anche che persegua,

(44) Ai sensi dell'art. 14 CEDU, *“Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”*. Si precisa che la norma non ha carattere sostanziale e opera solo in combinato disposto con altre disposizioni della Convenzione o dei suoi protocolli aggiuntivi. Secondo DANISI, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza in Forum Costituzionale: “L'art. 14 della CEDU non ha portata generale e riguarda esclusivamente i diritti in essa enunciati. Al di là del contributo fornito dalla Corte con la sua giurisprudenza, una soluzione potrebbe venire dall'entrata in vigore del Protocollo n. 12, sebbene gli Stati del Consiglio d'Europa non sembrano disposti a procedere con le necessarie ratifiche. Di conseguenza, nell'ordinamento del Consiglio d'Europa, potrebbe acquistare sempre più importanza la Carta Sociale Europea. Nell'Unione europea, invece, il principio solennemente riaffermato nella Carta di Nizza, rientra tra quei diritti fondamentali che l'ordinamento europeo deve tutelare. Nel momento in cui la Carta acquisirà piena validità giuridica, i principi in essa contenuti saranno ancor più di adesso i parametri di legittimità degli atti dell'Unione e delle normative nazionali che ne danno attuazione. 67 In definitiva, nel principio di uguaglianza e non discriminazione si può rintracciare quell'elemento unificante tra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte di Giustizia Europea: entrambe si trovano a garantirne l'applicazione in ogni fattispecie che, sulla base delle rispettive competenze, devono giudicare”*.

nella proporzionalità tra mezzi e fini, uno scopo legittimo. Anche qui lo Stato, nell'operare tale bilanciamento d'interessi, dispone di un margine di apprezzamento variabile in un senso comparativo sia sulla propria prassi interna che su quella degli altri Stati membri del Consiglio d'Europa. Il tradizionale insegnamento della giurisprudenza di Strasburgo è che le violazioni dell'art. 14 siano esaminate solo sussidiariamente quando non sussista una violazione diretta della norma di riferimento.

7. - I. Nel caso del cognome giova prendere le mosse dalla decisione *Ünal Tekeli*, ricorso 29865/96 deciso il 16 novembre 2004 (45). La ricorrente, cittadina turca, già nota in ambito professionale forense, aveva perso il proprio cognome a seguito del matrimonio ai sensi dell'art. 163 del cc turco (46). Dopo avere inutilmente percorso tutti i gradi della giurisdizione ordinaria vantando il diritto a mantenere il proprio cognome d'origine, la ricorrente chiese la protezione di tale diritto alla Corte che rilevò (47) che la tutela del nome rientra nel campo d'azione dell'art. 8, che comprende il diritto di ogni individuo di porsi in relazione con altri usando il proprio nome. Il caso comportava una flagrante violazione dell'art. 14 essendo la moglie e non il marito a perdere il cognome a seguito delle nozze. Inoltre, la disposizione violava il principio di proporzionalità a fronte del crescente consenso tra la prassi e la legislazione degli Stati membri sulla scelta paritaria dei coniugi in ordine al cognome (48).

(45) [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["unaltekeli"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-67482"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

(46) L'articolo 153 della versione originaria del codice civile turco, applicabile al momento del fatto, disponeva che: *“Le donne sposate devono assumere il cognome del marito”*. L'art. 153 (modificato dalla L. n. 4248 del 14 maggio 1997), ora articolo 187 del nuovo codice civile in vigore dal 22 novembre 2001, dispone invece che: *“Le donne sposate devono assumere il cognome del marito. Tuttavia esse possono rendere una dichiarazione scritta al Registro delle nascite, matrimoni e morti al momento del matrimonio oppure in seguito, qualora desiderino mantenere il loro nome da nubili davanti al cognome”*.

(47) La Corte afferma al paragrafo 42 che: *“The Court reiterates that Article 8 of the Convention does not contain any explicit provisions on names, but as a means of personal identification and of linking to a family, a person's name nonetheless concerns his or her private and family life. The fact that there may exist a public interest in regulating the use of names is not sufficient to remove the question of a person's name from the scope of private and family life, which has been construed as including, to a certain degree, the right to establish relationships with others (see Burghartz, cited above, § 24). The subject-matter of the complaint thus falls within the scope of Article 8 of the Convention”*.

(48) Così si affermava al paragrafo 61, *“Moreover, the Court notes the emergence of a consensus among the Contracting States of the Council of Europe in favour of choosing the spouses' family name on an equal footing.*

Of the member states of the Council of Europe Turkey is the only country which legally imposes - even where the couple prefers an alternative arrangement - the husband's name as the couple's surname and thus the automatic loss of the woman's own surname on her marriage. Married women in Turkey cannot use their maiden name alone even if both spouses agree to such an arrangement. The possibility made available by the Turkish legislature on 22 November 2001 of putting the maiden name in front of the husband's surname does not alter that position. The interests of married women who do not want their marriage to affect their name have not been taken into consideration”.

Ma la disposizione in materia limitava imperiosamente tale diritto, a nulla rilevando le sopravvenute modifiche legislative che garantivano alla moglie turca la scelta della semplice aggiunta del cognome del marito (49). Tale opzione restava comunque discriminatoria non essendo consentito al marito di aggiungere al proprio il cognome della moglie, mentre l'esigenza di assicurare un unico cognome alla famiglia, ivi compresi i suoi futuri membri, i figli della coppia, ben poteva essere garantita anche mediante una scelta concorde, e senza l'imposizione del cognome del marito. Pertanto risultavano violati gli articoli 8 e 14 della Convenzione.

II. Nella decisione *Burghartz*, del 22 febbraio 1994 (50) la Corte, con riferimento a una coppia formata da un cittadino svizzero e da una cittadina tedesca, con residenza in Svizzera, che si era vista negare la scelta consentita dalla legge tedesca dei loro due cognomi uniti come cognome familiare, perché l'art. 160 del c.c. elvetico avrebbe imposto di assumere il cognome del marito, salva la facoltà della sposa di mantenere in aggiunta il proprio cognome (51), parimenti riteneva consumata la violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU, essendo detta scelta legislativa priva di una oggettiva ragionevole giustificazione nel sacrificare eguali diritti della moglie.

III. Un altro caso di divieto di mutamento imperativo del nome è il caso *Daròczy* (52), sentenza del 1 luglio 2008. La vedova del signor *Daròczy*, cui era stato per oltre quarant'anni attribuito il cognome del marito in conformità della legge ungherese, che prevede che la moglie assuma anche il nome proprio del marito seguito dal suffisso *-ne*, contestava la correzione del cognome assunto con il matrimonio operato dalle locali Autorità (53). All'epoca delle nozze le Autorità competenti non si erano accorte che il marito aveva un doppio prenome, pur utilizzandone costantemente solo uno, quello che era stato attribuito alla moglie a seguito delle nozze.

Anche la mera esigenza di correggere il risalente errore non poteva alterare l'antroponimo con cui, dopo 44 anni, la ricorrente si era identificata, per cui la ingerenza dello Stato ungherese era ritenuta illegittima dalla Corte.

IV. Molto peculiare invece il caso *Losonci Rose contro Svizzera*, deciso

(49) Vedi nota 43.

(50) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57865>.

(51) All'epoca dei fatti l'art. 160 del codice civile elvetico, così disponeva, "Il cognome coniugale è quello del marito. 2 La sposa può tuttavia dichiarare all'ufficiale di stato civile di voler mantenere il proprio cognome, antepoendolo a quello coniugale. 3 Se già porta un siffatto doppio cognome, può anteporre soltanto il primo cognome".

(52) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-8722>.

(53) Act no. 4 of 1952 on Marriage, Family and Guardianship - Section 25: "After the marriage, the wife shall bear a) her whole maiden name, or b) the whole name of her husband with the suffix referring to the marriage, to which she may attach her whole maiden name, or c) her husband's family name with the suffix referring to the marriage, to which she attaches her whole name, or d) her husband's family name to which she attaches her first name".

con sentenza del 9 novembre 2010 (54). Una coppia, formata da un cittadino ungherese e da una cittadina svizzera, entrambi residenti nel cantone di Berna, aveva chiesto al competente ufficio di stato civile (prima delle nozze) ai sensi dell'art. 30 comma 2 del cc (55) l'attribuzione alla coppia di un nome di famiglia formato dal cognome della moglie e, al contempo, ai sensi dell'art. 37 comma 2 della legge federale sul diritto internazionale privato (56), che consente di scegliere la propria legge nazionale per quanto riguarda la determinazione del cognome, di applicare la legge ungherese al signor Losonci, futuro marito, che così avrebbe mantenuto il cognome d'origine. La richiesta era respinta perché contraria alla legge, con decisione amministrativa vanamente impugnata in via gerarchica e successivamente con ricorso al Tribunale amministrativo. Nelle more della decisione del ricorso, il matrimonio era celebrato, previa la proposizione di una nuova istanza diretta alla mera applicazione dell'art. 30 comma due del cc, sicché i due coniugi assumevano rispettivamente il marito il cognome Losonci Rose, nato Losonci e la moglie il cognome Rose. Con istanza successiva al matrimonio, proposta direttamente con ricorso al Tribunale amministrativo del Cantone di Berna e poi al Tribunale amministrativo federale in sede di appello, le parti chiedevano che al posto del cognome provvisoriamente loro attribuito fosse attribuito al marito signor Losonci Rose il solo cognome Losonci ai sensi delle disposizioni della legge ungherese. La richiesta era respinta perché in Svizzera sarebbe principio inderogabile che il cognome familiare debba essere unico. Inoltre, la nuova istanza, proposta ai sensi dell'art. 37 comma due della legge federale sul diritto internazionale privato, si trovava preclusa dall'istanza, immediatamente precedente al matrimonio, di attribuzione del cognome della moglie come cognome familiare. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, premessa la riconducibilità all'art. 8 CEDU della fattispecie, riteneva flagrante l'esistenza di una discriminazione basata sul sesso e derivante direttamente dall'art. 160 del c.c. elvetico (57). Laddove la signora Rose fosse stata ungherese, infatti, avrebbe potuto evitare l'applicazione del cambio di cognome tanto ai sensi dell'art. 160 quanto ai sensi dell'art. 30 comma due del cc svizzero, mediante la semplice richiesta di applicare la legge ungherese che le avrebbe consentito di mantenere il proprio cognome originario. Il ricorso era pertanto accolto.

(54) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101652>.

(55) "Article 30 - Changement de nom: "Le gouvernement du canton de domicile peut, s'il existe de justes motifs, autoriser une personne à changer de nom. Il y a lieu d'autoriser les fiancés, à leur requête et s'ils font valoir des intérêts légitimes, à porter, dès la célébration du mariage, le nom de la femme comme nom de famille. Toute personne lésée par un changement de nom peut l'attaquer en justice dans l'année à compter du jour où elle en a eu connaissance".

(56) Art. 37 della Legge federale sul diritto internazionale privato, del 18 dicembre 1987, in vigore dal 1 gennaio 1989, prevede che: "Toutefois, une personne peut demander que son nom soit régi par son droit national".

(57) V. nota 48.

V. Per quanto riguarda il diverso problema della scelta dell'antroponimo dei figli, la Corte si è interessata della libertà di scelta degli stessi nella decisione *Johannson* con sentenza del 6 settembre del 2007 contro la Finlandia, Stato che aveva impedito a due genitori di attribuire al proprio figlio il prenome AXL, perché non conforme alle regole finlandesi sulla scelta dei nomi di persona, che impongono la scelta di nomi che si rifacciano alla tradizione onomastica della Finlandia, per quanto arricchita dall'apporto di cognomi derivanti da altre lingue. Applicando il solo art. 8 CEDU, dunque, la Corte si sofferma sui margini di apprezzamento dello Stato, la cui ingerenza non era sorretta da alcun serio interesse, perché altri tre cittadini finlandesi erano stati registrati con lo stesso prenome personale alla nascita, che era un prenome perfettamente pronunciabile in finlandese e non era fantasioso, capriccioso e, soprattutto, lesivo degli interessi del minore. Invero, come deciso nella sentenza del 24 ottobre 1996 *Guillot* (58), gli Stati possono adottare misure atte a limitare la fantasia dei genitori, che nel caso in questione volevano attribuire alla figlia il nome Fiore di Maria, tratto da un personaggio di Hugo (59). Negli stessi ter-

(58) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58069>.

(59) L'art. 1 della loi du 11 germinal an XI prevede: "*Les noms en usage dans les différents calendriers, et ceux des personnages connus dans l'histoire ancienne pourront seuls être reçus, comme prénoms, sur les registres destinés à constater la naissance des enfants; et il est interdit aux officiers publics d'en admettre aucun autre dans leurs actes*".

La circolare ministeriale del 12 aprile modificando l'istruzione générale relative à l'état civil (Journal officiel du 3 mai 1966) prévoyait notamment: CHOIX DES PRENOMS Principes généraux - Application pratique

a) *Il y a cependant lieu d'observer que la force de la coutume, en la matière, a sensiblement élargi les limites initialement assignées à la recevabilité des prénoms par les prescriptions littérales de la loi du 11 germinal an XI. Celles-ci présentent certes l'intérêt pratique d'offrir un rempart aux officiers de l'état civil contre des innovations qui leur paraîtraient de nature à nuire plus tard aux intérêts des enfants et seraient dès lors inadmissibles. En fait, on voit mal les officiers de l'état civil, en tant que juges immédiats de la recevabilité des prénoms, chercher à inventorier les ressources exactes des calendriers et de l'histoire ancienne afin de déterminer si tel prénom figure ou non parmi ceux de ce patrimoine du passé. Il leur appartient, en réalité, d'exercer leur pouvoir d'appréciation avec bon sens afin d'apporter à l'application de la loi un certain réalisme et un certain libéralisme, autrement dit de façon, d'une part, à ne pas méconnaître l'évolution des moeurs lorsque celle-ci a notoirement consacré certains usages, d'autre part, à respecter les particularismes locaux vivaces et même les traditions familiales dont il peut être justifié. Ils ne doivent pas perdre de vue que le choix des prénoms appartient aux parents et que, dans toute la mesure du possible, il convient de tenir compte des désirs qu'ils ont pu exprimer.*

b) *Outre les prénoms normalement recevables dans les strictes limites de la loi de germinal, peuvent donc, compte tenu des considérations qui précèdent et, le cas échéant, sous réserve des justifications appropriées, être éventuellement admis:*

1) *Certains prénoms tirés de la mythologie (tels: Achille, Diane, Hercule, etc.);*

2) *Certains prénoms propres à des idiomes locaux du territoire national (basques, bretons, provençaux, etc.);*

3) *Certains prénoms étrangers (tels: Ivan, Nadine, Manfred, James, etc.);*

4) *Certains prénoms qui correspondent à des vocables pourvus d'un sens précis (tels: Olive, Violette, etc.) ou même à d'anciens noms de famille (tels: Gonzague, Régis, Xavier, Chantal, etc.);*

5) *Les prénoms composés, à condition qu'ils ne comportent pas plus de deux vocables simples (tels: Jean-Pierre, Marie-France, mais non par exemple: Jean-Paul-Yves, qui accolerait trois prénoms).*

c) *Exceptionnellement, les officiers de l'état civil peuvent encore accepter, mais avec une certaine pru-*

mini, la Corte si esprimeva nella decisione, sempre riguardante la Finlandia, del 25 novembre 1994 *Stjerna* (60) (non era un'ingerenza il rifiuto di mutare il nome del cittadino finlandese sig. Stjerna in Tavatstjerna) come pure nella decisione *Salonen* della Commissione del 2 luglio 1997 (inammissibilità del ricorso alla Corte per manifesta infondatezza della prospettata ingerenza dello Stato finlandese nel rifiuto di riconoscere il nome "l'Unica e Sola Marianna").

VI. Nella decisione *Garnaga* del 16 maggio 2013 la Corte invece censurava l'Ucraina sul problema del cambiamento del patronimico, com'è noto tipico delle lingue slave come seconda parte dell'antroponimo (61). Invero, le disposizioni sull'onomastica della legge Ucraina, mentre sono estremamente liberali quanto al cambiamento del nome e dello stesso cognome, ossia della prima e terza parte dell'antroponimo, non consentono il cambiamento del patronimico, anzi consentono all'interessato di mantenere il patronimico originario nel caso in cui il proprio padre, a sua volta, avesse cambiato nome (62). Nel caso di specie, l'interessato aveva un'importante interesse ad assumere il patronimico del secondo marito della madre, che si era sempre occupato di lui, di cui egli aveva voluto assumere il cognome, al quale solo era legato in una relazione sostanzialmente filiale, con l'interesse non secondario anche di essere identificato come appartenente alla famiglia di costui, come i figli di secondo letto della propria madre cui voleva essere accomunato dal medesimo

dence: 1o Certains diminutifs (tels: "Ginette" pour Geneviève, "Annie" pour Anne, ou même "Line", qui est tiré des prénoms féminins présentant cette désinence); 2o Certaines contractions de prénoms doubles (tels: "Marianne" pour Marie-Anne, "Marlène" ou "Milène" pour Marie-Hélène, "Maïté" pour Marie-Thérèse, "Sylvianne" pour Sylvie-Anne, etc.); 3o Certaines variations d'orthographe (par exemple Michèle ou Michelle, Henri ou Henry, Ghislaine ou Guislaine, Madeleine ou Magdeleine, etc.). d) En définitive, il apparaît que les officiers de l'état civil ne doivent se refuser à inscrire, parmi les vocables choisis par les parents, que ceux qu'un usage suffisamment répandu n'aurait pas manifestement consacrés comme prénoms en France. C'est ainsi notamment que devraient être systématiquement rejetés les prénoms de pure fantaisie ou les vocables qui, à raison de leur nature, de leur sens ou de leur forme ne peuvent normalement constituer des prénoms (noms de famille, de choses, d'animaux ou de qualités, vocables utilisés comme noms ou prénoms de théâtre ou pseudonymes, vocables constituant une onomatopée ou un rappel de faits politiques).

(60) <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57912>.

(61) Ai sensi dell'art. 28 del cc ucraino: "An individual acquires rights and responsibilities and exercises them under his or her own name. The name of an individual who is a citizen of Ukraine consists of his or her surname, forename and patronymic, unless the law or custom of the national minority to which they belong provides otherwise".

(62) Art. 295 del cc ucraino: "An individual who has reached the age of sixteen has the right to change his or her surname and forename in accordance with the procedure prescribed by law. 3. An individual's patronymic can be changed if his or her father changes his forename". Nello stesso senso il Family Code del 2002 prevede all'articolo 147: *Determining the patronymic of a child: 1. The patronymic of a child shall be determined by the forename of her or his father. 2. The patronymic of a child who was born to an unmarried woman, where the paternity of the child is not recognised, shall be determined by the forename of the person who the child's mother called his or her father; all'articolo 149 Change of patronymic "1. If a father changes his name, the patronymic of his child who has reached the age of fourteen years shall be changed with the latter's consent"*.

patronimico. Anche qui l'ingerenza è stata ritenuta sproporzionata ai sensi dell'art. 8 comma 2 della Convenzione.

VII. Infine la Corte nella decisione *Cusan e Fazzo* contro l'Italia resa dalla seconda sezione il 7 gennaio del 2014, divenuta definitiva il 7 aprile del 2014, si occupava della richiesta di due coniugi di attribuire ai propri figli il solo cognome materno (63). L'interesse fatto valere dai ricorrenti era quello di evitare l'estinzione del cognome della madre, dalla cui famiglia i bambini avrebbero ereditato un cospicuo patrimonio. Tale richiesta era stata respinta dall'ufficiale di stato civile italiano e successivamente su ricorso ex art. 95 del d.P.R. 396 del 2000 dal Tribunale di Milano, che osservava che, ai sensi dell'art. 143 *bis* del cc, il cognome familiare era da intendersi quello del marito che la moglie aggiungeva al proprio, decisione confermata dalla Corte d'Appello che citava le ordinanze 176 e 586 del 1988 (64) della Corte Costituzionale che aveva ritenuto inammissibili per manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale proposte ai sensi degli articoli 3 e 29 della Costituzione circa l'art. 143 cc e le altre norme che così conformavano la trasmissione del cognome ai figli legittimi, in quanto spettava al legislatore la discrezionalità in materia. La Corte di Cassazione, su impugnazione della decisione della Corte d'Appello, aveva rimesso alla Corte Costituzionale della Repubblica italiana la questione di legittimità della norma, certo non preclusa dalle due ordinanze in questione. La Corte, tuttavia, con decisione 61 del 2006 la respingeva (65). Pur criticando la patriarcalità del sistema onomastico italiano, la Consulta osservava che le scelte da adottare per rimediare erano molteplici. Quindi solo il legislatore poteva adottarle essendo precluso un intervento manipolativo della Corte (66). In conseguenza di tale decisione la Corte di Cassazione, cui erano stati restituiti gli atti, respingeva il ricorso. I ricorrenti, pertanto, si rivolgevano alla Corte di Strasburgo dolendosi della violazione degli articoli 8 e 14 della CEDU. Nella sua pregevole decisione la

(63) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122470>.

(64) Corte Cost. ord. n. 176 dell'11 febbraio 1988, pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 8 del 24 febbraio 1988 e Corte Cost. ord. n. 586 del 19 maggio 1988, pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 22 del 1 giugno 1988.

(65) Corte Cost. sent. n. 61 del 16 febbraio 2006 pubblicata in *GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale* n. 8 del 22 febbraio 2006.

(66) La Corte affermava che, *“Tuttavia, l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte. Ed infatti, nonostante l'attenzione prestata dal collegio rimettente a circoscrivere il petitum, limitato alla richiesta di esclusione dell'automatismo della attribuzione al figlio del cognome paterno nelle sole ipotesi in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde diversa volontà, viene comunque lasciata aperta tutta una serie di opzioni, che vanno da quella di rimettere la scelta del cognome esclusivamente a detta volontà - con la conseguente necessità di stabilire i criteri cui l'ufficiale dello stato civile dovrebbe attenersi in caso di mancato accordo - ovvero di consentire ai coniugi che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida, a quella di richiedere che la scelta dei coniugi debba avvenire una sola volta, con effetto per tutti i figli, ovvero debba essere espressa all'atto della nascita di ciascuno di essi”*.

Corte ha in primo luogo respinto la eccezione *de minimis* proposta dallo Stato italiano, per l'obiettivo importanza dell'interesse dei ricorrenti a conservare un cognome che altrimenti si sarebbe estinto. La Corte respingeva, altresì, l'eccezione volta alla declaratoria di cessazione della materia del contendere: il Prefetto di Milano, infatti, ai sensi degli articoli 89 e seguenti del d.P.R. n. 396 del 2000, aveva concesso ai minori il doppio cognome. Come giustamente osserva la Corte, la richiesta delle parti riguardava l'attribuzione del solo cognome materno e non, come praticato dal prefetto, del doppio cognome di entrambi i genitori. Inoltre, il decreto di concessione era intervenuto a ben 13 anni di distanza dalla originaria richiesta. Nel merito, la Corte ricorda quanto deciso nei suoi precedenti *Ünal Tekeli* e *Losonci Rose*, individuando una evidente ingerenza dello Stato italiano nell'atto, profondamente attinente alla vita privata e familiare, di scegliere e trasmettere il cognome ai figli, ingerenza che non dipendeva da altro fattore che il sesso della madre, il genitore legittimo che soccombe per legge in questa vicenda esistenziale. Non senza ricordare i principi egualitari anche tra coniugi della Carta Costituzionale italiana, la Corte ritiene che una regola rigida e inderogabile di attribuzione del cognome paterno persino in caso di diverso accordo tra i genitori violi gli articoli 8 e 14 della CEDU. L'unica opinione dissenziente espressa dal giudice della Serbia, si appunta sulla pretesa soddisfazione in via amministrativa dei ricorrenti mediante la concessione del doppio cognome, ricordando anche la necessità di rispettare il margine di apprezzamento e le tradizioni dei singoli Stati nella materia in questione.

Tuttavia, come risulta dalla nota di Fabrizi, in questo stesso numero, la Corte Costituzionale non ha colto l'opportunità di applicare i principi di *Cusan e Fazzo*, così sostanzialmente violando l'art. 46 CEDU e, di converso, l'art. 117, 1 co. Cost.

Non resta che affidarsi alla diligenza del legislatore al fine di introdurre nell'ordinamento un sistema di trasmissione del doppio cognome sul modello spagnolo e francese, non senza escludere la facoltà per i coniugi di convenire per l'attribuzione di un unico cognome, sia esso quello paterno o materno.

Considerazioni intorno alle possibili ricadute della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014 (debiti pregressi e rapporti di lavoro)

*Adolfo Mutarelli**
*Matteo Maria Mutarelli***

SOMMARIO: 1. Natura, funzione e contenuto della misura ex art. 32, lett. b), d.l. n. 90/2014 - 2. Gli effetti della gestione straordinaria e i rapporti con quella ordinaria - 3. Il necessario raccordo tra gestione straordinaria e gestione ordinaria - 4. Gestione del personale e responsabilità patrimoniale verso gli addetti ai servizi amministrati.

1. Natura, funzione e contenuto della misura ex art. 32, lett. b), d.l. n. 90/2014.

L'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, contempla distinte ipotesi di intervento straordinario tra loro alternative (1). In particolare: l'ordine di rinnovazione degli organi sociali (comma 1, lett. a); la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione (comma 1, lett. b); il sostegno e il monitoraggio dell'impresa (comma 8).

Le misure, applicabili ad appaltatori di opere pubbliche, servizi e forniture, nonché ai concessionari, anche ove destinatari di interdittive antimafia (2) (cfr. comma 10 della richiamata disposizione), hanno in comune il perseguimento degli obiettivi di soddisfacimento dell'interesse pubblico all'esecuzione del contratto, da coniugarsi, in quanto compatibili, con la libertà di impresa (art. 41 Cost.; art. 16 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea).

Mentre la misura prevista dal primo comma, lett. a), tende, in caso di inottemperanza all'ordine di sostituzione imposto dall'autorità, alla rinnovazione degli organi sociali con estromissione dalla *governance* societaria dei soggetti coinvolti nei fatti illeciti, la misura di cui all'art. 32, co. 1, lett. b), tende a rea-

(*) Già Avvocato dello Stato.

(**) Ricercatore confermato di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

(1) L'art. 1, comma 704 della legge 208/2015 (legge stabilità 2016) ha esteso l'applicabilità delle misure straordinarie di cui all'art. 32 l. 90/2014 anche al settore sanitario.

(2) Va in proposito evidenziato che il 1 comma dell'art. 32, d.l. 90/2014, mentre con riferimento all'appalto si riferisce espressamente agli appalti lavori, servizi e forniture, rispetto alla concessione non contiene alcun riferimento al concessionario di servizi pubblici (ma solo al concessionario di lavori pubblici). Tuttavia si è in proposito osservato che la dicitura «appalto di servizi» di cui al comma 1 dell'art. 32 cit. deve intendersi comprensiva di tutti i sistemi contrattuali di affidamento di pubblici servizi, anche laddove si sia utilizzato lo strumento concessorio (in tal senso TAR Campania, Sez. I, 8 febbraio 2016, n. 943). In altri termini, ciò che rileva ai fini dell'applicabilità della normativa in questione è la presenza di un contratto o convenzione per la disciplina di esercizio del servizio pubblico, indipendentemente dal fatto che l'espletamento di tale servizio sia inquadrabile nello schema dell'appalto in senso stretto o della concessione.

lizzare direttamente la gestione straordinaria e temporanea realizzandone il commissariamento *in parte qua*.

Già all'indomani dell'emanazione della legge predetta, l'art. 32, co. 1, lett. b) ha posto non agevoli problemi interpretativi, in particolare con riferimento all'inciso «limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione». È, infatti, evidente che ove l'avverbio «limitatamente» venisse esclusivamente riferito alla misura funzionale *ad contractum*, ciò si tradurrebbe nella mera separazione dell'assetto gestionale da quello proprietario dell'impresa. Quindi, i commissari non sarebbero tenuti ad accollarsi l'intera attività sociale ma unicamente ad orientare la propria attività alla continuità dell'appalto (o concessione) su cui è caduta la misura straordinaria. È evidente che in tale prospettiva interpretativa tale misura non sarebbe volta all'estromissione della *governance* dell'impresa e, quindi, la sospensione dei poteri dell'imprenditore e degli organi sociali, prevista dall'art. 32 in esame, andrebbe circoscritta solo ai contratti e alle concessioni oggetto del commissariamento.

Partendo da altro angolo ermeneutico si è osservato come la sospensione dell'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa, *ex* comma 3 dell'art. 32, non è collegata nella predetta disposizione ai singoli contratti oggetto di commissariamento, sicché dovrebbe ritenersi che la misura realizza un commissariamento globale con azzeramento degli organi sociali (3).

Si è dell'avviso che la prima lettura sia quella più coerente con le finalità della legge anche in quanto maggiormente rispettosa dell'impianto complessivo della stessa. Si aggiunga che, seguendo la seconda opzione ermeneutica, si arriverebbe ad una sorta di azzeramento della *governance* aziendale che, oltre a costituire misura del tutto simile a quella di cui alla lettera a), parrebbe suscitare perplessità costituzionali rispetto alla libertà d'impresa, tanto più se si considera che nella ripetuta ipotesi della lett. a), il legislatore dispone l'azzeramento della *governance*, con sostituzione dei soggetti coinvolti, solo a seguito di inottemperanza all'ordine di sostituzione impartito all'impresa.

Deve, pertanto, ritenersi che la corretta interpretazione dell'art. 32, lett. b), contempra una misura idonea a realizzare una mera gestione separata temporanea circoscritta ai contratti oggetto di commissariamento, con sospensione dei poteri dei titolari dell'impresa e dell'assemblea, per l'intera durata della misura. Tale misura non è, perciò, idonea a scalfire la titolarità aziendale; gli organi societari rimangono in carica e con pieni poteri rispetto a tutte le attività che esulano dai contratti oggetto di commissariamento (4). Del resto, in tal senso appare orientata la giurisprudenza amministrativa (5).

(3) In tal senso L. GIAMPAOLINO, *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in <http://www.igitalia.it/doc/conv1607-14giamp.pdf>.

(4) Per la disamina comparativa delle misure *ex* art. 32 d.l. 90/2014 e quelle di cui al D.Lgs. 231/2001 è agevole il rinvio a R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e*

Nella riferita prospettiva appare significativo rammentare come la straordinaria e temporanea gestione sia stata concepita dall'ANAC quale misura *ad contractum* sin dalla prima proposta di commissariamento, intervenuta addirittura prima della conversione in legge del d.l. n. 90/2014 (6).

Le misure di straordinaria e temporanea gestione disciplinate dall'art. 32 costituiscono una sorta di deroga ai provvedimenti da assumersi a seguito di interdittiva antimafia, ai sensi dell'art. 94, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (7). In realtà, a fronte della regola generale che imporrebbe la caducazione dei contratti in corso, l'art. 32 (da leggersi in sintonia con il comma 3 dell'art. 94 del d.lgs. n. 159/2011 (8)) si pone come eccezione laddove ricorra la necessità di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali e dell'integrità dei bilanci pubblici (9). La differenza tra l'ipotesi eccezionale di cui al comma 3 dell'art. 94, d.lgs. n. 159/2011, e le misure eccezionali previste dall'art. 32 in esame è data dal rilievo che nel primo caso

nel d.l. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 settembre 2015, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

(5) Tar Lazio Roma, Sez. I-ter, 3 febbraio 2016, n. 1519, secondo cui tale misura non incide «in modo sproporzionato o irreversibile sulla governance complessiva dell'impresa, in quanto gli amministratori sono tenuti a realizzare una forma di gestione separata e di carattere temporaneo di un segmento dell'impresa (legato alla esecuzione di quello specifico contratto), mentre gli organi sociali restano in carica per lo svolgimento delle attività di gestione».

(6) Cfr. proposta di commissariamento avente ad oggetto la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa Maltauro S.p.A., in www.anticorruzione.it, nell'apposita sezione "Misure straordinarie art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90".

(7) L'art. 94, comma 2, d.lgs. n. 159/2011 stabilisce: «Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91 comma 7, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite».

(8) L'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011 stabilisce: «I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi».

(9) Con sentenza del 28 aprile 2016, n. 1630, il Consiglio di Stato, Sez. III, ha osservato che fino all'adozione della misura in questione - finché il Prefetto non ritenga sussistenti i presupposti dell'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014 - l'informativa «mantiene inalterati tutti gli effetti interdittivi di cui all'art. 94, commi 1 e 2 d.lgs. n. 159/2011 salva l'eccezionale ipotesi di cui a suo comma III che consente alla stazione appaltante di non procedere a revoche e ai recessi di cui al comma 2 nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico. Pertanto la stazione appaltante è vincolata a recedere dal contratto quando sia stata emessa l'informativa (e salva l'eccezionale ipotesi di cui all'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011) se e fino a quando non sopraggiunga l'eventuale provvedimento di straordinaria e temporanea gestione adottata dal Prefetto per le eccezionali esigenze contemplate dall'art. 32, comma 10 del d.l. n. 90/2014».

la valutazione se continuare il rapporto è rimessa alla stazione appaltante, nell'ipotesi di cui all'art. 32 è rimessa al Prefetto (10).

Costituendo pertanto l'adozione delle misure straordinarie di cui all'art. 32 un'ipotesi di eccezionale inoperatività di taluni degli effetti propri dell'interdittiva antimafia sui contratti, appare evidente come le stesse siano preordinate a garantire l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e alla continuità del servizio, e in tal senso milita dichiaratamente anche il dettato normativo del comma 4 della disposizione qualificando la temporanea e straordinaria gestione dell'impresa come attività «di pubblica utilità ad ogni effetto» (11). Ancora di recente l'ANAC, nella proposta di commissariamento della società Kursal S.r.l., rileva che la misura dell'art. 32 comporta l'attrazione della concessione nell'alveo pubblicistico e «determina la prosecuzione del servizio nell'esclusivo interesse dell'amministrazione concedente e non dell'impresa concessionaria, realizzando un presidio di garanzia» consentendo «in un'ottica di prevenzione e massima anticipazione della soglia di difesa sociale, la gestione delle concessioni in un regime di legalità controllata».

Da quanto precede, emerge che la misura straordinaria di cui all'art. 32, lett. b), in caso di interdittiva può essere assunta solo dopo congrua valutazione che la prosecuzione del rapporto sia idonea a garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali e dell'integrità dei bilanci pubblici, e che il provvedimento interdittivo determina l'affidamento ai commissari della gestione dei contratti commissariati nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano, comprensivi cioè di tutte le situazioni giuridiche attive e passive sino a quel momento realizzatesi, in quanto riferibili ai «contratti commissariati».

2. *Gli effetti della gestione straordinaria e i rapporti con quella ordinaria.*

L'art. 32 non consente, tuttavia, di evincere con ragionevole certezza come debba svolgersi, all'interno dell'azienda, la dialettica tra amministratori straordinari e titolari dell'azienda né, invero, fornisce dei principi cui debba ispirarsi la dialettica aziendale tra organi sociali sospesi in parte *qua* e carenza di potere degli amministratori straordinari rispetto all'attività dell'azienda non oggetto di commissariamento. La norma non chiarisce se tra gestione ordinaria e gestione straordinaria si realizzi una separatezza reale o ideale.

Sembra doversi ritenere che in realtà tra le gestioni si realizzi una separatezza solo ideale, in quanto normativamente sussiste (comma 7, art. 32) il solo obbligo, a carico degli amministratori straordinari, di accantonare in ap-

(10) Cfr. TAR Abruzzo-Pescara, Sez. I, 4 gennaio 2016, n. 1.

(11) Nella relazione annuale ANAC 2015 (pagg. 254-270) in www.anticorruzione.it, si osserva come il commissariamento della CPL Concordia abbia consentito la possibilità di garantire la continuità di circa 1.300 contratti e di contenere gli effetti negativi sul piano occupazionale.

posito fondo l'utile d'impresa, che non può essere né distribuito né formare oggetto di pignoramento, sino all'esito dei giudizi penali ovvero, nei casi di cui al comma 10, all'esito dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti informative antimafia o interdittive.

La lacunosità della fonte normativa primaria viene in parte supplita dalle linee guida ANAC (12) che, di là da ogni considerazione circa il loro possibile inquadramento (13), costituiscono “di fatto” in *subiecta materia* una sorta di *fast law* interpretativa, cui deve conformarsi sia l'attività amministrativa volta all'adozione delle misure di cui all'art. 32 sia la stessa attività dei commissari straordinari.

La carenza di indicazioni nelle previsioni normative e regolative, l'assenza di giurisprudenza e la novità delle problematiche non consentono di delineare sicuri confini di disciplina in tema di rapporti tra gestione ordinaria e straordinaria e, soprattutto, in che misura il pacifico rilievo pubblicistico del commissariamento determini l'estensione del perimetro delle norme applicabili e, quindi, il grado di recessione delle norme di stampo più tipicamente civilistico. Ne consegue una inevitabile opinabilità e mobilità degli esiti interpretativi relativi alla disciplina applicabile a seconda se, *hinc ed inde*, si dia prevalenza all'aspetto pubblicistico o a quello privatistico.

In proposito, recentemente, è stata autorevolmente sottolineata la difficoltà di «delimitare anche temporalmente, il perimetro delle questioni di competenza dei commissari prefettizi per quanto riguarda le risorse umane e strumentali impiegate [...] sia per quanto concerne, ad esempio, i debiti progressi» (14).

Intervenendo in tale aperto dibattito, può osservarsi che il comma 7 dell'art. 32 circoscrive la possibilità dell'accantonamento in un apposito fondo solo in relazione agli utili d'impresa, prevedendone l'impignorabilità temporanea «nel periodo di applicazione della misura straordinaria» e ciò, eviden-

(12) V. in proposito le *Prime Linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac-Prefetture-UTG e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, siglate il 15 luglio 2014, in G.U. 18 luglio 2014, n. 165; le *Secondo Linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, siglate il 27 gennaio 2015; le *Terze Linee guida per la determinazione dell'importo dei compensi da liquidare ai commissari nominati dal prefetto ai sensi dell'art. 32, commi 1 e 10, d.l. n. 90/2014, nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, siglate il 19 gennaio 2016; le *Quarte Linee guida per l'applicazione dell'articolo 32, commi 2 bis e 10 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, alle imprese che esercitano attività sanitaria per conto del servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*, in G.U. 20 agosto 2016, n. 194.

(13) Con riferimento alla natura e al rilievo ordinamentale delle linee guida ANAC rispetto alla disciplina dei contratti pubblici si rinvia a Cons. St., Commissione speciale, 1 aprile 2016, n. 855 e 2 agosto 2016, n. 1767.

(14) Così, testualmente, R. CANTONE - B. COCCAGNA, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti di commissariamento per la costituzione di presidi di legalità nelle imprese*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, 2016, pag. 74.

temente, sia in relazione ai debiti contratti nella gestione straordinaria sia, a maggior ragione, in relazione ai debiti pregressi relativi all'attività della società svoltasi in gestione ordinaria.

Sembra opportuno, in proposito, evidenziare che gli utili considerati dal legislatore sono gli utili d'impresa derivanti dai contratti commissariati, senza alcuna espressa differenziazione tra gli esercizi realizzati prima e dopo la misura interdittiva. Ciò depone nel senso che per la definizione di tali utili sia necessario considerare non solo i ricavi e i costi specifici degli esercizi affidati ai commissari, ma anche i ricavi e i costi derivanti da esercizi precedenti che vengano a maturazione nel periodo di applicazione dell'amministrazione commissariale, ossia tutte le sopravvenienze attive e passive derivanti dai contratti commissariati e dalla loro esecuzione venute ad esistenza nel periodo di applicazione della misura straordinaria indipendentemente dalla circostanza che il momento genetico del debito o del credito sia antecedente al provvedimento interdittivo.

Va ancora sottolineato come dal comma 7 dell'art. 32 non sembra potersi desumere l'esistenza di un patrimonio separato rispetto a quello dell'azienda ma una mera gestione con effetti di separatezza normativa unicamente con riferimento agli utili. Sicché non sembra già assunta a livello normativo una scelta di perfetta separazione patrimoniale. In senso favorevole alla prospettata ricostruzione sembrano militare le stesse linee-guida dell'ANAC nella parte in cui precisano, da una parte, che «la straordinaria e temporanea gestione dà vita, dunque, ad una gestione separata», e, dall'altra parte, che l'art. 2447-*bis* «consente di costituire un patrimonio separato destinato alla gestione della commessa pubblica» (15).

L'adozione di misure di separazione patrimoniale è, pertanto, solo una facoltà rimessa al prudente apprezzamento degli amministratori straordinari (con riferimento ai contratti in gestione straordinaria) che potranno costituire, al fine di realizzare una separazione patrimoniale, un patrimonio destinato alla esecuzione della commessa pubblica attraverso gli strumenti consentiti dall'ordinamento, rispetto ai quali le prime e le seconde linee guida dell'ANAC individuano, per le società per azioni, l'ipotesi dell'art. 2447-*bis* c.c. rubricato «Patrimonio destinato ad uno specifico affare». Sino a quel momento non sembra potersi ritenere che la separatezza gestionale comporti l'esistenza di una perfetta separazione patrimoniale per i contratti pubblici "commissariati" rispetto al complesso delle situazioni attive e passive dell'intera azienda.

Del resto appare utile rammentare che nel nostro ordinamento costituisce principio generale quello del carattere universale della responsabilità patrimoniale, desumibile dall'art. 2740 c.c. secondo cui «il debitore risponde del-

(15) Così in Prime Linee Guida ANAC, pag. 8, e Seconde Linee Guida ANAC, pag. 6

l'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge». Ciò anche in quanto l'universalità del patrimonio costituisce ulteriore profilo della tutela dell'affidamento (16).

Ciò chiarito, deve anche precisarsi che a una impignorabilità del patrimonio destinato alla realizzazione della commessa pubblica, può pervenirsi attraverso indici normativi diversi dall'art. 32 del d.l. n. 90/2014. Può infatti fondatamente ritenersi che l'atto di adozione della misura straordinaria è idoneo a imprimere ai beni individuati e specificati come destinati a pubblico servizio un vincolo di destinazione al soddisfacimento del servizio pubblico con gli effetti desumibili dal combinato disposto di cui agli artt. 826, 828 e 830 c.c. Costituisce, infatti, giurisprudenza pacifica quella secondo cui non sono assoggettabili ad esecuzione forzata i beni facenti parte del patrimonio indisponibile fra cui vanno annoverati (oltre agli edifici destinati a sede di uffici con i loro arredi) anche gli altri beni «destinati a pubblico servizio, accertandosi tale destinazione in concreto e con riguardo ai singoli beni colpiti dall'esecuzione» (17). Con specifico riferimento al vincolo di opponibilità di destinazione a servizio pubblico dei beni, in giurisprudenza si è rilevato che esso può essere impresso da una norma di legge o da un atto amministrativo che trovi fondamento nella legge (18) e, pertanto può ritenersi che tale vincolo, nella fattispecie in esame, possa trovare la sua fonte costitutiva nel provvedimento amministrativo di adozione della misura straordinaria assunto in virtù della previsione normativa dell'art. 32, lett. b), e più opportunamente previo specifico atto commissariale di destinazione a pubblico servizio.

Da quanto sin qui osservato sembra potersi concludere, sul piano generale, che:

- l'*asset* dei contratti commissariati, salvo gli utili accantonati, risponde delle passività pregresse al commissariamento e dei debiti maturati nel periodo della misura interdittiva se e in quanto si tratti di impegni derivanti dai contratti (poi) commissariati, dalla loro esecuzione o comunque strumentali a quest'ultima.

- Nonostante le rilevate ambiguità del dato normativo, deve escludersi invece che l'*asset* affidato alla gestione commissariale possa rispondere anche di eventuali debiti aziendali pregressi non derivanti dai contratti (poi) commissariati. Dal momento dell'assunzione del provvedimento interdittivo (e limitatamente alla sua durata), infatti, i ricavi maturati e maturandi che derivano dai contratti amministrati possono essere impiegati esclusivamente a copertura dei costi derivanti o derivati da quegli stessi contratti, rispetto ai quali l'even-

(16) Del resto la previsione della trascrivibilità degli atti di destinazione, di cui all'art. 2645-ter c.c., serve proprio a rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione con preclusione dell'esecuzione forzata dei beni oggetto del vincolo, salvo che per i beni contratti per lo scopo di destinazione.

(17) Cass. 10 luglio 1986, n. 4496.

(18) Cass. 15 settembre 1995, n. 9727.

tuale saldo positivo costituisce l'utile che i commissari sono obbligati ad accantonare ai sensi del comma 7 dell'art. 32.

3. *Il necessario raccordo tra gestione straordinaria e gestione ordinaria.*

È di solare evidenza che la coesistenza di una gestione ordinaria e di una straordinaria è fonte di problematiche variegata e complesse, anche sotto il profilo della compatibilità costituzionale della misura straordinaria allorché, ad esempio, il commissariamento riguardi contratti che assorbano tutta l'attività dell'impresa. In questo ipotetico caso il vincolo tendenzialmente "conformativo" (19) si tradurrebbe in concreto in un vincolo con connotazione anche espropriativa.

A prescindere da quanto precede è peraltro evidente che sui commissari grava il delicato compito di individuare il giusto punto di bilanciamento tra interesse pubblico alla prosecuzione dei contratti commissariati e libertà dell'impresa. Dovranno, cioè, i commissari individuare la linea di confine che separa la gestione ordinaria da quella straordinaria, sia sotto il profilo economico e contabile, sia per quanto riguarda le risorse umane e strumentali impiegate. In proposito le linee guida ANAC si limitano, invero, a individuare una "gestione separata" di quella parte dell'azienda che dovrà eseguire il contratto pubblico secondo un modello di *governance* che dovrà essere definito dagli amministratori nominati dal Prefetto (20), senza, tuttavia, fornire indicazioni di modelli che dovranno essere di volta in volta individuati rispetto all'assetto aziendale di riferimento.

In proposito deve osservarsi che per la durata della misura straordinaria gli amministratori riassumono in sé tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa, con paralisi dell'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari, con sospensione, per le imprese costituite in forma societaria, anche dei poteri riservati all'assemblea (comma 3, art. 32, d.l. n. 90/2014). Ne consegue che, rispetto alle commesse pubbliche commissariate, i titolari dell'impresa non solo non hanno poteri di alienazione dei beni, ma neanche di poter disporre degli stessi costituendo diritti reali (come l'uso) o di godimento (come la locazione) sui beni funzionali alle commesse commissariate e, più in generale, non possono compiere atti idonei, nemmeno potenzialmente, a ripercuotersi sulla gestione del servizio. In altre parole, rispetto ai poteri di gestione, gli organi ordinari titolari dell'impresa non possono, per la durata della misura straordinaria, assumere iniziative gestionali (relative alle risorse umane e strumentali) che entrino in conflitto reale o virtuale con il perseguimento dell'interesse pubblico che il commissariamento è tenuto a garantire per l'intera durata.

(19) In tal senso si esprimono le linee guida ANAC.

(20) Seconde Linee Guida ANAC, pag. 6.

Da parte loro, gli amministratori straordinari, cui compete la somma dei poteri di amministrazione rispetto ai contratti commissariati, non possono assumere iniziative che, in termini di gestione umane e strumentali, possano costituire minaccia alla redditività dell'azienda. Del resto il rispetto del valore dell'azienda viene confermato dal rilievo contenuto nelle seconde linee guida ANAC, allorché viene evidenziato l'obbligo di restituzione dell'utile all'azienda commissariata laddove il giudizio concernente l'interdittiva sia consacrato in un giudicato favorevole a quest'ultima (21).

Il difficile punto di equilibrio tra interesse pubblico e tutela del valore aziendale va, evidentemente, ricercato e realizzato attraverso una articolata attività dei commissari straordinari, che di volta in volta dovranno individuare i punti di equilibrio tenendo conto e valutando anche le esigenze aziendali rappresentate da parte degli organi di gestione ordinaria. Ciò al fine di evitare crisi o pregiudizi di cui potrebbero rispondere patrimonialmente gli stessi commissari dinanzi alla Corte dei Conti per «eventuali diseconomie dei risultati», nei soli casi di dolo e colpa grave (comma 4, art. 32). Nella riferita prospettiva sembra opportuna misura organizzativa la formalizzazione di momenti di raccordo tra gestione straordinaria e ordinaria per condividere con quest'ultima le scelte gestionali di più significativo rilievo aziendale.

Nell'eventualità in cui sorgano conflitti tra i commissari straordinari prefettizi e i titolari dell'impresa in relazione all'adozione di provvedimenti gestori da assumersi in modo concertato alla luce di quanto sin qui osservato, il compito di risolvere l'*impasse* sembra riservato agli amministratori straordinari, considerato che il provvedimento interdittivo è finalizzato a garantire la prosecuzione del servizio a salvaguardia di interessi di matrice pubblicistica ritenuti prevalenti dal legislatore. In casi del genere, ai commissari straordinari resta affidato il delicato compito di operare in ultima analisi la valutazione, nella concreta situazione, circa l'opportunità dell'assunzione della misura, bilanciando, da una parte, la rilevanza dell'adottando provvedimento sull'esecuzione del servizio considerandone il profilo degli interessi pubblicistici sottesi, e, dall'altra parte, la rilevanza delle ripercussioni organizzative e delle conseguenze economiche che esso è idoneo a produrre sull'azienda complessivamente, assumendo quindi la decisione finale secondo canoni di necessità (della misura) e proporzionalità (del sacrificio imposto agli interessi d'impresa).

4. Gestione del personale e responsabilità patrimoniale verso gli addetti ai servizi amministrati.

È possibile, sulla base di quanto sin qui osservato, esaminare specificamente la problematica della responsabilità della gestione separata rispetto a

(21) Seconda Linea Guida ANAC, pagg. 17 e 18.

obblighi pregressi, anche risarcitori, con particolare riferimento alla gestione delle risorse umane utilizzate nella esecuzione dei contratti commissariati.

Non sembra revocabile in dubbio che la titolarità dei rapporti di lavoro resti in capo alla società (e ai suoi titolari) come qualunque altro contratto o bene aziendale, mobile e immobile, rispetto ai quali il provvedimento interdittivo non modifica l'imputazione soggettiva.

Al pari di quanto accade in relazione a ogni altro rapporto giuridico di natura reale o obbligatoria, agli amministratori compete la gestione (e dunque l'esercizio delle facoltà e dei poteri che vi sono connessi) di tutti i rapporti di lavoro che siano funzionali alla esecuzione di quei contratti di concessione in relazione ai quali il provvedimento prefettizio trova il proprio campo d'applicazione.

Ciò consente, innanzitutto, di configurare in capo agli amministratori straordinari il potere/dovere di porre in essere in autonomia tutti gli atti di gestione relativi allo svolgimento dei rapporti di lavoro (ad esempio organizzazione dei turni di lavoro, assegnazione dei compiti, definizione degli orari di lavoro) del personale addetto in via esclusiva all'esecuzione dei contratti commissariati. In proposito, alla luce di quanto *supra* evidenziato, la gestione autonoma dei commissari straordinari può tuttavia incontrare dei limiti qualora l'adozione dei provvedimenti gestori sia idonea a proiettarsi stabilmente sull'assetto organizzativo dell'azienda ovvero ne possa intaccare la redditività. Laddove, infatti, l'adozione di tali provvedimenti, pur necessitata dagli interessi pubblicistici connessi alla prosecuzione dei contratti, possa comportare effetti duraturi idonei a travalicare il periodo di interdittiva ovvero possa realisticamente risolversi in una diminuzione delle redditività dell'impresa, tali provvedimenti andranno assunti con il coinvolgimento degli organi sociali titolari dell'impresa (si pensi, ad esempio, all'attribuzione di inquadramenti superiori, oppure all'introduzione di trattamenti retributivi più elevati rispetto a quelli previsti dal ccnl applicato o, comunque, in atto al momento del provvedimento di interdizione).

Per quanto riguarda gli atti di gestione del personale "promiscuo", ossia addetto non solo all'esecuzione dei contratti commissariati ma anche ad altre attività aziendali non commissariate, sembra evidente, per quanto già osservato, che tali atti di gestione debbano essere sempre assunti con il coinvolgimento anche dei titolari dell'impresa, considerata la loro idoneità ad incidere immediatamente anche su segmenti di attività che esulano dalle attribuzioni dei commissari.

In relazione, poi, all'eventuale instaurazione o estinzione di rapporti di lavoro di personale da adibire o addetto a funzioni relative, in tutto o in parte, all'espletamento dei contratti commissariati, anche tali atti dovrebbero sempre essere assunti dai commissari straordinari coinvolgendo gli organismi ordinari dell'impresa. Le assunzioni e i licenziamenti, infatti, sono atti intrinsecamente destinati a incidere stabilmente sull'assetto organizzativo e produttivo aziendale, anche in considerazione dell'elemento fiduciario che contraddistingue i rapporti di lavoro.

Poiché, come si è visto *supra*, il provvedimento interdittivo non sembra comportare una perfetta separazione patrimoniale tra le risorse dell'impresa derivanti dai diversi contratti (tra cui quelli amministrati) ma solo l'impignorabilità e la separazione, peraltro temporanea, degli utili relativi ai contratti amministrati (oltre alla separazione meramente gestionale), non sembra possibile segregare, salvo che per gli utili accantonati, i debiti riconducibili ai contratti amministrati a seconda che essi siano sorti prima o dopo il provvedimento interdittivo, e ciò vale anche per i debiti derivanti dallo svolgimento di rapporti di lavoro.

Per quanto attiene, dunque, ai debiti verso lavoratori addetti all'esecuzione dei contratti amministrati, non sembra possibile operare alcuna distinzione temporale circa il momento della loro insorgenza, apparendo decisiva l'intrinseca riconducibilità dei rapporti di lavoro in questione all'esecuzione dei contratti affidati all'amministrazione commissariale. Del resto, in proposito, vale anche la considerazione che il provvedimento interdittivo determina l'affidamento ai commissari della gestione dei contratti di appalto/concessione nello stato in cui si trovano, comprensivi cioè di tutte le situazioni giuridiche attive e passive sino a quel momento realizzatesi. Eventuali debiti insorti in relazione ai rapporti di lavoro del personale addetto all'esecuzione dei contratti commissariati, dunque, potranno legittimamente essere estinti dagli amministratori straordinari con i proventi derivanti dall'esercizio dei servizi oggetto dei contratti amministrati, indipendentemente dal momento (precedente o successivo al provvedimento interdittivo) in cui tali debiti siano sorti.

Su un piano più generale, del resto, può osservarsi che laddove sussista una responsabilità dell'azienda, sia di natura contrattuale che extracontrattuale, direttamente derivante dal contratto di concessione (poi) commissariato o dalla sua esecuzione, indipendentemente dal momento in cui essa sia insorta, non pare revocabile in dubbio che di essa debba rispondere l'azienda anche con il patrimonio e le risorse affidate alla gestione commissariale, dal momento che, come si è visto, dal tenore dell'art. 32, d.l. n. 90/2014, e dalle stesse Linee Guida Anac, non sembra evincersi alcuna separazione patrimoniale e, a maggior ragione, alcuna segregazione dei debiti su base esclusivamente temporale (eccezion fatta, come già rilevato, per l'impignorabilità e l'accantonamento temporanei degli utili eventualmente risultanti dall'attività commissariata e salva l'adozione di misure ai sensi dell'art. 2447-*bis* c.c.).

Né a conclusioni diverse potrebbe giungersi in considerazione dell'obbligo dei commissari di agire nell'interesse pubblico, che si colloca su un diverso piano. Un tale obbligo, infatti, certamente pervade l'attività dei commissari che devono ispirare all'interesse pubblico (come specificato dal comma 10 dell'art. 32) le proprie scelte gestionali e, ancor prima, costituisce il criterio guida dell'amministrazione per l'adozione del provvedimento interdittivo. Esso, tuttavia, se è sicuramente riferibile alla attività commissariale

nel suo complesso, non può costituire di per sé il criterio per distinguere le diverse situazioni debitorie dell'azienda, le quali, laddove derivino dai contratti (poi) commissariati ovvero dal loro esercizio, rientrano tutte nell'ambito della gestione affidata ai commissari (nell'interesse pubblico).

La problematicità delle questioni sollevate e il rilievo che le stesse possono evidentemente assumere nelle variegati ipotesi che la realtà presenta agli operatori, rende auspicabile l'intervento di una regolazione normativa che esplicitamente chiarisca se, in che termini e con quali modalità, la separatezza tra gestione ordinaria e gestione straordinaria debba o possa tradursi - nel rispetto di un equo bilanciamento tra l'evidente rilievo pubblicistico della misura straordinaria, la tutela dell'affidamento (22) e la libertà d'impresa - sul piano della responsabilità della gestione straordinaria per debiti pregressi, contrattuali e non, anteriori al commissariamento.

(22) Com'è noto, il principio del legittimo affidamento trova piena cittadinanza nel diritto europeo grazie all'opera creativa della giurisprudenza comunitaria, la quale ha da tempo affermato che «il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario» (Corte di giustizia, 3 maggio 1978, C-112/77, *Töpfer c. Commissione*; Corte di Giustizia, 19 settembre 2000, C-177/99 e C-181/99, *Ampafrance and Sanofi*; Corte di Giustizia, 18 gennaio 2001, C-83/99, *Commissione c. Spagna*). Sul punto ALLA L., *Il legittimo affidamento nel diritto europeo e nel diritto interno*, in http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2012/11/Alla_legittimo-affidamento.pdf.

Atto di provenienza amministrativa e prova penale

*Antonio Pugliese**

L'attività amministrativa di vigilanza ha un ruolo da "comprimario", in chiave preventiva soprattutto, nella lotta alle condotte che possono porsi in conflitto con certi beni tutelati dal sistema. Però, come si vedrà, non è detto che l'atteggiamento del cittadino rimanga confinato nel solo ambito dell'illecito amministrativo. Questo è vero soprattutto dando uno sguardo ad alcune frontiere del diritto penale sostanziale: reati ambientali e tributari. Settori nei quali, l'Amministrazione spesso si muove quale soggetto privilegiato e, inevitabilmente, spesse volte è chiamata ad assumere diverse iniziative istruttorie. Ebbene, sullo stretto confine tra illecito amministrativo e penale, e dunque sui diritti che devono essere tutelati in questa fase lato sensu investigativa, verterà l'approfondimento. Lo scopo è prettamente ricognitivo, si cercherà, in definitiva, di descrivere lo stato dell'arte.

SOMMARIO. 1. Il tema - 2. Gli "indizi di reato" e gli atti a finalità c.d. mista - 3. Rischi connessi ad un'utilizzazione poco attenta - 4. Polizia amministrativa e giudiziaria nell'ambito delle attività ispettive e di vigilanza - 5. Il progressivo formarsi dell'orientamento più garantista - 6. Ultimi approdi giurisprudenziali - 7. Conclusioni.

1. Il tema.

Al momento della sua formulazione, l'articolo 220 disp. att. c.p.p. (1), riferito all'emergere di indizi di reato in un'indagine pubblica extra-penale, sembrava potesse dar compiuta ed espressa risposta alle istanze garantiste che già da anni interrogavano la giurisprudenza (2). La disposizione, regola il caso in cui, nel corso di attività ispettive o di vigilanza - condotte in sede amministrativa - si scopra l'esistenza di un possibile reato. Affiorato l'indizio penalmente rilevante, entrano in gioco le garanzie assicurate dal codice di rito. Atti successivi, posti in essere non osservando quelle garanzie sono pertanto da considerare invalidi.

A dispetto della linearità del ragionamento appena illustrato, l'interpretazione della norma continua ad essere oggetto di incertezze applicative.

In effetti, sulla questione si è formata una corposa giurisprudenza, spesso in disaccordo sulle soluzioni da adottare. Un punto di svolta, a favore di soluzioni - vedremo - più garantiste, è costituito dalla sentenza a Sezioni Unite della Cassazione del 2001 (3), dopo che sul punto era già intervenuta la Corte costituzionale (4).

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bologna.

(1) R.E. KOSTORIS, *Sub art. 220*, in E. AMODIO, O. DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Appendice, Milano, 1990, p. 74.

(2) Si vedano, per stare alla sola giurisprudenza costituzionale, Corte Cost., n. 86 del 1968; nn. 148, 149 del 1969; n. 248 del 1983; n. 15 del 1986; n. 330 del 1990.

Più recentemente si è registrata un'oscillazione all'interno della Sez. 3 pen. dalla quale è opportuno prendere le mosse nel tentativo di comprendere quali e quante difficoltà comporti il quesito in questione. In estrema sintesi, la Cassazione, a distanza di meno di venti giorni, ha sfornato due decisioni dal contenuto diametralmente opposto. In entrambi i casi si eccitava l'inutilizzabilità del processo verbale di constatazione redatto dalla Guardia di finanza, dopo che erano emersi indizi di reato: la prima pronuncia (5) rigettava le tesi difensive; la seconda (6), invece, le accoglieva.

Nel primo caso, si è ritenuto del tutto legittimo l'uso probatorio del processo verbale (d'ora in avanti Pvc), e ciò in quanto esso costituirebbe atto irripetibile, legittimamente acquisibile al fascicolo per il dibattimento e, pertanto, liberamente valutabile dal giudice ai fini decisori. Nella prima sentenza, la Corte non ha inteso effettuare un'attenta analisi degli elementi critici riconducibili a questo indiscriminato utilizzo (7). Affatto diverso è il percorso argomentativo offerto dai giudici di legittimità nella seconda pronuncia, dove si sono condivise le critiche della difesa che palesavano l'evidente limite dell'argomentazione sviluppata dal giudice di secondo grado. Secondo l'impostazione della Corte d'appello, infatti, non potrebbe essere accolta una questione di inutilizzabilità, fondata sull'art. 220 disp. att., quando quest'ultima si riferisca ad accertamenti fiscali della Guardia di finanza atti ad accertare reati tributari con soglia di punibilità. Il motivo: l'evidenza dei reati in questione può esservi solo a seguito dell'espletamento dell'attività d'accertamento, quindi, non vi sarebbe nessun indizio prima di quel momento. Senza entrare nel merito della risposta della Corte - comunque contraria a questa impostazione - che sarà oggetto delle successive riflessioni, solo si nota che così procedendo si rischia di non dar giusta lettura del termine indizio, il quale, preme dirlo sin d'ora, è molto distante dall'idea di evidenza di reato.

La disposizione in esame non poteva che porre i numerosi interrogativi che ha posto; essa si colloca in uno spazio colmo di significati, incrocio nevralgico del procedimento penale, luogo ove attuare un calibrato bilanciamento tra diritti di difesa, da un lato, ed efficacia repressiva delle agenzie di controllo sociale, dall'altro. Era, dunque, quasi inevitabile lo scontro dialettico.

(3) Cass. Pen., Sez. Un., n. 45477 del 2001.

(4) V. *supra*, nota "2".

(5) Cass. Pen., sez. III, n. 1973 del 2015.

(6) Cass. Pen., sez. III, n. 4919 del 2015.

(7) Conviene riportare per intero lo stralcio della motivazione che si riferisce alla questione: «A ben vedere, infatti, il giudice di prime cure ha costruito il proprio convincimento anche sulla base di altri elementi tra i quali il processo verbale della GDF che, secondo consolidata giurisprudenza di questa Corte, ben può essere utilizzato quale prova ai fini della decisione dibattimentale (*ex pluris* Cass. sez. III n. 36399/2011 secondo la quale "costituisce atto irripetibile, e può quindi essere inserito nel fascicolo per il dibattimento, il processo verbale di constatazione redatto dalla Guardia di Finanza per accertare o riferire violazioni a norme di leggi finanziarie o tributarie")».

La norma fotografa una situazione processuale ibrida in cui è probabile che alcuni degli atti compiuti dagli organi amministrativi abbiano anche un valore spendibile all'interno del procedimento penale (8). Conoscenze acquisite in sede amministrativa ambiscono a sortire valore probatorio in sede penale (in maniera impropria, considerate le diverse regole di accertamento che caratterizzano rispettivamente l'istruttoria amministrativa e la formazione della prova penale). In verità, quanto detto potrebbe anche rappresentare l'approdo fisiologico di una buona attività di controllo e vigilanza svolta dai funzionari pubblici, ma ciò non rende certo meno rilevante lo studio sui limiti di utilizzabilità di questi atti prodotti al di fuori del rito, dunque - ed è questo l'elemento che più di ogni altro desta preoccupazioni - al di fuori delle garanzie assicurate dalla legge processuale.

Cerchiamo di centrare sin da subito la questione più ardua: il rapporto fra acquisizione processuale di atti a finalità c.d. mista e rispetto delle garanzie difensive pone il problema dei «limiti che l'ammissibilità di tali [atti] incontra nelle regole concernenti il diritto al contraddittorio e la formazione dibattimentale della prova» (9).

2. *Gli indizi di reato e gli atti a finalità c.d. mista.*

Gli atti a finalità mista hanno un appiglio normativo nell'art. 220 disp. att. c.p.p. Sono quelli posti in essere da soggetti appartenenti all'amministrazione pubblica in un contesto particolarissimo, ossia quando la loro attività si muove sui sottili e non sempre ben visibili confini tra istruzione amministrativa e attività cognitiva penale. La problematica a ciò riconnessa è presto individuata: si deve garantire, con un discreto grado di certezza, che le attività poste in essere dall'Amministrazione, nella misura in cui le informazioni da essa raccolte rivestano un qualche significato a fini penali, non ledano diritti difensivi tutelati dal codice e, ancor prima, dalla Costituzione (art. 24 comma 2 e art. 111 commi 3, 4). In altre parole, se si vogliono evitare facili aggiramenti della normativa processuale penale, occorre individuare con precisione il momento a partire dal quale l'accertamento va condotto secondo le regole imposte dal codice di rito, assai più rispettose delle garanzie individuali delle regole che presidiano l'istruttoria amministrativa.

Compito del citato articolo 220 disp. att. è, per l'appunto, individuare tale momento. Vi si legge: “quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergano indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova (...) sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del co-

(8) In questo senso, T. RAFARACI, *Reati tributari con soglia di punibilità e applicazione dell'art. 220 disp. att. c.p.p.: la Cassazione rimarca i diritti della difesa*, in *Rivista della Guardia di finanza*, n. 3 del 2015, p. 674.

(9) Per un'interessante ed approfondita analisi sul tema, anche in chiave comparata, R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, 1992, p. 156.

dice". Subito si affacciano alcuni quesiti: bisogna attendere che si sia mostrato, in maniera compiuta o quasi, un reato? O è sufficiente che sussista una mera possibilità di attribuire rilevanza penale ad un dato fatto? E ancora: si deve essere in grado di attribuire il presunto fatto di reato ad un soggetto determinato?

Dalla risposta a tali quesiti discende tutto il sistema delle garanzie che il codice appresta alla difesa, ed è a quest'ultimo collegato a "doppio filo" il tema della spendibilità in sede processuale di quelle risultanze frutto della fase, *lato sensu*, investigativa. Procrastinare eccessivamente il momento dal quale si ritiene emersa una *notitia criminis*, anzi, un indizio di reato, finirebbe con l'erodere oltre misura lo spazio a legittime aspettative della difesa.

Questa è dunque la questione da affrontare prioritariamente.

Come già detto, l'art. 220, individua il *tempo* del rito penale all'emersione degli indizi di reato. Diciamo subito che qui, il termine indizi, ha significato ben diverso da quello che compare nell'art. 192, comma 2, c.p.p. con riguardo al prudente apprezzamento delle prove da parte del giudice di merito. Gli indizi di cui si occupa il citato articolo 220 non evocano l'idea di prova critica o prova logica fondate su ragionamenti probabilistici; alludono, più semplicemente, all'insorgere del personale convincimento dell'organo investigativo di essere in presenza di un reato; nulla di più. Facendo un'ispezione amministrativa, capita di imbattersi occasionalmente in un reato. Tale è la situazione assunta a premessa dell'art. 220.

Per queste ragioni, sembra eccessivo ritenere formato un indizio, contrariamente a quanto detto inizialmente dalla giurisprudenza (anche costituzionale), quando ci sia «una sufficiente specificazione sia del fatto che del soggetto cui è attribuibile» (10), questa conclusione rischia di spostare troppo in là il momento in cui scattano le garanzie processuali. Non bisogna inoltre dimenticare che «il momento in cui emerge l'indizio di reato non coincide sempre e necessariamente con la scoperta del correlativo indiziato. Non v'è implicazione necessaria fra questi due termini» (11).

È più conveniente alle esigenze del caso, oltre che più in linea con la stessa ragion d'essere della norma, fare riferimento ad una concezione quasi embrionale del termine, ad una mera possibilità di reato. È dunque plausibile che l'art. 220 sia destinato ad operare quando la «pubblica amministrazione - nelle sue molteplici e diversificate attività di ispezione e vigilanza - venga a conoscenza di un possibile reato» (12). In ciò intravedendosi, come è stato segnalato, un parallelismo, in riferimento agli effetti, tra indizio di reato e *notitia criminis*: «la notizia di reato - allo stesso modo dell'indizio ex art. 220 - è il presupposto al

(10) In questo senso, M. GUERNELLI, *Aspetti operativi e processuali dell'attività di p.g. nel nuovo c.p.p.*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991.

(11) R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., p. 156.

(12) In questo senso, R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., p. 156.

cui verificarsi deve seguire l'applicazione della normativa processuale penale» (13). Il fatto che il parallelismo sia effettuato solo in merito agli effetti non è certo questione da poco. Gli indizi «si collocano in un momento necessariamente antecedente al manifestarsi degli elementi che integrano la notizia di reato» (14), la quale sarebbe dunque contraddistinta da una maggior determinatezza in ordine agli elementi su cui si fonda. Ciò conferisce alla norma un taglio giustamente garantista, molto più di quanto non si sia disposti a riconoscerle.

In definitiva, dando risposta agli interrogativi poc' anzi esposti (15), si ritiene sufficiente che sussista una mera possibilità di attribuire rilevanza penale ad un dato fatto, perché possa dirsi soddisfatta la condizione di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p.

Quando si manifesta questa possibilità, sarà il *tempo* del rito penale.

3. I rischi di un'utilizzazione poco attenta.

Le premesse poste, rappresentano un accettabile punto di partenza per verificare i limiti entro i quali l'atto amministrativo possa valere come prova in un giudizio penale di colpevolezza.

Una considerazione preliminare tuttavia si impone. Gli atti amministrativi (pur formati da un'autorità pubblica) non sono di per sé equiparabili ad atti d'indagine penale, inoltre, non sono tutti della stessa specie. Completezza espositiva imporrebbe una precisa "catalogazione" dei vari e possibili atti, ma qui, per comprensibili limiti di brevità, si analizzeranno solo quelli a finalità c.d. mista (vale a dire, idonei a recare conoscenze riguardanti fatti penalmente rilevanti). Date queste premesse, si può procedere ad una rigorosa verifica in merito alle condizioni che questa particolare specie di atti misti debbono rispettare affinché sia ammesso un qualche loro uso nel processo penale (16).

Sullo sfondo restano tutte le regole che ispirano l'assunzione probatoria e, in particolare, l'oralità, l'immediatezza, il principio del contraddittorio nella formazione della prova, quello di parità fra le parti e, non ultimo, il principio di legalità.

(13) R. ORLANDI, *Atti e informazione*, cit. p. 156. Ci pare importante rilevare come il parallelismo sia stato effettuato in riferimento agli effetti, e non in merito alla sostanza. In effetti gli "indizi" che ci interessano, non debbono essere ben formati come sarebbe una notizia di reato, ciononostante sono in grado di produrre i medesimi effetti. Quanto affermato da questa dottrina, a nostro avviso, trova conferma nelle parole che il legislatore spende nell'ambito dell'art. 220 disp. att. c.p.p., ove, similmente all'art. 55 c.p.p., ordina a chi ha condotto le attività investigative, di procedere secondo le norme del codice nei casi in cui "emergano indizi di reato", che è ciò che sarebbe chiamato a fare un ufficiale di polizia giudiziaria nel caso in cui raccogliesse una notizia di reato. A nostro avviso, dunque, si potrebbe guardare all'art. 220 come fosse una norma di raccordo del sistema.

(14) L. NISCO, *Paletti all'efficacia del Pvc, risultanze non utilizzabili se non si rispetta la procedura*, *ItaliaOggi*7, 23.02.2015.

(15) *Supra*, v. § 2.

(16) R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit. p. 133.

L'esame a «viva voce», innanzi al giudice che sarà poi chiamato a decidere, nel contraddittorio fra le parti è, innegabilmente, l'elemento maggiormente a rischio se si accogliesse la teoria - qui criticata - che considera per la maggior parte acquisibili gli atti provenienti dall'amministrazione. Il rispetto di questi principi costituisce uno degli obiettivi della legge processuale penale (17). Pare opportuno, allora, illustrare in questa sede le principali problematiche che, in termini molto pratici, possono ricondursi agli atti misti.

Prendiamo gli atti a contenuto dichiarativo che documentano informazioni provenienti dalla persona nei cui confronti si svolge l'attività ispettiva e consideriamo a parte gli accertamenti tributari, intesi come conclusione di una precedente attività ispettiva volta a stabilire il *quantum* di evasione o, comunque, la condotta illecita del contribuente. Queste categorie, anche in virtù dei materiali che si passeranno in rassegna, sono fra le più problematiche, quelle che hanno sollevato la maggior parte delle incertezze in sede applicativa.

Iniziamo dagli atti a contenuto dichiarativo e, nel dettaglio, gli atti contenenti le dichiarazioni di chi potrebbe divenire, in una progressione processuale, indagato prima, imputato poi. La situazione è facile da immaginare. Nel corso di un'attività ispettiva, una persona è posta nella condizione di dover «collaborare» con l'amministrazione, magari a pena di sanzione amministrativa, ma nel farlo rischierebbe di rendere dichiarazioni auto-indizianti.

I dubbi che possono nascere appaiono intuitivi: bisognerà sentire quel soggetto affidandosi alle regole codicistiche o si può legittimamente restarne al di fuori? È qui che affiora la necessità di dare giusta lettura di quegli «indizi di reato» di cui al 220; tutto può essere ricondotto a quel momento. Se si ritenesse di attendere l'emersione di un indizio meglio formato, si dovrebbe procedere a prescindere dalle garanzie del codice: varrebbe già qui il principio *nemo tenetur se detegere*?

Sul punto si tornerà più avanti, ma, sin d'ora, è bene evidenziare come sia anche e soprattutto per situazioni come questa che si ritiene più corretto adoperare una concezione embrionale di indizio, una mera possibilità di reato appunto. Non bisognerà attendere che il soggetto abbia «deposto» per aprire (paradossalmente) le porte del codice di procedura (18).

Meno intuitiva, forse, la questione afferente agli accertamenti tributari.

In quest'ambito, ed ai fini di assicurare la più alta partecipazione dei con-

(17) L'affermazione è liberamente ispirata a R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., nota "7", p. 139.

(18) A nostro avviso, se si considerasse questa come unica via percorribile, si giungerebbe ad un «involuzione» del sistema. Dovremmo sostenere, infatti, che le regole del codice, in riferimento a quel soggetto, si applicheranno solo dopo che vi sia stata la loro impunita violazione. Dal nostro punto di vista ad essere messo in crisi potrebbe essere anche il principio di uguaglianza e ragionevolezza. Pare che vi sia il rischio di dover qualificare gli indagati secondo schemi differenti: i più e i meno fortunati, ed i più fortunati sarebbero quelli già inseriti nei procedimenti penali. Si segnala come la questione, qui solo introdotta, sarà oggetto di un pi approfondito vaglio in sede di conclusioni.

sociati alle spese pubbliche, è consentito «l'esercizio di poteri istruttori [finalizzati ad] esercitare la funzione di accertamento dei tributi, di riscossione e di irrogazione di sanzioni» (19). Il mancato rispetto della normativa tributaria può condurre il contribuente, o il presunto evasore se si preferisce, verso sanzioni sia amministrative sia penali. Da questo punto di vista, è di grande interesse analizzare il rapporto tra Amministrazione e cittadino, per stabilire se ed entro quali limiti il secondo sia tenuto a collaborare con la prima, anche a costo di nuocere a se stesso (20).

Sotto questo aspetto, appare istruttivo soffermarsi sui Pvc redatti dalla Guardia di finanza. La scelta non è casuale, essi rappresentano gli atti su cui di recente si è soffermata una giurisprudenza oscillante fra ragioni repressive e ragioni del garantismo.

In effetti i Pvc hanno sollevato e sollevano tutt'ora molte perplessità in merito all'operatività dell'art. 220, ciò in quanto si sostiene che gli indizi di reato possono emergere solo al compimento degli atti richiamati, e questo soprattutto per le evasioni tributarie con soglie di punibilità. Occorre rilevare, a riprova dell'oscurità che ha riguardato la tematica, che per lungo tempo la giurisprudenza della Cassazione ha qualificato i Pvc come prove documentali che potevano entrare nel processo per la comoda via dell'art. 234 c.p.p., con conseguente aggiramento dell'art. 220.

Non bisogna calare questo orientamento tanto in là nel tempo, basta volgere lo sguardo al 2015. Si è in parte già detto, ma pare opportuno riprendere la questione. La Cassazione (21), pochi giorni prima di un'altra sferzante pronuncia (22), ha annoverato, in maniera anche abbastanza semplicistica per le argomentazioni offerte, i Pvc fra gli atti irripetibili, per questa ragione acquisibili al fascicolo per il dibattimento ed utilizzabili dal giudice nel giudizio di colpevolezza (23). Ciò, allora, consente a noi di ricordare come le modalità di acquisizione delle prove sono regolate da regole e divieti cogenti nel nostro sistema penale.

Non sono certo nuove le teorie che sottolineano la centralità del tema nell'ambito di un sistema votato allo schema accusatorio. Neppure sembra opinabile il rilievo secondo il quale conferire una simile rilevanza al *modus* nella formazione della prova muove nel pieno rispetto delle intenzioni del legislatore, la cui aspirazione era quella di costruire un ordinamento processuale che si fondasse sul principio della legalità della prova (24). Lo scopo, in con-

(19) P. SORBELLO, *La valutazione di sospetti, indizi e notizie di reato nel passaggio (incerto) dalle attività ispettive alle funzioni di polizia giudiziaria*, *Diritto penale contemporaneo*, 2/2016, p. 128.

(20) In merito a questo aspetto si richiamano le considerazioni svolte poche righe più su.

(21) Cass. Pen., sez. III, n. 1973 del 2015.

(22) Cass. Pen., sez. III, n. 4919 del 2015.

(23) In quella occasione la Corte non ha inteso effettuare un approfondito vaglio dei principi che ispirano l'acquisizione probatoria.

clusione, era quello di «sottolineare la funzionalità delle relative regole rispetto alla formazione del convincimento del giudice» (25).

Se l'orientamento della passata giurisprudenza ha trascurato i principi richiamati, l'evoluzione più recente sembra più aperta alle istanze garantiste.

Merita di essere segnalata, in particolare, una recente pronuncia della Cassazione (26) in cui si è provveduto a prendere una ferma presa di posizione, in chiaro disaccordo con quanto soli pochi giorni prima si era sostenuto. La sentenza sarà oggetto di una più attenta riflessione fra qualche pagina, per ora sarà sufficiente sapere che in quella sede è stata affermata l'inutilizzabilità dei Pvc nella parte in cui questi si fossero formati solo dopo l'emersione della *notitia criminis*.

Si chiude, invece, questo paragrafo individuando a quale regime di invalidità debbono essere ricondotte le violazioni di cui si è detto. Si condivide qui la tesi, maggioritaria, che vede nell'inutilizzabilità (27) la giusta sanzione. L'art. 220 disp. att. vuole garantire il rispetto, per assicurare le fonti di prova - o le prove, se l'atto è irripetibile - delle regole di cui al codice. Dunque, «se le forme stabilite non sono rispettate, l'atto non potrà avere (...) valore di prova» (28).

Questa distinzione non è solamente dogmatica, possiede anche diverse e rilevanti conseguenze pratiche: il regime di rilevabilità del vizio. Riconducendo i vizi alla sanzione dell'inutilizzabilità, non sfugge che il vizio - elemento certo non secondario - potrà essere rilevato anche d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del procedimento.

4. Polizia amministrativa e giudiziaria nell'ambito delle attività ispettive e di vigilanza.

Quanto si è detto, svela un altro profilo problematico: quello dell'asserita distinzione tra funzione di polizia amministrativa e giudiziaria.

Ora, in via preliminare, si consideri come, secondo insegnamento tradizionale (29), i concetti di polizia amministrativa e giudiziaria debbono tenersi distinti, perché diversi sono gli interessi che lo Stato intende perseguire. Mentre alla polizia amministrativa sarebbero assegnate per lo più funzioni preventive o di perseguimento di illeciti posti a tutela di interessi settoriali

(24) Molti autori hanno affrontato la questione. Fra molti si vedano M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 182; V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, G. CONSO, V. GREVI e M. BARGIS, settima edizione, e, con specifico riguardo alle tematiche qui trattate, R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit.

(25) V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, cit., p. 314.

(26) Cass. Pen., sez. III, 4919/2015.

(27) In giurisprudenza, fra le altre, Cass. Pen., sez. III, n. 12254 del 2014; Cass. Pen., sez. III, n. 28053 del 2011.

(28) Così, G. BISCARDI, *Atti a finalità mista, indizi di reato e garanzie difensiva. Una sintesi difficile*, *Processo penale e giustizia*, n. 6 del 2015, p. 159 ss.

(29) Si veda, tra gli altri, S. GIAMBRUNO, voce *Polizia giudiziaria*, in *Dig. dis. pen.*, vol. IX, Utet, p. 597 ss.; B. BRUNO, voce *Polizia giudiziaria*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè 1985, p. 159 ss.

dell'amministrazione pubblica, verificando la corrispondenza del comportamento dei cittadini alle leggi, ai regolamenti e agli atti amministrativi in genere; alla polizia giudiziaria spetterebbero funzioni repressive nel campo penale. Quindi, a seguito della asserita commissione di un reato, essa prenderà notizia del reato, impedirà che venga portato a conseguenze ulteriori, ricercherà gli autori e - per quanto qui interessa - potrà in essere le attività utili per assicurare le fonti di prova (30). Dunque, siccome la polizia amministrativa esprime un potere di vigilanza, mentre quella giudiziaria esprime un potere «istruttorio o preistruttorio, preordinato ai fini giurisdizionali» (31), le due attività debbono tenersi su piani diversi. Le prime saranno, come ha affermato certa giurisprudenza, *neutre* rispetto al procedimento penale (32).

Non sono state poche le critiche a questa distinzione, non è raro imbattersi in contributi in cui si ritiene intollerabile che sulla scorta di una distinzione dogmatica, sconfessata - a volte - dalla pratica del diritto, non si riconoscano, o meglio, si ledano le tutele difensive in ordine alla formazione della prova penale (33).

Questo è vero soprattutto - elemento che ha spesso acceso gli animi -, se si considera che l'atteggiamento del cittadino può di frequente travalicare i confini dell'illecito amministrativo. Si comprende bene, quindi, come la discussione possa facilmente assumere anche un certo rilievo pratico. Qualificare in maniera adeguata i soggetti che compiono attività d'indagine, ampiamente intesa, e dunque asservirli a certe (più rigorose) regole piuttosto che altre, può anche fare la differenza tra la libertà o le carceri, tra il candore di un certificato penale bianco o il marchio socialmente (ancora) infamante di una condanna. Molti sono stati gli esempi portati dalla dottrina.

Ed allora, venendo al pur particolare caso dei prelievi e delle analisi, si è sostenuto che queste attività siano «inconsciamente» (34) tese alla ricerca di prove da spendersi in un processo penale. Ancora più incisiva l'affermazione secondo cui sarebbe «utopico ed irrealistico» (35) sostenere che l'attività di vigilanza persegua fini meramente amministrativi.

Insomma, secondo questo filone interpretativo, più che a reali differenze, saremmo di fronte ad un "garbuglio" (36).

(30) V. art. 55 c.p.p.

(31) N. FURIN, *Polizia amministrativa e polizia giudiziaria; possono le pretese distinzioni tra queste funzioni limitare le garanzie difensive nell'ambito dell'attività ispettiva e di vigilanza amministrativa?*, in *Cassazione Penale*, Fasc. 7-8, 1999, p. 2441.

(32) Fra le tante, Corte cost., n. 69/1968, Corte cost., n. 122/1974.

(33) Per un'attenta ed interessante analisi sul tema, N. FURIN, *Polizia amministrativa*, cit.

(34) V. E. AMODIO, *Modalità di prelievamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 1970, p. 116 ss.

(35) M. NOBILI, *Atti di polizia amministrativa utilizzabili nel processo penale e diritto di difesa: una pronuncia marcatamente innovativa*, in *Foro italiano*, 1984, I, p. 375 ss.

(36) "Se tutto il codice dovessi volgere, se tutto l'indice dovessi leggere, con un equivoco, con un sinonimo qualche garbuglio si troverà" penserebbe Bartolo, ne "Le nozze di Figaro", W.A. Mozart.

Incisiva appare la critica avanzata da chi crede che questa distinzione «si risolve in uno strumento artificioso, con il quale si tenta invano di dare fondamento giuridico alla scelta di negare i diritti di difesa (...), privando il cittadino dell'unico mezzo mediante il quale egli può autogarantirsi nei confronti dello Stato durante l'espletamento di un procedimento che lo può portare all'incriminazione e al processo» (37).

Si noti solo che, secondo la prima lettura, sarebbe più facile garantire l'ingresso degli atti nel procedimento penale. Si potrebbe utilizzare, in ipotesi e senza pretese di esaustività, l'art. 234 c.p.p. aprendo, a questi atti, le porte del processo (38).

Ovviamente le posizioni che, molto sinteticamente, si sono riportate - e riservandoci di prendere più puntuale posizione solo in sede di *conclusioni* - manifestano anche due modi diversi di guardare al processo. Riaffiora quella dicotomia di cui molto si è già detto: chi sostiene un processo penale efficace, e chi vorrebbe che ad essere efficaci fossero le garanzie individuali. Questo, in estrema sintesi, l'oggetto della controversia.

La questione è tutt'altro che sopita e molto di recente è riemersa l'esigenza di un'attenta riflessione in riferimento alla qualifica da attribuire ai funzionari ARPA, materia sulla quale sono tornate sia la Cassazione sia la Corte costituzionale (39). Dall'analisi delle due pronunce si comprende bene quali siano i criteri utili per identificare con precisione quale debba essere la qualifica da attribuire ad un soggetto. L'ambito in cui si muovono i giudici è quello ambientale, oggi al centro di un rinnovato dibattito.

Negli ultimi due anni, infatti, il legislatore si è mostrato più sensibile alle tematiche ambientali ed ha così provveduto, nel 2015 (40), ad un corposo rinnovamento della risposta penale a comportamenti ritenuti lesivi del diritto costituzionale ad un *ambiente salubre* (41). L'intervento legislativo è senz'altro in linea coi tempi moderni, nei quali l'attenzione per la salute, che passa anche ed inevitabilmente per una nuova attenzione verso l'ambiente, occupa buona parte dei dibattiti politici. Assume pertanto un sicuro rilievo l'interrogativo in merito alla qualifica soggettiva dell'operatore ARPA.

Ebbene, la strada da seguire, in un'analisi critica circa la corretta qualifica da abbinare ad un soggetto, deve essere una giusta sintesi tra elementi prettamente processuali ed altri sostanziali; bisogna guardare, cioè, alle attività svolte

(37) Così, N. FURIN, *Polizia amministrativa*, cit., p. 2446.

(38) Per un'attenta e minuziosa analisi, R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., p. 133 ss.

(39) Cass. Pen., sez. III, n. 50352 del 2016 e Corte cost. n. 8 del 2017.

(40) Il legislatore è intervenuto con la L. n. 68 del 2015.

(41) Anche per questa ragione, per la nuova risposta penale, il tema costituisce il più moderno terreno di dialogo. Oggi più che in passato, infatti, concedere o meno l'ingresso al dibattimento di atti, analisi nello specifico, spesso irripetibili costituisce una maggiore fonte di rischio, e ha riaperto le luci sulla questione che, per la verità, è stata altre volte affrontata.

dagli operatori, ai beni che quell'attività vuole difendere e alla fonte del loro potere. In pratica bisognerà affiancare agli articoli 57 e 55 del codice di rito, che descrivono *chi*, astrattamente, è chiamato a svolgere certe funzioni e di *quali* funzioni si tratta, una domanda in merito a *cosa* deve essere protetto. In definitiva, bisognerà chiedersi se la materia in cui si interviene sia presidiata dalla legge penale. Tutto ciò, è bene ricordarlo, non può prescindere da un'analisi, come detto, circa la fonte del potere di questi soggetti, fonte che deve essere statale.

In questo senso si colloca la richiamata sentenza della Consulta, ove si censura la pratica di individuare tramite legge regionale (nel caso di specie, della Basilicata) gli operatori (ARPA) cui attribuire la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria. Questa pratica si pone in aperto conflitto con l'art. 117, co. 2, let. l) della Costituzione, che assegna alla legislazione statale, in via esclusiva, l'attribuzione di funzioni e poteri in capo ai soggetti processuali, ivi compresi gli organi di polizia giudiziaria (42).

Si tornerà in seguito sull'argomento, ma sin d'ora preme dire che una simile digressione è tutt'altro che estranea al tema proposto, ciò in quanto la qualifica soggettiva dell'operatore ha chiari riflessi sul regime di utilizzabilità degli atti da questi posti in essere. Si pensi, ad esempio, al caso in cui le indagini siano condotte, dopo l'emergere degli indizi di reato (dunque quando già si dovrebbe parlare di indagini preliminari penali), da un soggetto cui non può essere ricondotta la qualifica di polizia giudiziaria, quale la sorte processuale degli atti prodotti? Saranno radicalmente inutilizzabili? (43).

5. *Il progressivo formarsi dell'orientamento più garantista.*

Sino ai primi anni 2000 la giurisprudenza di legittimità si mostrava non troppo garantista, seguiva una strada che sembrava descrivere i due ambiti, quello amministrativo e quello penale, come nettamente diversi e, seppur innegabili apparivano i punti d'incontro, non pareva preoccuparsi troppo dei rischi o dei pericoli che potevano subentrare ad un incontrollato contatto (44).

Nel 2001, con una sentenza di notevole impatto, le Sezioni Unite della Cassazione (45) analizzarono, nello specifico, l'utilizzabilità della testimonianza di un ispettore del lavoro circa dichiarazioni a lui rese nel corso del-

(42) Prendendo spunto dalle parole della Consulta, è giusto il caso di segnalare come la scelta del legislatore regionale (ossia la legge della Regione Basilicata n. 37/2015, il cui art. 31, co. 4, ha subito la declaratoria di incostituzionalità) «si spiega con l'obiettivo di rendere maggiormente efficaci l'attività ispettiva in materia ambientale, in un contesto normativo [statale] che, anteriormente alla riforma recata dall'art. 14, comma 7, della legge 28 giugno 2016, n. 132 (...), si prestava ad opposte interpretazioni in ordine all'esistenza di una fonte (appunto, statale) idonea ad attribuire al personale ispettivo delle agenzie la qualifica in questione».

(43) Sul punto si tornerà in sede di conclusioni.

(44) Fra le tante, Cass. Pen., sez. II, 25 giugno 1997, Donciglio; Cass. Pen., sez. II, 27 novembre 1998, Ricci; Cass. Pen., sez. II, 18 febbraio 2000, Tornatore.

(45) Cassazione, SS.UU. 45477/2001.

l'inchiesta amministrativa da persona poi sottoposta alle indagini. In quella circostanza, i due primi giudici non reputarono violata nessuna delle disposizioni poste a pena di inutilizzabilità sull'assunto che le dichiarazioni auto - ed etero - accusatorie erano state rese nel corso di un'indagine meramente amministrativa, non toccava il processo penale, sicché non vi era stata la violazione degli articoli 62 e 63 c.p.p.

Su questa linea, trincerandosi dietro l'idea taumaturgica di "libero convincimento" (art. 192 c.p.p.), si riteneva ammissibile ed utilizzabile la testimonianza "in quanto (avrebbe) ad oggetto un fatto storico estraneo al procedimento penale e liberamente valutabile dal giudice" (46). Così facendo però, si può aggiungere, si rischia di non guardare il problema dalla giusta prospettiva. V'è di più, «argomenti di questo tipo rovesciano i termini della questione, in quanto antepongono il potere giudiziale di valutazione della prova alle regole sui limiti di ammissione e utilizzazione della stessa. In realtà, sono questi ultimi a circoscrivere l'ambito entro cui può esercitarsi il convincimento giudiziale» (47). E poi, sarebbe troppo facile far leva sul citato art. 192, con un'interpretazione così palesemente lesiva del diritto di difesa e del complesso di regole che disciplinano le modalità di formazione della prova a pena di nullità o inutilizzabilità.

In quella occasione, il Supremo Collegio colse l'occasione (48) per censurare questa linea di pensiero, contraria ai principi della nostra Carta fondamentale, principi sui quali, tra le altre cose, e proprio in relazione alle attività amministrative, si era espressa anche la Corte costituzionale, sotto la vigenza del vecchio codice di rito (49), sino ad allora inascoltata.

Nel 2001 le Sezioni Unite, dando finalmente seguito alle risalenti decisioni della Consulta, finirono per affermare la supremazia del diritto di difesa rispetto ad altre esigenze statuali. L'articolo 24 Cost., in effetti, pretende che la difesa sia effettiva e le argomentazioni mosse dai giudici sino ad allora non giustificavano certo la compressione del diritto che, nei fatti, era già in atto. All'epoca la Corte non giunse ad affermarlo, ma oggi, forti di un'interpreta-

(46) Cassazione, SS.UU. 45477/2001.

(47) R. ORLANDI, *Atti e informazione*, cit., p. 197. Le argomentazioni dell'autore continuano in maniera sempre più convincente, si afferma «D'altra parte sarebbe illogico asserire che il convincimento giudiziale possa esercitarsi su un mezzo di prova vietato ai fini del decidere».

(48) Nel caso esaminato dalla Cassazione, l'ispettore del lavoro, a seguito di una denuncia anonima, intraprese un'attività istruttoria in merito a tutti i rapporti di lavoro di una piccola colonia agraria nella zona di Alessandria della Rocca. In questa sua attività, raccolse anche le dichiarazioni di una donna, che diverrà in seguito indagata (quindi imputato nel successivo processo penale), la quale rese delle dichiarazioni auto-accusatorie. In quel caso, dunque, gli "indizi di reato" di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p. si erano palesati con forza e le indagini non potevano che continuare nel rispetto del rito penale e delle sue garanzie. In definitiva, gli atti prodotti successivamente al momento dell'emersione della *notitia criminis* erano da considerarsi inutilizzabili.

(49) Fra le altre, Corte cost. n. 248/1983; n. 15/1986; n. 330/1990.

zione che nel frattempo si è fatta strada, si può certamente dire che una simile impostazione, di fatto, gettava nel nulla la disposizione di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p.

Una chiosa a parte merita la giurisprudenza costituzionale che, senza paura di essere contraddetti, possiamo dire costituisce il sostrato degli odierni sviluppi. In effetti, le radici del problema affondano negli oramai risalenti anni '60, '80 e '90.

Non sfuggì che l'art. 225, del previgente codice di rito, nella parte in cui consentiva, in certi casi, il compimento di veri e propri atti istruttori ad iniziativa degli ufficiali di polizia giudiziaria era in attrito con l'art. 24 della Costituzione. Anche oggi, ferme le differenze, valgono le considerazioni che ricordavano come ad essere proibite non dovevano intendersi, *tout court*, le indagini di polizia, ma solo "quelle che si risolvono in veri e propri atti istruttori da utilizzare nel processo" (50).

In maniera del tutto conforme, fu corretto opinare che se è lecito che in sede ispettiva siano effettuati dei campionamenti senza preavviso, lo stesso non può dirsi in merito al momento delle analisi dei campioni prelevati destinate ad essere poi utilizzate in sede penale. Infatti, se il materiale risultasse deteriorabile (*rectius* irripetibile l'accertamento), l'anticipazione alla fase amministrativa delle garanzie difensive è condizione necessaria per l'uso probatorio (in sede penale) dei relativi risultati (51). Quando funzionari della P.A. effettuano accertamenti sotto le vesti di ufficiali di polizia giudiziaria, e questi risultino sfavorevoli alle persone interessate, ossia quando possono profilarsi ipotesi delittuose a loro carico, devono trovare spazio i meccanismi idonei a garantire almeno un minimo di contraddittorio e di assistenza e di difesa (52). Difatti, se è vero che il 24, co. 2 Cost., proclama come inviolabile la difesa in ogni stato e grado del procedimento, non vi sono ragioni per non comprendervi anche gli atti di polizia giudiziaria. È chiaro come il disagio fosse già ben radicato presso il Giudice delle Leggi.

La stessa Consulta si è per verità mostrata, delle volte, titubante. È così capitato che a ferme posizioni di principio seguisse poi una pronuncia, come dire, più accomodante nei riguardi dell'interpretazione meno garantista (53). Comunque, al di là di questo, si consideri come, all'epoca, la Corte non poteva fare riferimento ad un dato senza il quale, oggi, ogni analisi sui principi che informano la materia penale sarebbe incompleta: l'art. 111 Cost., quale espressione, soprattutto in campo penale, di una concezione avversariale del diritto probatorio.

(50) In questo senso, Corte cost. n. 86 del 1968 e 248 del 1983.

(51) Corte cost. n. 248 del 1983.

(52) In questo senso, fra le altre, Corte cost. n. 149/1969 e n. 15/1986.

(53) Si veda, N. FURIN, *Polizia amministrativa*, cit. p. 2452. Lo stesso N. FURIN, *op. cit.*, p. 2447 ss., porta ad esempio il rapporto fra i principi contenuti nella sentenza n. 86/1968 e la successiva pronuncia n. 149/1969.

Ed allora, appare stridente con il senso del 111 tutta quella giurisprudenza, ancora presente, che, a dispetto dei principi in esso solennemente affermati nei commi 3 e 4, non presta la giusta attenzione al tema dell'utilizzabilità degli atti c.d. misti. Molte prove, o elementi di prova, potrebbero così formarsi al di fuori del contraddittorio, senza che vi sia il consenso dell'imputato, una comprovata condotta illecita o una (reale) accertata impossibilità di natura oggettiva.

Non può essere neppure sottaciuta la problematica riconnessa alla ragionevole durata dei processi, soprattutto in seguito alla recente pronuncia della Corte Costituzionale (54). La sentenza da ultimo richiamata, infatti, afferma che il processo penale deve considerarsi iniziato - ai fini della ragionevole durata - quando l'indagato, in seguito ad un atto dell'autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico. Se nel corso del processo dovesse emergere che l'attività che si assumeva come amministrativa, in realtà fosse da qualificare come di polizia giudiziaria, e dunque dovessero riportarsi indietro le lancette dell'orologio ad un periodo più o meno risalente, questo avrebbe riflessi non solo sul regime dell'utilizzabilità delle prove, ma anche sul rispetto del principio di ragionevole durata. Insomma, rischierebbe di essere un lungo ed ingiusto processo.

Sulla scorta di quanto detto, neppure va trascurata la necessità che il processo sia ricondotto ai parametri del *fair trial* secondo le norme della Cedu così come fatte vivere dalla Corte di Strasburgo (55). D'altronde, nessuna asserita esigenza di giustizia, a nostro avviso, può dirsi soddisfatta se raggiunta per compromessi. Il fine, sotto questo punto di vista, non può giustificare i mezzi (56).

6. *Ultimi approdi giurisprudenziali.*

A far data dalla sentenza delle Sezioni Unite, come anticipato, qualcosa è cambiato (57), pare si sia acquisita una consapevolezza maggiore in merito al bisogno di riconoscere agli indagati tutti gli strumenti concessi loro dal sistema per difendersi. Si colloca in questo senso, ad esempio, l'ordinanza con la quale il Tribunale di Vicenza (58) ha escluso l'utilizzabilità dei risultati di accertamenti irripetibili compiuti nel corso della fase di indagini, secondo la dispo-

(54) Corte cost. n. 184 del 2015. Commento di M. PAPPONE, *Irragionevole durata del processo, dopo la pronuncia n. 184/2015 della Consulta: il termine decorre anche dalla conoscenza formale del procedimento durante le indagini preliminari*, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

(55) L'art. 4 della Convenzione, § 1, afferma "ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole".

(56) In questo senso, N. FURIN, *Diritto di difesa*, cit.

(57) Si vedano, fra le altre, Cass. 6881/2009 e Cass. 15372/2010.

(58) Ordinanza del Tribunale di Vicenza del 5 febbraio 2009, nota a cura di N. FURIN ed E. DE NEGRI, *Utilizzabilità nel dibattimento di prelievi, campionamenti, analisi effettuati nelle indagini preliminari*, in *Ambiente&Sviluppo*, 8/2009.

sizione dell'art. 223 disp. att. c.p.p., anziché dell'art. 360 c.p.p., più aperto alle garanzie difensive (59).

Ed ancora, proprio negli ultimi anni, questa consapevolezza ha raggiunto nuove frontiere, tuttavia non tutti i dubbi concernenti la materia sembrano siano stati fugati, ed ancora resistono ambiti ai quali il problema pare sconosciuto (60).

Marcatamente garantista, come detto, è la recente sentenza della Cassazione (61) con la quale si affronta il problema della difficile relazione tra indizio di reato, spendibile ai fini del 220, e reati con soglie di punibilità (62).

La pronuncia ha avuto una certa eco (63) ed in effetti gli elementi in essa contenuti sono per buona parte rassicuranti. Si è scelta la via di una radicale critica ad un modo di operare irrispettoso delle regole codicistiche. In effetti, nell'affermare l'inutilizzabilità del Pvc nella parte in cui quest'ultimo si sia formato dopo l'emergere di indizi di reato, la Cassazione ha manifestato un certo disagio. La sentenza si distingue per il forte invito, rivolto essenzialmente ai soggetti che conducono le indagini, ad effettuare una valutazione onesta, nel senso di schietto e, perché no (?), leale apprezzamento degli elementi raccolti durante la fase di vigilanza amministrativa, di modo che sia consentita l'operatività del rito penale non appena vi sia la «concreta probabilità che la soglia possa essere superata» senza aspettare, quindi, che i documenti diano la «prova» del superamento delle soglie (64).

Senza il rispetto di queste indicazioni, il Pvc è inutilizzabile come prova

(59) La sentenza tocca un tema delicatissimo, ossia il complesso rapporto tra accertamenti irripetibili ed indizi di reato. Il caso di cui alla pronuncia riguardava un procedimento relativo ad un'illecita gestione di rifiuti. All'epoca l'ARPA effettuò delle analisi e dei campionamenti irripetibili a norma dell'art. 223 disp. att. nonostante la presenza di persone indagate alle quali, dunque, non fu garantita adeguatamente la difesa. Il Pm chiese l'acquisizione al fascicolo dibattimentale, ai sensi dell'art. 431 c.p.p., degli esiti delle analisi, essendo compiute nel corso di un'investigazione meramente amministrativa e secondo le regole di cui all'art. 223 disp. att. Innanzi alle eccezioni della difesa, però, il giudice, ravvisando una lesione dei diritti difensivi, ed affermando che si sarebbe dovuto procedere secondo l'art. 360 c.p.p., dispose l'estromissione dal fascicolo dibattimentale dei verbali di prelievo e di analisi.

(60) Questo è ancora vero per i casi in cui un curatore fallimentare acquisisca informazioni dal fallito. V. Cass. Pen., Sez. V, n. 41429 del 2016. Si veda anche, G. BISCARDI, *Atti a finalità mista*, cit., p. 156.

(61) Cass. Pen., sez. III, 4919/2015.

(62) Il problema è stato affrontato in ordine ai reati tributari, segnatamente quello di cui all'art. 4 del D.Lgs. 74/2000, per la cui punibilità è previsto il superamento di certe soglie.

(63) Si vedano, T. RAFARACI, *Reati tributari con soglia di punibilità*, cit., L. NISCO, *Paletti all'efficacia del Pvc*, cit., L. AMBROSI - A. IORIO, *Indizi di reato, verbali ad utilizzo ridotto*, in *Sole 24 ore*, 16 febbraio 2015.

(64) Del tutto onestamente, le ultime parole espresse dalla Cassazione («concreta probabilità») lasciano un po' l'amaro in bocca. Difatti, facendo un'analisi grammaticale ancor prima che giuridica, si nota che tra «mera possibilità» - tesi qui sostenuta - e «concreta probabilità», corre un diverso grado di apprezzamento. Le nostre preoccupazioni, però, possono dirsi diminuite in virtù dell'oggetto di quella sentenza, un atto che tipicamente è stato usato per spostare in là il confine tra amministrativo e penale (il Pvc). Sotto questo punto di vista, la sentenza è molto incisiva.

nel dibattimento penale. La sentenza, dunque, si colloca nel senso delle cose che abbiamo detto e sconfessa l'assunto secondo il quale nei reati "soglia", come quelli del caso di cui si occupava la Cassazione, si debba attendere il superamento della stessa. Da ciò si desume che il momento valutativo in riferimento all'emersione degli indizi di reato è certamente importante e merita particolare attenzione: quando è prevedibile, tornando per un attimo sul punto, che le condotte su cui si investiga lasceranno emergere un reato, bisognerà procedere nel rispetto delle garanzie difensive assicurate dal codice (65).

Recentissima e significativa anche l'ordinanza del Tribunale di Paola (66) con la quale si accoglie la questione sollevata dalla difesa in ordine all'inutilizzabilità degli atti frutto delle analisi di cui all'art. 223 disp. att. c.p.p. (67). In effetti l'ordinanza effettua una puntuale ricognizione sul tema e specifica quali sono le condizioni che giustificano l'operatività dell'art. 223 e quali, al contrario, prevedono l'abbandono della fase amministrativa e l'ingresso nel procedimento penale (68).

L'art. 223, distinguendo tra analisi revisionabili e non (quindi irripetibili) già predispose alcuni strumenti di tutela. Così, ad esempio, è previsto, per le analisi che non possono essere oggetto di revisione, che gli interessati assistano, anche con un loro tecnico, al compimento delle stesse. Si badi bene però: le tutele apprestate dall'articolo sono sufficienti solo nel caso in cui si rimanga nello stretto ambito dell'attività amministrativa; in pratica anch'esse

(65) Procedendo in senso contrario, e cioè ritenendo impossibile l'applicazione dell'art. 220 disp. att. nel caso dei reati con soglia di punibilità, si finirebbe per ignorare *"del tutto che ben prima del momento di sintesi finale in cui, «tirando le somme», si prende eventualmente atto dell'avvenuto superamento delle soglie, possono senz'altro profilarsi, e solitamente si profilano, elementi sintomatici indicativi di un probabile sviluppo nel senso della rilevanza penale, tali da imporre l'applicazione dell'art. 220 disp. att., in ossequio alla ratio di garanzia che gli è propria"*, così, T. RAFARACI, *Reati tributari*, cit., pp. 678 e 679.

(66) Tribunale Collegiale di Paola, ordinanza del 9 dicembre 2016.

(67) Testualmente nell'ordinanza è detto che "occorre distinguere tra prelievo inerente ad attività amministrativa disciplinato dall'art. 223 e prelievo inerente ad attività di polizia giudiziaria nell'ambito di un'indagine preliminare, per il quale è applicabile l'art. 220 disp. att. poiché, per questa ipotesi, operano in via generale le norme di garanzia della difesa previste dal codice di rito, mentre per la prima i diritti della difesa devono essere assicurati solo laddove emergano indizi di reato, nel qual caso l'attività amministrativa non può definirsi *extraprocesum*; che è causa di inutilizzabilità (...). Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, il presupposto per l'operatività dell'art. 220 disp. att. c.p.p., e dunque per il sorgere dell'obbligo di osservare le disposizioni del codice di procedura penale per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire ai fini dell'applicazione della legge penale, è costituito dalla sussistenza della mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto che emerge dall'inchiesta amministrativa e nel momento in cui emerge, a prescindere dalla circostanza che esso possa essere riferito ad una persona determinata (Sez. Un., 28 novembre 20014, n. 45477, Raineri)".

(68) Le brevi considerazioni che seguono, ovviamente, sono tutt'altro che esaustive, ma, visto anche le finalità ricognitive che si sono poste, è sembrato opportuno farne menzione. È poi il caso di segnalare come il tema, seppur vicino a quello oggetto della nostra attenzione, in realtà, rischia di sfociare nel diverso e complesso campo degli accertamenti, ripetibili e non. Anche per questa ragione, di seguito si tratteranno le questioni che sembrano tangere il presente approfondimento, senza andare oltre.

sono soggette al *discrimen* di cui all'art. 220. Quindi, nel caso in cui quelle attività, in realtà, siano da collocarsi entro il diverso ambito delle indagini preliminari, le garanzie offerte dall'art. 223 risulterebbero insufficienti. Quelle analisi non revisionabili, in realtà, costituirebbero accertamenti irripetibili e ciò comporta l'utilizzo di tutt'altre precauzioni. Ed allora, in questa ipotesi, dovrebbe trovare applicazione l'art. 360 c.p.p., si dovrà dunque provocare l'intervento del difensore dell'indagato, al quale deve essere consentito di avanzare riserva di incidente probatorio.

Se, invece, non dovessero emergere indizi di reato, e comunque nel rispetto delle regole contenute nell'art. 223, i risultati degli accertamenti potranno anche confluire direttamente nel fascicolo del dibattimento; se così non fosse quegli atti saranno inutilizzabili come prove dibattimentali, ed il regime di inutilizzabilità che si deve applicare, visto anche il tenore del terzo comma dell'articolo (69), è quello dell'inutilizzabilità c.d. fisiologica (70).

7. Conclusioni.

Si è compresa l'importanza di attribuire un giusto significato all'art. 220, per garantirne un'effettiva operatività. Ora, come emerge dalle parole spese, si ritiene molto più confacente alla *ratio* della norma e più coerente con il nostro sistema processuale, proporre una lettura estensiva del termine indizio. Insomma, come segnalato più volte, si deve ritenere soddisfatta la condizione di cui all'art. 220 ogniquale volta gli organi investigativi abbiano già raccolto elementi che gli consentono, «anche con un amplissimo margine di dubbio» (71), di ritenere astrattamente possibile la rilevanza penale di un fatto. I nostri indizi, e qui si apre la parentesi conclusiva, non solo sono inadeguati a fondare un giudizio di responsabilità (72), ma possono esserlo - ed è qui che emerge

(69) Testualmente, l'art. 223, co. 3, "I verbali di analisi non ripetibili e i verbali di revisione di analisi sono raccolti nel fascicolo per il dibattimento [art. 431 c.p.p.], sempre che siano state osservate le disposizioni di cui ai commi 1 e 2".

(70) Valgono per le analisi di campioni, in termini generali, le considerazioni esposte in merito agli accertamenti tributari: gli indizi di reato in riferimento ai reati ambientali spese volte si ritengono emersi solo dopo il compimento delle analisi. A differenza degli altri atti che si sono passati in rassegna, le analisi manifestano, però, una maggiore preoccupazione del legislatore che dedica a questi ultimi una specifica norma, l'art. 223 disp. att. Le preoccupazioni sono fondate. Le attività di cui al 223 spesso si risolvono in accertamenti irripetibili, le attenzioni debbono essere per forza maggiori. Anche per il 223 vale però lo spartiacque di cui al 220: innanzi agli indizi di reato si deve passare al codice di procedura. Lo scopo della disposizione è quello di anticipare alcune delle garanzie difensive già alla fase amministrativa, si consente, nello specifico, all'interessato di partecipare alla fase di analisi. Le tutele, però, sono pur sempre parziali, e neppure lontanamente paragonabili a quelle offerte dalla norma che par fare il controcanto al 223, il 360 c.p.p. Quest'ultimo consentirebbe la partecipazione della difesa non solo durante le analisi, ma anche a quelle di prelievo e campionamento, oltre che concedere la possibilità di avanzare richiesta di incidente probatorio, il quale, aprendo una parentesi dibattimentale in fase d'indagine, farebbe salvo il diritto al contraddittorio.

(71) N. FURIN, *Diritto di difesa*, cit., p. 2718.

(72) In questo senso si colloca la distanza tra l'art. 220 e l'art. 192, co. 2, c.p.p.

il carattere marcatamente garantista della norma - anche in riferimento ad un'eventuale rinvio a giudizio. Debbono *solo* essere in grado di orientare quella che nasce come indagine amministrativa verso i nuovi binari dell'indagine preliminare.

In merito all'asserita distinzione tra polizia amministrativa e giudiziaria, in termini generali, la distinzione ha senso di esistere; ma ha senso sino a quando non si verifica la condizione di cui al citato art. 220. Vogliamo essere più chiari: in quel momento l'attività di polizia amministrativa è già tesa «a verificare se il soggetto controllato abbia o meno violato norme di rilievo penale [quindi] essa equivale a tutti gli effetti ad un'attività di polizia giudiziaria» (73). In merito a ciò, però, si impone una precisazione.

Non si può certo affermare che l'art. 220 disp. att. (74) attribuisca automaticamente la qualifica di ufficiale o agente di polizia giudiziaria al soggetto che compie l'ispezione amministrativa (75); ben può profilarsi, al contrario, l'ipotesi in cui l'operatore di polizia amministrativa sia destinato a restare tale. Sotto questo punto di vista, l'emergere di indizi di reato farebbe sorgere in capo a costui (76) il dovere di presentare denuncia per iscritto ai sensi dell'art. 331 c.p.p. Questo vuole anche dire che l'operatore di polizia amministrativa cui, in ipotesi, non può essere attribuita la qualifica di polizia giudiziaria, potrà continuare a svolgere legittimamente le sue attività solo e rigorosamente in ambito amministrativo, se, infatti, si avventurasse in indagini penali, emergerebbe l'assoluta "carenza di potere", e l'intero esito investigativo dovrebbe essere (patologicamente) inutilizzabile (77). Tutto ciò svela un problema di non secondaria importanza: le conoscenze acquisite in sede amministrativa possono confluire indistintamente in sede penale?

Come si è avvertito, l'atto amministrativo - riguardato dal punto di vista del suo ipotizzabile valore probatorio - va esaminato alla stregua del contenuto che lo caratterizza. Non è questa la sede per un'esaustiva trattazione (78): basti

(73) N. FURIN, *Diritto di difesa, indizi*, cit., p. 2726.

(74) O meglio, che il solo superamento del confine tra amministrativo e penale.

(75) Si rimanda, sul punto, a quanto esposto nel § 4.

(76) Quando si tratti di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.

(77) La questione è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza in ordine alla qualifica da attribuire alle guardie volontarie venatorie, o alle guardie nazionali E.N.P.A. (Ente nazionale protezione animali), ed in merito all'eventuale potere di procedere al sequestro probatorio. Valga, ad esempio, quanto affermato dalla Cass. Pen., sez. VI, n. 37491 del 2010 "Le guardie zoofile dell'E.N.P.A. (Ente nazionale protezione animali) non rivestono in alcun caso la qualifica di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria e non possono procedere pertanto al sequestro probatorio", o ancora quanto affermato da Cass. Pen., sez. III, n. 15074 del 2007 "Orbene alle guardie volontarie delle associazioni di protezione dell'ambiente (come il WWF) non risulta riconosciuta la qualifica di polizia giudiziaria né dalla L. n. 157 del 1992, né da altra normativa speciale (...). Stante la mancanza della qualifica di Agente o Ufficiale di P.G. nei confronti delle guardie volontarie che hanno operato in concreto il sequestro probatorio, consegue la illegittimità dello stesso, perché eseguito in violazione delle norme di cui agli artt. 354 e 355 c.p.p."

(78) Si rimanda, per l'attenta e minuziosa indagine, a R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit.

considerare che gli atti amministrativi possono avere contenuto dichiarativo di terzi (potenziali testimoni); possono contenere dichiarazioni compromettenti rese dal futuro imputato; può contenere un accertamento tecnico; può, infine, esprimere la sintesi conoscitiva nella quale si è complessivamente concretata l'attività ispettiva o di vigilanza (come accade, ad esempio, con i Pvc). Il rischio appare evidente: acconsentire a che il contenuto di simili atti confluisca, indiscriminatamente, nel processo penale - e dunque anche nella parte dichiarativa -, si configurerebbe come un sin troppo facile aggiramento delle regole che disciplinano il diritto probatorio. Questo impone una considerazione. I risultati dell'istruttoria extra-penale non dovrebbero essere ricondotti, in maniera semplicistica, al concetto di prova documentale. Ciò rischia di dar eccessivo risalto alla loro provenienza - formati fuori dal procedimento penale - ma non al loro contenuto.

Quanto detto vale anche per i Pvc (79), i quali, essendo atti eterogenei, possono contenere delle dichiarazioni raccolte durante l'attività investigativa. L'utilizzo sommario degli stessi rischia di produrre una evidente lesione ai principi che informano l'accertamento penale. Così, ad esempio, se le dichiarazioni rese alla Guardia di finanza prima dell'emergere degli indizi di reato, potessero essere indiscriminatamente acquisite in giudizio, ciò «farà sì che esse acquistino una valenza probatoria invece negata (essendone negata l'acquisizione) alle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria durante l'indagine penale (nonostante queste ultime possano magari dirsi potenzialmente più attendibili, in quanto rese in un contesto formalizzato secondo le indicazioni del codice di rito)» (80).

Quanto agli atti amministrativi contenenti dichiarazioni compromettenti rese da chi, successivamente, è divenuto imputato nel processo penale, vengono in considerazione relevantissimi principi che ispirano il sistema processuale penale italiano. Su tutti, come già segnalato, il c.d. *nemo tenetur*.

In questo caso pare opportuno considerare separatamente l'ipotesi in cui il soggetto che procede in sede amministrativa possa cumulare funzioni di polizia giudiziaria e il caso in cui, invece, egli non possa accedere alla diversa qualifica. Ovviamente l'analisi, per quanto qui interessa, deve essere effettuata in relazione al discrimine rappresentato dal 220 disp. att. Nel primo caso, invero, il problema appare di più agevole soluzione. Si potrebbe sostenere che l'art. 63 c.p.p., in realtà, sia comunque destinato ad operare.

(79) Si consideri che la giurisprudenza pare univocamente orientata nel ritenersi acquisibili ed utilizzabili in sede penale ai sensi dell'art. 234 c.p.p.

(80) T. RAFARACI, *Reati tributari*, cit., p. 684. Sempre T. RAFARACI, *op. cit.*, continua con un'interessante chiosa: «eventuali forzature dettate dall'aspettativa di poter fruire di un (...) largheggiante regime acquisitivo sarebbero [comunque] del tutto frustrate dalla declaratoria giurisdizionale di radicale inutilizzabilità del processo verbale di constatazione nella parte che si riferisce all'attività compiuta, senza l'osservanza delle disposizioni del codice di rito, dopo l'emersione degli indizi di reato».

Quando emergono gli indizi di reato l'operatore già muoverebbe nelle diverse vesti di ufficiale o agente di P.g. e dovrebbe, quindi, interrompere l'esame, avvisare il dichiarante della possibilità che sul suo conto potrebbero essere condotte altre indagini, e comunque le dichiarazioni già rese non potrebbero essere usate contro il dichiarante.

In merito all'ipotesi, invece, in cui il soggetto che riceve le dichiarazioni non possa cumulare funzioni di P.g. il discorso pare più complesso. In linea di massima, però, si potrebbe comunque applicare in via analogica il citato art. 63, che, a ben vedere, fa retroagire la garanzia del *nemo tenetur* a un momento in cui ancora il dichiarante non ha assunto la qualifica di persona sottoposta alle indagini. Pertanto, nel caso in cui le indagini amministrative si siano protratte ben oltre il limite del 220, si potrebbe sostenere che le dichiarazioni eventualmente rese dall'indagato non possono essere comunque utilizzate, e ciò in quanto egli, quando ha deposto, già doveva essere sentito nell'ambito di un procedimento penale (81).

In conclusione, un ultimo dilemma: sino a che punto è pensabile anticipare le prerogative del codice? Tutte le analisi, tutti gli accertamenti tributari dovrebbero svolgersi secondo le prerogative del rito?

Se questa fosse la via, giungeremmo presto ad una situazione di ingiustizia del tutto paragonabile a quella che ha contraddistinto per decenni la vicenda di cui ci si occupa. Dovremmo, infatti, far gravare il peso di un procedimento penale - fardello innegabilmente pesante - ad un numero crescente di persone e ciò costituirebbe comunque, da un lato, un *vulnus* per il cittadino che si troverà sempre nella condizione di doverne uscire - anche quando, in ipotesi, possieda abbondante documentazione per provare, pur in sede amministrativa, la legittimità del suo comportamento (82) -, con tutte le preoccupazioni e gli effetti negativi ad esso connesso, e dall'altro, potrebbe ingolfare gli uffici di procura che dovrebbero mettersi in moto per un numero maggiore di casi. Questo aspetto, tra l'altro, verrebbe contro le esigenze di giustizia dello Stato, difatti, uffici sovraccarichi (come già sono in maniera patologica) dovranno suddividere le risorse ed il loro tempo in porzioni sempre più piccole, insomma avrebbero meno tempo da dedicare a questioni che

(81) Ove il citato art. 63 troverebbe sicura applicazione. Si segnala per il rigore e la completezza dell'indagine, R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit. p. 170 ss.

(82) Si può immaginare il caso di reati tributari con soglia di punibilità. Già ad un primissimo controllo tributario il contribuente potrebbe essere in grado di fornire documentazione, in un dialogo si spera proficuo con l'Amministrazione, dalla quale desumere, ad esempio, la bontà del suo comportamento. Potrebbe però accadere che gli organi investigativi ritengano di essere innanzi ad un'evasione punibile penalmente; ed allora, in questo caso, bisognerebbe attivare le garanzie processuali penali. Potrebbe, infine, anche darsi che un successivo approfondimento dell'indagine (penale) conduca a una rettifica e che l'evasione appaia assai meno grave di quanto inizialmente ritenuto e tale da scendere "sotto soglia". In ogni caso ha agito correttamente l'agente o l'ufficiale che - convinto di essere in presenza di un reato - si è attenuto alle regole del codice.

già li occupano, e ne avrebbero comunque poco per accertare nuovi reati. Per questa ragione la risposta deve essere adeguatamente ponderata. Va fatta salva la possibilità di interloquire con la P.A.; purché questo non si risolva in una (patente) violazione del diritto di difesa. Quindi, se dalle prime indagini amministrative dovesse palesarsi quella *possibilità di reato* di cui diffusamente si è detto, sarà il *tempo* del rito penale. Questa appare la soluzione più garantista, l'unica praticabile.

Il tema si presterebbe a molte altre considerazioni. Su tutte, lo si potrebbe analizzare da una prospettiva particolarissima, ossia quella extra-dibattimentale (83). Qui ci si è limitati al quesito se e a quali condizioni l'atto ispettivo o di vigilanza di cui parla l'art. 220 disp. att. sia utilizzabile come prova in un dibattimento penale. Restano molti altri interrogativi riguardanti l'uso probatorio di tali atti per decisioni diverse da quella dibattimentale di merito: decisioni in ambito cautelare, ad esempio, oppure sentenze che chiudono un giudizio abbreviato. Quali limiti, in questi casi? Le regole enucleabili dal citato art. 220 vanno in ogni caso rispettate. È evidente però che, per questi altri tipi di possibile utilizzazione probatoria, non valgono né il principio di oralità né quello del contraddittorio nella formazione della prova. Vi saranno pertanto meno problemi a far valere come prove documentali (art. 234 c.p.p.) le informazioni provenienti dall'autorità amministrativa (84).

Giunti alla fine, quindi, preme tirare le somme.

In conclusione, gli atti amministrativi compiuti nella sede propria, prima dell'emergere di indizi di reato possono essere acquisiti al processo penale

(83) Si potrebbe comunque pensare di farne un accenno. L'analisi è ricca di implicazioni, la prima riguarda il regime dell'inutilizzabilità. Si è soliti distinguere tra inutilizzabilità patologica e fisiologica, entrambe operano in presenza di una violazione "dei divieti stabiliti dalla legge", ma nella seconda accezione la prova illegittimamente acquisita - tendenzialmente in riferimento al *quomodo* - non può essere utilizzata in sede processuale; mentre con il termine "patologica" - violazione che si riferisce, senza pretese di esaustività, ai diritti fondamentali della persona - si individua una prova non spendibile neppure nel procedimento. Ebbene, avendo l'obiettivo di analizzare la fase pre-dibattimentale, è su questa seconda categoria che concentreremo la nostra attenzione. Si pensi solo ad una sentenza nel corso del rito abbreviato. Innegabilmente il rito in esame è rimesso a certi compromessi: si rinuncia a tutto o a buona parte del diritto alla prova e ci si avvantaggia di una condanna "scontata". Il fatto, però, che l'imputato rinunci a procedere ad una piena attività istruttoria non vuol certo dire che quei (magari anche pochi) elementi rimasti al giudice per decidere possono essere illegittimamente acquisiti. Questo non si ricava dalla norma. Neppure potrebbe sostenersi una simile deriva appellandosi alla consapevolezza della difesa, quasi come se questa avesse voluto concludere un patto scellerato. Per verità, qui la giurisprudenza si mostra - ora - più attenta. Ricordiamo a tal proposito una recentissima pronuncia della Suprema Corte (Cass. Pen., sez. III, n. 15828/2015), nella quale, ricordando che l'accesso al rito in esame non produce alcun effetto sanante rispetto a cause di inutilizzabilità patologica, si è definitivamente affermato che non possono porsi effetti preclusivi alla rilevabilità d'ufficio di tali cause e, dunque, le prove acquisite in violazione dei divieti - assoluti - posti dalla legge non possono essere utilizzate nel giudizio abbreviato. Questa causa è altresì rilevabile d'ufficio dal giudice di legittimità, dunque anche al di là del *devolutum*. Se la prova è assolutamente inutilizzabile, quindi, non può essere spesa in questa sede.

(84) Si veda R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit, p 219 ss.

(85), nei limiti e alle condizioni espresse in precedenza. Atti compiuti in sede amministrativa, quando in realtà già ci si trovava in sede penale, non possono valere come prove per accertare la colpevolezza dell'imputato in un dibattimento ispirato ai valori dell'oralità e del contraddittorio (nel senso "forte" dell'art. 111 comma 4 Cost.). «Difesa e contraddittorio non integrano solo tributi da pagare sul piano dei principi costituzionali e internazionali. Sono molto di più: mezzi e metodi che partoriscono verità» (86).

(85) Si pensi ancora ai documenti, e dunque all'art. 234 c.p.p. Questa valutazione, però, vale per gli atti che si sono formati nel rispetto delle regole che si sono previste per la fase amministrativa. Così, ad esempio, le analisi ex art. 223 disp. att. non sarebbero comunque utilizzabili se acquisite in violazione delle regole appositamente previste, e questo anche nel caso in cui non fossero emersi indizi di reato.

(86) M. NOBILI, *Diritti difensivi, poteri del pubblico ministero durante la fase preliminare e l. 8 agosto 1996, Cassazione Penale*, 1996, p. 347.

Principio di uguaglianza: pregiudizi privati e discriminazione dello straniero nell'accesso all'abitazione

*Claudio Tricò**

The current housing emergency and the spread of discriminatory conducts against foreigners, consisting of the refusal of owners to bargain with them and to apply the same contract terms applied to non-foreigners, make it necessary to reflect about the historical evolution and the prospects of the relationship between the principle of equality and the contractual freedom of individuals. In light of the costituzionalization of european contract law and considering the new horizontal dimension of the principle of non-discrimination, the paper lastly focuses on the identification of the limits of owner's power of choice and the remedies applicable against possible discriminatory behavior towards the foreigners.

SOMMARIO: 1. Crisi abitativa e diffusione del fenomeno discriminatorio nel mercato privato degli alloggi - 2. Uguaglianza e libertà privata nel dibattito storico ed europeo: la nuova dimensione "orizzontale" del principio di non discriminazione - 3. Il dibattito nazionale e l'esigenza di un approccio plurilaterale al fenomeno discriminatorio - 4. Il diritto all'abitazione alla luce del principio dell'effettività dei rimedi antidiscriminatori.

1. Crisi abitativa e diffusione del fenomeno discriminatorio nel mercato privato degli alloggi.

La gravità dell'odierna crisi abitativa, denunciata dagli operatori di settore, emerge con evidenza nel carattere ambiguo e paradossale della stessa, la quale contrappone da un lato una crescente domanda di abitazioni, conseguenziale alla diffusa difficoltà di accedere al bene casa o di sopravvivere alla generalizzata e incalzante crescita dei canoni locatizi, dall'altro la presenza di un numero considerevole di immobili sfitti o in disuso, cui si accompagna una non sempre limpida amministrazione dell'edilizia economica e popolare (1).

Tale ambiguità, tuttavia, non deve stupire, perché in essa si riflette la natura duplice e ambivalente dello stesso "bene casa", il quale si presta, per le sue caratteristiche teleologiche e strutturali, a soddisfare tanto le aspirazioni personalistiche dell'individuo, ponendosi quale presupposto essenziale per il

(*) Dottore in Giurisprudenza, specializzato nelle Professioni Legali, già tirocinante presso la Corte di Cassazione.

(1) Rileva efficacemente U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 19: «Tra le solenni - e spesso tradite - proclamazioni dei diritti dell'uomo, quella che ha per contenuto l'aspirazione al godimento di un'abitazione realmente degna di un essere umano [...] è ancora smentita dall'assetto reale dei rapporti economico-sociali. Non si esagera dicendo che il fenomeno costituisce una sorta di emblematico compendio degli arbitri modernamente perpetrati a danno della convivenza umana».

soddisfacimento di una serie complessa di diritti fondamentali, quanto anche le aspirazioni egoistiche dello speculatore, rappresentando tuttora il “mattoncino”, non sempre a buona ragione, il più diffuso tra i cosiddetti “beni rifugio” (2).

La stretta connessione intercorrente tra il bene dell'alloggio e le sfere più intime dell'individuo rende oggi indifferibile un dibattito vivace e diffuso sul tema assai spinoso del diritto all'abitazione, il quale, essendo strumentale al soddisfacimento di interessi sia personalistici che economici, è destinato a coinvolgere un insieme di problematiche eterogenee e non del tutto tradizionali, come quella dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali e della progressiva “costituzionalizzazione” del diritto privato (3). Il diritto all'abitazione, infatti, anche alla luce della sua affermazione costituzionale, rappresenta un campo di osservazione ideale per quanti si occupano dello studio dell'autonomia privata, delle sue metamorfosi concettuali e dei suoi limiti, rappresentando il settore in cui più vivacemente si esprime la tenzone, del tutto umana, tra i valori icasticamente incarnati nei simulacri dell'*homo dignus* e dell'*homo oeconomicus* (4).

Particolarmente esplicativa, sul punto, appare la problematica dell'accesso dello straniero al mercato privato delle abitazioni, la quale trae origine dalla diffusa tendenza dei proprietari e dei locatori a marginalizzare potenziali acquirenti e conduttori stranieri, soprattutto extracomunitari, escludendoli dalle contrattazioni o proponendo loro condizioni contrattuali più svantaggiose, o meno vantaggiose, rispetto a quelle offerte, in condizioni di normalità, a una controparte di lingua e aspetto “occidentale” (5).

Dev'essere fin d'ora chiaro che tale comportamento potrebbe trovare giustificazione in una valutazione di stampo prettamente economico, ad esempio legata a una comprovata situazione di insolvibilità dello straniero, la quale costituirebbe senza dubbio piena e legittima espressione della libertà contrattuale dell'individuo, insindacabile sul piano dell'opportunità.

Tuttavia, in tutt'altri casi, il rifiuto o la contrattazione di condizioni sfavorevoli sono conseguenza di pregiudizi connessi a “fattori di rischio” quali la nazionalità, la lingua, il colore della pelle o la religione della controparte, che producono effetti di stampo evidentemente discriminatorio, la cui legittimità deve essere valutata nell'ambito di una più ampia riconsiderazione del rapporto, solo parzialmente conflittuale, tra libertà privata e principio di uguaglianza, per poter definire in che termini quest'ultimo possa incidere sulla li-

(2) Così, U. BRECCIA, Il diritto all'abitazione, cit., pp. 73 ss., secondo cui l'abitazione è favorita dall'ordinamento costituzionale quale «bene durevole di consumo» e non, piuttosto, quale «bene strumentale d'investimento».

(3) Fenomeni tradizionalmente indicati con l'espressione tedesca “*Drittwirkung*”, sui quali, tra molti, v. A. COLOMBI CIACCI, *The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice*, in *ERCL*, 2/2006, pp. 167 ss.

(4) S. RODOTÀ, *Antropologia dell'«homo dignus»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 4, *passim*.

(5) M. BALDINI, M. FEDERICI, *Non si affitta agli immigrati*, disponibile su www.lavoce.info.

bertà di scelta del privato, alla luce del dibattito giuridico europeo e del progressivo superamento della ideologia pandettistica del diritto privato quale settore intrinsecamente e inevitabilmente idiosincratico.

2. *Uguaglianza e libertà privata nel dibattito storico ed europeo: la nuova dimensione “orizzontale” del principio di non discriminazione.*

«*Societas nostra*», sentenziava efficacemente Seneca, «*lapidum fornicationi simillima est*», lasciando intendere che la resistenza di un patto sociale, così come avviene nell'architettura di una volta di pietra, dipende da un equilibrato bilanciamento dei valori che, opponendosi l'un l'altro, ne sostengono la struttura. Tale modello, trovando riflesso, in modo più o meno consapevole, nell'agire del nomopoieteta, fa sì che ciascun istituto giuridico rinvenga il proprio fondamento assiologico in un complesso eterogeneo di principi, spesso confliggenti, ma comunque l'un l'altro vincolati da legami di reciprocità.

La stessa concezione moderna del contratto, ad esempio, figlia di una rivoluzione liberale ed egualitaria, non è che il risultato dell'instabile equilibrio tra i due principi dell'autonomia privata e dell'uguaglianza, oscillante nelle evoluzioni della società e della scienza giuridica (6).

Con l'abolizione delle gerarchie dell'*ancien régime* e l'affermarsi di una nuova concezione umanistica del diritto, riassunta nel motto rivoluzionario francese: «*liberté, égalité, fraternité*», l'uguaglianza assunse il ruolo di fondamento e presupposto dell'autonomia del singolo, livellato, a prescindere dalle sue peculiarità individuali, nella figura neutra del “soggetto di diritto” (7). L'illusione era che l'individuo, liberato dal giogo dei privilegi feudali, fosse libero di perseguire i propri interessi, e che pertanto la contrattazione, intesa quale momento d'incontro degli egoismi individuali, non potesse che condurre al risultato più conveniente per il singolo e per la comunità, secondo un impianto logico sintetizzabile nel noto brocardo «*qui dit contractuel dit juste*».

La validità di tale postulato, del tutto razionale su un piano puramente astratto, era tuttavia destinata a scontrarsi con la disarmante complessità del reale, caratterizzata dal permanere di quelle asimmetrie culturali, economiche e sociali che i moti rivoluzionari, pur smantellata la struttura gerarchica del passato, non avevano saputo debellare. Sollevato il velo di Maja che celava le contraddizioni di una parità meramente formale, perché postulata e virtuale, emergeva dunque che l'illusoria equiparazione del “giusto” e del “voluto”, piuttosto che assicurare un assetto sociale più armonico ed equo, aveva invece favorito l'acutizzarsi delle disparità sociali, legittimando uno stato di perdurante iniquità, a discapito di coloro la cui forza contrattuale era compromessa

(6) *Amplius*, D. LA ROCCA, *Uguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 85 ss.

(7) V. RODOTÀ, *Antropologia dell'«homo dignus»*, cit., p. 552.

da un minore disponibilità di beni, servizi o informazioni (8). Si affermava pertanto una nuova dimensione “sostanziale” del principio di uguaglianza, non più solo presupposto, ma anche limite, dell’autonomia privata, alla luce della quale perdeva la propria assolutezza anche il divieto di ingerenze del legislatore nella sfera degli interessi negoziabili dei contraenti, prima riservata alla libera e insindacabile contrattazione delle parti (9).

Tale duplice espressione del principio di uguaglianza, da intendersi comunque in via unitaria, quale fondamento e misura dell’autonomia del contraente, pur manifestandosi nelle codificazioni nazionali (10), ha trovato più evidente esplicazione nelle vicende evolutive dell’Unione Europea, le cui metamorfosi sono state specchio di una crescente consapevolezza dei legami intercorrenti tra l’autonomia privata, necessaria al pieno sviluppo della personalità dell’individuo, e gli altri diritti fondamentali riconosciuti dall’ordinamento, la cui lesione produce, inevitabilmente, una sensibile compressione delle libertà, anche economiche, del singolo.

A tal proposito, la dottrina più sensibile al tema, attraverso valutazioni che, pur riferite all’ordinamento europeo, trovano riflesso anche a livello nazionale, ha ricondotto tali connessioni nella complessa categoria della “uguaglianza formale in concreto”, con la quale si è voluta attenuare, pur mantenendo una terminologia di stampo tradizionale, la storica contrapposizione tra la concezione formale e quella sostanziale del principio di uguaglianza, evidenziando come i più recenti interventi del legislatore europeo, lungi dal configurare una compressione degli spazi riservati all’autonomia privata, abbiano invece rappresentato strumenti di garanzia delle libertà dei contraenti (11). Difatti, la crescente attenzione dei trattati comunitari per la tutela dei valori della persona, ora formalizzata nelle disposizioni del Trattato di Lisbona, non ha distolto l’attenzione del legislatore dall’obiettivo della tutela del libero mercato, i cui meccanismi risultano anzi potenziati, e non sviliti, dalle nuove spinte personalistiche del diritto europeo. La tutela degli aspetti più sensibili dell’individuo, non più inteso quale operatore economico neutro, bensì come “persona” complessa nelle sue peculiarità, non solo promuove il rispetto di valori solidaristici riconducibili alle tradizionali categorie dei diritti di prima e di seconda generazione, ma allo stesso tempo garantisce il buon andamento del mercato, eliminando quei comportamenti che di fatto costituiscono un esercizio scorretto delle libertà economiche garantite dai trattati.

(8) Così D. CARUSI, *I precedenti*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 31 ss.

(9) D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo*, cit., p. 98.

(10) *Ibid.*, p. 97, secondo cui la disciplina della vendita con riserva di proprietà celerebbe «una prima rudimentale forma di credito al consumo».

(11) Così E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, III, pp. 547 ss.

Il riferimento va, ovviamente, alle fonti del diritto antidiscriminatorio europeo, espressione di una nuova dimensione “orizzontale” del principio di uguaglianza, chiamato a operare non più solo nei rapporti “verticali” tra Stato e cittadini, ma anche nei rapporti contrattuali interprivati. Tale espansione, a dir poco cartesiana, del principio egualitario, recepita a livello pattizio dall’art. 13 del Trattato di Amsterdam, ha poi trovato disordinata esplicitazione nel diritto europeo derivato, attraverso una serie frammentaria di direttive, intervenute in modo puntiforme nel contesto di un discusso “*patchwork of protection*” (12).

Tuttavia, ancor più esplicative appaiono le fonti del diritto privato europeo, le quali, pur dotate di un’efficacia meramente persuasiva, hanno per la prima volta esplicitato il divieto di discriminazione nel contesto di una normativa dedicata esclusivamente alla materia contrattuale. Difatti, riconosciuta nei Principi *Acquis* l’esistenza di un generale divieto di discriminazione nell’ambito del diritto comunitario contrattuale, il *Draft Common Frame of Reference* ha poi dedicato alla materia una serie complessa di norme puntuali (le cosiddette *model rules*), riconoscendo l’esistenza di un generale diritto soggettivo a non essere discriminati, espressione di valori di giustizia e libertà solo apparentemente contraddittori, perché destinati a risolversi in una più ampia garanzia delle sfera personale ed economica dell’individuo (13).

3. Il dibattito nazionale e l’esigenza di un approccio plurilaterale al fenomeno discriminatorio.

Gli spunti offerti dal sistema multilivello delle fonti rivelano dunque una crescente permeabilità del diritto dei contratti alle istanze sottese al principio di non discriminazione, evidenziando l’insostenibilità di una rigida contrapposizione tra i valori dell’uguaglianza e dell’autonomia privata.

Tuttavia, la ricezione nazionale delle prime direttive antidiscriminatorie ha dato luogo a un’aspra contestazione, la quale ha raggiunto il proprio culmine nelle resistenze della dottrina tedesca, storicamente più sensibile al tema (14). In particolare, tali studiosi hanno riconosciuto nei nuovi divieti un malcelato tentativo di moralizzazione del diritto, esercitato attraverso l’imposizione autoritaria e antisociale di valori morali, destinata a trovare espressione nei capricciosi interventi della giurisprudenza, in piena deroga ai principi fon-

(12) Espressione di M. BELL, *A Patchwork of Protection: The New Anti-discrimination Law Framework*, in *Modern Law Review*, 2004, *passim*.

(13) Per una più ampia ricognizione delle fonti del diritto contrattuale antidiscriminatorio, v. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, ESI, Napoli, 2013, pp. 11 ss.

(14) Pionieristici gli studi di L. RAISER, *Il principio d’uguaglianza nel diritto privato*, in L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1990, ben noti ai primi commentatori italiani degli anni Settanta, tra cui P. RESCIGNO, *Sul cosiddetto principio d’uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1959, I, 1, cc. 664 ss.

damentali dell'ordinamento nazionale e, *in primis*, alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 5 del *Grundgesetz* (15).

Dietro tali contestazioni, si cela, dichiaratamente, una rinnovata fede nell'ideologia liberale dell'autosufficienza del mercato, nella quale la libertà di scelta del contraente, o per meglio dire, i suoi egoismi, divengono polla di benessere per la collettività, mettendo in moto automaticamente meccanismi economici di repressione della discriminazione. Detto altrimenti, l'idea è che, nel contesto di un mercato ben equilibrato, alla richiesta di beni e servizi di una fascia, anche minoritaria, della società, faccia sempre riscontro l'offerta di un operatore economico intenzionato a profittare di quella percentuale, seppur limitata, di domanda inappagata.

Al di là dei tradizionali rilievi dell'irrealizzabilità dell'equilibrio di mercato perfetto, o dell'incertezza dei tempi di aggiornamento dell'offerta, tale ricostruzione non sembra trovare riflesso, sul piano concreto, nei rapporti economici quotidiani, dove l'elevata concorrenzialità del mercato, lungi dal rendere più flessibile l'offerta, impedisce piuttosto alle imprese di adeguare i propri apparati produttivi alle esigenze e alle preferenze delle minoranze, favorendo, in ogni caso, un aumento dei prezzi. Inoltre, gli atteggiamenti discriminatori degli agenti economici, già fecondi delle conseguenze appena descritte, non solo realizzano una lesione diretta della dignità e della libertà economica delle vittime, ma ostacolano allo stesso tempo l'accesso a beni e servizi strumentali a diritti fondamentali (16). Paradigmatico, in tal senso, è proprio il caso del mercato delle case e degli alloggi, caratterizzato, come anticipato, da profonde discriminazioni nei confronti degli stranieri, oggetto delle prime sporadiche applicazioni della normativa sopra richiamata (17).

Del resto, lo stesso legislatore europeo, pur riconoscendo gli effetti positivi di un mercato concorrenziale, ha presto abbandonato l'originaria ideologia della "mano invisibile" e del mercato quale *ordo naturalis*, capace di reprimere autonomamente le proprie anomalie, configurandolo nel tempo quale *ordo legalis*, plasmato dalla "mano visibile" del diritto positivo (18). È per questo che l'art. 3 del Nuovo Trattato sull'Unione Europea, una volta ribadito l'obiettivo tradizionale della crescita economica equilibrata e della stabilità dei prezzi, vincola funzionalmente quest'ultimo allo sviluppo di «un'economia

(15) *Inter alios*, particolarmente esplicitivi i toni di V. WINKLER, *The Planned German Anti-Discrimination Act: Legal Vandalism? A Response to Karl-Heinz Ladeur*, *German Law Journal* (2002), disponibile su www.germanlawjournal.com.

(16) Sul punto, L. CIARONI, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Giur. It.*, 10, 2006, p. 1820.

(17) Trib. Milano, ordinanza del 30 marzo 2000, in *Quest. giust.*, n. 3, 2000, con nota di M. BOURCHARD, *Discriminazione a Milano: il rifiuto di stipulare contratti di locazione con extracomunitari di colore*, pp. 594 ss.; Trib. Bologna, decreto del 22 febbraio 2001, in *Dir. imm. citt.*, 2001, pp. 101 ss.

(18) Così N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. priv.*, 1995, I, pp. 290 ss.

sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale», nonché a un «elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente» (19).

Ciò precisato, i rilievi della dottrina tedesca, per quanto eccezionali, sottolineano l'esigenza di un equo bilanciamento dei valori in gioco nel fenomeno discriminatorio, al fine di evitare che l'interpretazione delle formule ambigue della normativa possa concretizzarsi in un sacrificio ingiustificato della libertà del contraente. Quest'ultima infatti, nell'ambito di un dialogo equilibrato tra i principi dell'ordinamento, riveste un ruolo fondamentale nella definizione della personalità dell'individuo, che mediante l'accesso al mercato persegue i propri interessi e le proprie aspirazioni.

Si rende dunque necessario valutare entro che termini il principio di non discriminazione, incidendo sull'autonomia del contraente, agisca quale strumento di consolidamento, e non di svilimento, della libertà privata, bilanciando il sacrificio del singolo con una più ampia tutela delle libertà e dei diritti della comunità (20).

In tal senso vanno intese le considerazioni di quella parte della dottrina che, pur annoverando il "super-principio" della dignità umana tra i valori compromessi dal comportamento discriminatorio del contraente, ha escluso che tale principio possa, di per sé solo, costituire il fondamento assiologico della normativa antidiscriminatoria (21). Difatti, una prospettiva ermeneutica unilaterale, disattenta al carattere plurioffensivo della discriminazione, destinata a incidere anche sulle libertà economiche del privato, finirebbe per imporre autoritariamente un'interpretazione totalizzante del divieto, il quale troverebbe esplicazione nei confronti di qualsiasi lesione, seppur minima, della dignità del discriminato, comprimendo in termini non giustificabili la libertà di scelta del discriminato. È del resto superata l'illusione che il valore della dignità umana, per la «formidabile forza retorica» (22) che lo caratterizza, possa essere accolto pacificamente tra i principi del diritto contrattuale, attenuando i contrasti derivanti dall'espansione orizzontale del principio di uguaglianza (23). In realtà tale valore, così come quello dell'autonomia privata nelle più pure ricostruzioni liberali, tende a imporsi unilateralmente sulla variegata molte-

(19) Esplicito il richiamo alle tesi di Alfred Müller Armack, che dedicò alla teoria della "economia sociale di mercato" la propria attività scientifica e politica.

(20) In tal senso, E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 547 ss.

(21) Sul punto, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., pp. 179 ss. e D. LA ROCCA, *Uguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo*, cit., pp. 177 ss.

(22) M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, XXV, 1, 2007, p. 68.

(23) Così D. LA ROCCA, *Uguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo*, cit., p. 179, secondo cui è illusorio credere «che il dilemma tra dignità e libertà possa assorbire quello, ancora irrisolto, tra uguaglianza e autonomia».

plicità del reale, con effetti evidenti in talune pronunce dei giudici nazionali, nelle quali il riferimento al valore della dignità dell'individuo si è tradotto nell'imposizione "dall'alto" di modelli unici di comportamento, del tutto svincolati dall'effettiva volontà dei soggetti coinvolti (24).

L'interprete, pertanto, nel definire l'effettiva portata del divieto di discriminazioni contrattuali e il sistema dei rimedi a esso connessi, deve evitare una lettura riduttiva del fenomeno discriminatorio, ora incentrata sul valore della libertà contrattuale, ora sul solo valore dell'uguaglianza o della dignità dell'uomo, individuando quel "giusto mezzo" che garantisca a ambo le parti un'adequata tutela dei loro diritti e delle loro libertà fondamentali.

4. Il diritto all'abitazione alla luce del principio dell'effettività dei rimedi antidiscriminatori.

Tali considerazioni, applicate al fenomeno della diffusione di condotte discriminatorie nei confronti degli stranieri in cerca di un'abitazione, impongono di definire i limiti entro cui possa esplicarsi la libertà di scelta del proprietario, nonché i rimedi effettivamente applicabili nel caso in cui suddetti limiti siano travalicati.

Sul piano della valutabilità del carattere discriminatorio del rifiuto di contrarre, espressione di una selezione idiosincratca della controparte negoziale, particolarmente rilevante è la natura fondamentale del diritto all'abitazione, il quale, pur non tutelato esplicitamente dalla Costituzione, dopo un primo timoroso disconoscimento, è stato infine ricondotto dal Giudice delle leggi nel novero dei diritti sociali collocabili tra i diritti inviolabili dell'uomo (25).

Difatti, i primi commentatori, focalizzando l'attenzione sul carattere pubblico o privato delle contrattazioni, avevano limitato il campo di applicazione del divieto di discriminazione, previa una valutazione di ragionevolezza, alle sole proposte negoziali volte a esternare la volontà del proponente a un numero indefinito di destinatari, secondo il modello dell'offerta al pubblico (26). Alla base di tale limitazione vi era l'idea secondo cui il promittente, rivolgendosi alla comunità con offerte di stampo discriminatorio, avrebbe rinunciato alla tutela della riservatezza delle proprie corrispondenti opinioni personali, esponendo i criteri di selezione così manifestati a un giudizio di conformità rispetto

(24) Al riguardo, ampiamente, v. M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, cit., pp. 70 ss.; F.D. BUSNELLI, *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, in A.A.V.V., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Plus, Pisa, 2006, pp. 416 ss.; P.M. DELLA ROCCA, *Il principio di dignità della persona umana nella società globalizzata*, in *Dem. e Dir.*, 2, 2004, pp. 201 ss.

(25) Ripercorrono l'evoluzione del diritto sul piano normativo e giurisprudenziale, R. ROLLI, *Il diritto all'abitazione come diritto fondamentale*, Bonomo Editore, Bologna, 2012, *passim*; G. GUGLIA, *Il diritto all'abitazione nella carta sociale europea: a proposito di una recente condanna dell'Italia da parte del comitato europeo dei diritti sociali*, in *AIC telematica*, n. 3/2011, *passim*.

(26) Cfr. D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

ai principi dell'ordinamento (27). Tuttavia, rilevata l'eccessiva semplicità di siffatta ricostruzione alla luce delle peculiarità dei primi casi decisi dalla giurisprudenza, si è fatta strada l'idea dell'estensibilità del divieto anche al campo delle contrattazioni individuali, secondo un giudizio sempre improntato al criterio della ragionevolezza, in tutti quei casi in cui la diffusione della discriminazione, in un determinato mercato di riferimento, precluda l'accesso a un bene o a un servizio connesso a un diritto inviolabile, quale, per l'appunto, l'abitazione (28).

Le indicate condizioni, da considerarsi comunque in senso relativo, data la natura fondamentale dei diritti compromessi, sono dal medesimo filone dottrinale considerate presupposto per un'applicazione estensiva del rimedio dell'obbligo di contrarre, destinato a trovare applicazione al di là dei singoli casi espressamente previsti dal legislatore (29).

Tale forma di tutela, la cui generalizzazione si tradurrebbe in un'ingiustificata menomazione dell'autonomia privata, appare, nei limiti sopraindicati, idonea a soddisfare quei requisiti di effettività, proporzionalità e dissuasività che la Corte di giustizia europea ha elevato a parametri per la selezione dei rimedi più adeguati a livello nazionale, nel contesto di una normativa comunitaria che sul punto lascia ampia discrezionalità al legislatore interno, al fine di consentire a ciascun ordinamento di configurare, secondo le proprie peculiarità, un apparato efficace di strumenti preventivi e repressivi del crescente fenomeno discriminatorio (30).

A tal proposito, un compendio dei rimedi adottabili dall'autorità giudiziaria nazionale si rinviene nell'art. 28 del D.lgs. n. 150 del 2011, relativo alle controversie in materia di discriminazione, a detta del quale il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento discriminatorio, adottando ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti (31).

In particolare, il rimedio inibitorio appare idoneo a garantire una tutela effettiva tanto nel caso in cui il contraente discriminatore opponga un rifiuto

(27) *Amplius*, E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 547 ss.

(28) *Ibid. Contra*, in senso estensivo, B. CHECCHINI, *Divieto di discriminazione e libertà negoziale*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 264 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., p. 201.

(29) Così E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 547 ss.; U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., p. 149.

(30) Cfr. A. GUARISIO, *I provvedimenti del giudice*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007.

(31) La riforma del 2011, difatti, ha opportunamente esteso l'applicazione del rito sommario di cognizione anche alle controversie aventi a oggetto i comportamenti di cui agli artt. 43 e 44 del D.lgs. n. 286 del 1998 e 3 e 4 del D.lgs. n. 215 del 2003, i quali qualificano espressamente come discriminatori tanto l'imposizione di condizioni contrattuali più svantaggiose per gli stranieri, quanto il rifiuto di fornire l'accesso all'alloggio per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

netto di trattare, quanto nel caso in cui tale rifiuto intervenga a trattative iniziate, laddove la controparte si sia opposta all'inserimento di condizioni più svantaggiose nel contratto. Tale strumento, ad esempio, ha trovato concreta applicazione in un caso oggetto di attenzione giurisprudenziale e dottrinale, a soluzione del quale il Tribunale di Bologna ha disposto l'eliminazione, dal sito internet di un'agenzia immobiliare, di un criterio di selezione dei clienti basato sulla sola nazionalità, ordinando contestualmente la pubblicazione della relativa ordinanza sulla pagina *web* dell'intermediario (32).

Inoltre, sempre nella fase precontrattuale, il provvedimento inibitorio del giudice può ordinare la cessazione della condotta discriminatoria consistente nella previsione di condizioni generali di contratto più svantaggiose, o meno vantaggiose, per la controparte. In tal caso è accentuata la funzione preventiva del rimedio, che può essere domandato tanto dal soggetto leso, quanto dagli enti collettivi legittimati, a prescindere dalla concreta applicazione delle condizioni discriminatorie e dall'individuazione di una vittima discriminata.

Sul piano dell'effettività, appare invece meno esaustivo il ricorso al rimedio del risarcimento del danno, il quale, pur prestandosi a una più diffusa applicazione, data la minore ingerenza nella sfera dell'autonomia dell'offerente, opera comunque attraverso un meccanismo di monetizzazione dell'offesa, insufficiente, sul piano concreto, a soddisfare l'aspirazione dello straniero all'alloggio.

I denunciati limiti del rimedio risarcitorio, già evidenti sul piano delle ponderazioni astratte, risultano peraltro accentuati nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito, la quale ha teso a liquidare il danno arrecato alla dignità della vittima discriminata in termini accentuatamente esigui e sproporzionati, pur in presenza di lesioni non riconducibili alla sfera del cosiddetto danno bagatellare. Il modesto ammontare del risarcimento, nel caso più eclatante fissato nella somma, senza dubbio simbolica, di soli cento euro (33), rivela la tendenza dei giudici a liquidare i danni sulla base del parametro economico del valore delle contrattazioni, e non piuttosto sulla base della gravità delle lesioni subite dalla persona, denunciando così un approccio meramente patrimoniale al fenomeno discriminatorio. Tuttavia, alla scarsa rilevanza economica del rapporto compromesso non corrisponde necessariamente una minore offensività dell'illecito, poiché ciò che più rileva in tale ambito è il pregiudizio arrecato alla sfera personale e relazionale della vittima discriminata, non quantificabile esclusivamente secondo logiche di mercato (34). La scelta dei giudici, invece, sottovaluta il carattere plurioffensivo della condotta discriminatoria, riducendola implicitamente a una banale infrazione del principio di parità di trattamento, insufficiente, secondo

(32) Trib. Bologna, decreto del 22 febbraio 2001, cit.

(33) V. Trib. Padova, ordinanza del 19 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 949.

(34) D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 292 ss.

le più moderne ricostruzioni dottrinali, a cogliere il fenomeno discriminatorio nella sua complessità (35).

Nel caso in cui invece la condotta discriminatoria non abbia trovato esplicazione nell'ingiusto rifiuto di contrarre, ma piuttosto, come spesso accade, nella stipulazione di condizioni meno vantaggiose, o più svantaggiose, per la vittima discriminata, un'efficace forma di tutela per lo straniero va rinvenuta nel controllo della validità del contenuto dell'accordo, attuabile a prescindere dalla particolare natura, individuale o pubblica, della contrattazione. L'eventuale invalidità delle clausole discriminatorie, del resto, promana direttamente dai principi fondamentali dell'uguaglianza e della dignità umana, i quali rientrano senza dubbio tra i valori di rango costituzionale sintetizzati nella formula dello "ordine pubblico".

Mancando chiare previsioni a livello normativo, sembra dunque potersi prospettare un'ipotesi di nullità virtuale, necessaria e parziale della clausola discriminatoria, cui faccia seguito l'esclusione della medesima dal regolamento negoziale ed eventualmente l'applicazione della corrispondente clausola non discriminatoria, desumibile dal tenore complessivo del contratto (36).

Del resto, l'esigenza di garantire un'effettiva tutela del contraente discriminato suggerisce di scartare la soluzione dell'invalidità totale del negozio, dato che essa non solo verrebbe a protrarre ulteriormente lo stato discriminatorio di fatto, ma spingerebbe anche la vittima a non rilevare la nullità della clausola svantaggiosa, per timore di essere esclusa completamente dall'affare (37).

(35) A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 2, p. 221.

(36) Così E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 547 ss.

(37) Sul punto, P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, ESI, Napoli, 1996, pp. 545 ss.

Finito di stampare nel mese di maggio 2017
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Vicolo della Guardiola n. 22 - 00186 Roma