

ANNO LXXI - N. 1

GENNAIO - MARZO 2019

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: *Raffaele Cantone, Fausto Capelli, Fabrizia Cesarano, Carla Colelli, Salvatore Faraci, Vito Forte, Michele Gerardo, Valentina Grillo, Antonio Grumetto, Angelica Izzi, Massimo Massella Ducci Teri, Antonio Mitrotti, Giulio Profeta, Massimiliano Stagno.*

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

Nomina Avvocato Generale, avv. Gabriella Palmieri Sandulli

TEMI ISTITUZIONALI

<i>La rappresentanza dello Stato nei giudizi penali: il r.d. 30 ottobre 1933, 1611 quale “ius speciale” rispetto alla normativa generale. Due sentenze della Cassazione</i>	pag.	1
<i>Antonio Grumetto, Attribuzione ad un ente del patrocinio erariale (ex art. 43, r.d. 30 ottobre 1933, 1611): sui giudizi già pendenti (Parere 14/05/2019, 268158).</i>	»	4
<i>Legge Pinto. Giudizi di ottemperanza. Mancata applicazione da parte dei TAR dell’art. 5 sexies, co. 8, l. n. 89 del 2001, Circolare A.G. prot. 329763 dell’11 giugno 2019 n. 17.</i>	»	7
<i>Relazione annuale dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (Anno 2018). Intervento del Presidente Raffaele Cantone.</i>	»	8

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Il giudice costituzionale europeo sul mandato d’arresto europeo, i requisiti imprescindibili della “autorità giudiziaria emittente” (C. giust. Ue, Grande Sez., sent. 27 maggio 2019, in cause riunite C-508/18, C-82/19 PPU). . .</i>	»	27
<i>Stabilizzazione degli insegnanti precari, la statuizione della Corte di Giustizia sul risarcimento e riconoscimento di anzianità (C. giust. Ue, Prima Sez., sent. 8 maggio 2019, in causa C-494/17)</i>	»	42
<i>La valutazione discrezionale della stazione appaltante in merito alla esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell’operatore economico che integra illeciti anticoncorrenziali (C. giust. Ue, Nona Sez., ord. 4 giugno 2019, in causa C-425/18).</i>	»	52
<i>Vito Forte, La nozione comunitaria di “circolazione dei veicoli” ai fini della determinazione della responsabilità e degli obblighi assicurativi. Ripercussioni sull’ordinamento interno (C. giust. Ue, Seconda Sez., sent. 20 giugno 2019, in causa C-100/18).</i>	»	59

CONTENZIOSO NAZIONALE

<i>Wally Ferrante, Maternità surrogata e doppia paternità: la non trascrizione di una sentenza straniera che riconosce il “secondo padre” (padre di intenzione, non biologico). Gli atti defensionali dell’Avvocatura (Cass. civ., Sez. Un., sent. 8 maggio 2019 n. 12193)</i>	»	73
<i>Massimiliano Stagno, La preclusione alla riparazione pecuniaria (ex art. 322-quater c.p.) in caso di patteggiamento e in via incidentale, il revirement sui profili di diritto intertemporale della legge “spazza-corrotti” (Cass. pen., Sez. VI, sent. 20 marzo 2019 n. 1254)</i>	»	126

Angelica Izzi, <i>La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione - anche - nella fase antecedente l'aggiudicazione definitiva</i> (Cons. St., Ad. Plen., sent. 4 maggio 2018 n. 5).	pag.	140
---	------	-----

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Valentina Grillo, <i>L'informativa antimafia quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata. Il delicato equilibrio tra la tutela preventiva della sicurezza pubblica e la salvaguardia del patrimonio economico privato</i>	»	177
Antonio Mitrotti, <i>Brevi riflessioni sull'atto di ritiro delle dimissioni del sindaco comunale anche alla luce dei potenziali parallelismi con gli effetti propri della questione di fiducia apponibile dal Governo nazionale.</i>	»	215

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Michele Gerardo, <i>Chiarezza e concisione degli atti giuridici</i>	»	223
Fabrizia Cesarano, <i>La costituzione di parte civile nel processo contro gli enti</i>	»	253
Giulio Profeta, <i>La valorizzazione dei beni culturali quale terreno elettivo del partenariato pubblico-privato e, in particolare, pubblico-pubblico</i>	»	270

RECENSIONI

Fausto Capelli, <i>La tutela dei prodotti agroalimentari di qualità in Italia e in Europa. Un'evoluzione giuridica di successo (Raccolta di scritti in materia di Diritto Alimentare)</i> , Editoriale Scientifica, 2018	»	295
--	---	-----

NOMINA AVVOCATO GENERALE
AVV. GABRIELLA PALMIERI SANDULLI

Con decreto del Presidente della Repubblica dell'8 agosto 2019, l'avv. Gabriella Palmieri Sandulli è stata nominata Avvocato Generale dello Stato. La direzione della Rassegna esprime i più vivi rallegramenti ed augura alla giovane collega un affettuoso "buon lavoro".

G.F.

Da: Associazione AUAPS <associazioneauaps@gmail.com>
Inviato: giovedì 1 agosto 2019 16:49
A: Avvocati_tutti <Avvocati_tutti@avvocaturastato.it>
Oggetto: Nomina Avvocato Generale

L'Associazione Unitaria degli Avvocati e Procuratori dello Stato saluta con viva soddisfazione la designazione di Gabriella Palmieri ad Avvocato Generale dello Stato.

Tale scelta di altissimo profilo professionale e umano, che pone per la prima volta una donna al Vertice del nostro Istituto, oltre a rappresentare un tangibile segnale di modernità, ricade su una Collega che ha sempre mostrato attenzione e vicinanza rispetto alle problematiche della categoria e ai temi che involgono l'unità dell'Istituto e la valorizzazione del ruolo e della professionalità di tutti gli Avvocati e Procuratori dello Stato.

L'augurio è che, in uno spirito di collaborazione unitaria, possa aprirsi, con il supporto di tutti e il contributo dell'Associazione, una fase nuova ricca di ambiziosi traguardi per la categoria e il nostro amato Istituto.

L'AUAPS

TEMI ISTITUZIONALI

La rappresentanza dello Stato nei giudizi penali: il r.d. 30 ottobre 1933, 1611, quale “ius speciale” rispetto alla normativa generale. Due sentenze della Cassazione

Due sentenze della Cassazione penale sulla questione della prevalenza delle norme del nostro regio decreto (avente natura speciale) rispetto a quanto previsto dal c.p.p.

Vale sulla intercambiabilità degli avvocati dello stato e quindi anche sul numero degli avvocati stessi che possono stare concretamente in giudizio^(*).

«È principio immanente all'ordinamento giuridico dello Stato italiano quello per il quale gli avvocati dello Stato per compiere gli atti del loro ministero non hanno bisogno di una procura dell'amministrazione, che essi rappresentano, essendo sufficiente che consti della loro qualità'.

Il mandato, che è loro conferito dalla legge (e che non va confuso con il rapporto organico che lega il funzionario all'amministrazione cui appartiene) è sufficiente ad attribuire agli avvocati dello Stato di costituirsi in giudizio per le amministrazioni pubbliche, e di compiere tutti gli atti processuali per i quali la legge richiede un mandato speciale.

Il detto principio vale 'per tutte le giurisdizioni' ed 'in qualunque sede', nessuna eccettuata e, quindi, anche per le costituzioni di parte civile nei giudizi penali (art. 1, commi 1 e 2, t.u. r.d. 30.XI.1933, n. 1611).

Ne consegue che l'avvocato dello Stato - non abbisognando il suo 'ius postulandi' di conferimento di procura, derivando esso direttamente dalla legge - non è neanche onerato della produzione della documentazione attestante la volontà della P.A. di procedere giudizialmente: il rapporto sottostante a quello di mandato 'ex lege' fra amministrazione e avvocato e relativo alla gestione della lite costituisce un rapporto meramente interno all'amministrazione me-

^(*) Segnalazione avv.ti Stato Maurizio Greco e Massimo Giannuzzi.

desima, senza alcuna necessità che questa deliberi, con atti di rilievo esterno, la sua volontà di agire o resistere in giudizio nei vari gradi e fasi di esso.

Ciò vale non soltanto per i giudizi civili (cfr. Cass. Civ. Sez. I, 13.7.1993, n. 7741; idem, 13.XI.1991, n. 12133), ma - diversamente da quanto ritenuto dalla decisione penale come innanzi richiamata dal difensore di L. - anche nel processo penale, allorchè le pretese civili della P.A. siano esercitate in questa sede: invero quello della non necessità di un mandato speciale, neppure per l'atto di impugnazione, per gli avvocati dello Stato è principio che, come detto, si estende a 'tutte le giurisdizioni' ed è applicabile, per legge, 'in qualunque sede'.

Ha parimenti carattere interno la norma dell'art. 9, comma 3, della legge n. 103/79 che disciplina il coordinamento territoriale tra i singoli avvocati dello Stato.

Tale coordinamento si realizza nell'ambito della organizzazione interna dell'Avvocatura dello Stato con esclusione di qualsiasi sindacato e censurabilità esterne sulla ripartizione territoriale delle competenze; dovendosi ribadire che la disciplina che regola l'attività di rappresentanza e difesa in giudizio della Avvocatura dello Stato si palesa derogatoria alla legislazione professionale e al diritto processuale comune, essendo fondata sul carattere impersonale della difesa statale e sulla fungibilità dei singoli avvocati dello Stato tra di loro; dal che consegue la esenzione per gli stessi oltre che dell'iscrizione all'albo professionale anche della localizzazione territoriale dell'attività procuratoria.

Inconferente, infine, è il richiamo alla disposizione di cui all'art. 122, comma 2, C.P.P. L'avvocatura dello Stato - cui spetta, senza bisogno di mandato, la rappresentanza delle amministrazioni dello Stato - ha la capacità di compiere tutti gli atti processuali consentiti al difensore munito di mandato, con la sola esclusione, in mancanza del conferimento del relativo potere, di quelli che "importano disposizioni del diritto in contesa". E solo per gli atti di questo tipo è necessaria una apposita procura speciale.

Conclusivamente, per quanto attiene alla fattispecie concreta, deve affermarsi che ciò che rilevava era soltanto che 'constasse' della qualità di avvocato generale dello Stato nella persona intervenuta a rappresentare in giudizio il Ministero per i lavori pubblici. E tale qualità indubbiamente 'constava' se, come esattamente si rileva da detto ente, al momento della verifica della costituzione delle parti, l'avv. Cecchieri veniva qualificato nel verbale di udienza come avvocato dello Stato senza contestazione al riguardo.

Non era invece necessaria la produzione di apposita procura, nè di documentazione attestante la volontà della pubblica amministrazione di esercitare le sue pretese nel processo penale, e tanto meno d'un atto di incarico conferito dall'avvocatura distrettuale territoriale di appartenenza.»

(Cass., Sez. V pen., sent. 11441/1999)

«Lamenta il ricorrente:

(...)

2) violazione dell'art. 606 lettera C del CPP, per violazione delle norme processuali, in relazione all'art. 78 Lettera A CPP, avendo la Corte di Appello omesso di dichiarare inammissibile la costituzione di parte civile del Ministero dei Beni culturali, per la omessa indicazione esplicita del difensore e per avere, il difensore costituitosi parte civile, omesso di documentare la propria appartenenza all'Avvocatura dello Stato. In tal modo sarebbe stato violato il diritto dell'imputato di avere certezza circa la qualità del suo contraddittore, con violazione della ratio dell'art. 78 lettera A.

3) violazione dell'art. 606 lettera c per violazione di norme processuali stabilite a pena di nullità, in relazione all'art. 102 CPP, per essere il legale comparso in Appello, persona fisica diversa da quella comparsa in primo grado e da quella sottoscrittore dei motivi di Appello, sprovvisto di delega ex art. 102 CPP. L'art. 1 RD 1611/33 attiene al rapporto "interno" tra la PA e l'Avvocatura dello Stato.

I motivi di cui al punto 2 e 3 sono infondati.

La normativa speciale prevista dal RD 30.10.1933 n. 1611, stabilisce all'art. 1 che la rappresentanza e la difesa in giudizio delle Amministrazioni pubbliche spetta all'Avvocatura dello Stato in quanto Ufficio unitariamente considerato e non ai singoli avvocati o procuratori che di quell'ufficio fanno parte. Come ha correttamente ritenuto la Corte di Appello territoriale, la legge in questione, in quanto "ius speciale" rispetto a quanto prescritto dall'art. 78 CPP, cioè derogatoria della normativa generale del codice di procedura penale, non attribuisce alcun potere al singolo ma all'Avvocatura dello Stato un potere generale che troverà concreta attuazione nei singoli soggetti che materialmente di volta in volta rappresenteranno l'organo. E ciò per la particolare natura dei soggetti pubblici inquadrati nella PA del rapporto organico esistente tra detti soggetti e l'Avvocatura dello Stato, istituzionalmente demandata a svolgere ex lege il patrocinio e l'assistenza legale delle Amministrazioni dello Stato.

Ne consegue che la "legitimatatio ad processum" spetta d'ognuno degli appartenenti all'organo, perché ciascuno degli organi è titolare della relativa capacità di agire in giudizio in rappresentanza dell'Ente Patrocinato, senza necessità di procura speciale.»

(Cass., Sez. III pen., sent. 2819/1997)

Attribuzione ad un ente del patrocinio erariale (ex art. 43, r.d. 30 ottobre 1933, 1611): sui giudizi già pendenti

PARERE DEL 14/05/2019-268158, AL 4209/19

Con la nota che si riscontra codesta Avvocatura ha sollecitato il parere della Scrivente sulle conseguenze del DPCM 18 giugno 2018, di attribuzione all'Ente acquedotti siciliani in liquidazione (di seguito anche EAS o Ente) del patrocinio autorizzato dell'Avvocatura dello Stato.

In particolare la questione riguarda la disciplina dei giudizi già pendenti ed i rapporti con i precedenti legali incaricati dal predetto Ente della trattazione delle controversie.

Osserva al riguardo la Scrivente quanto segue.

La questione dell'efficacia del DPCM di attribuzione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sui giudizi pendenti non trova una soluzione né nel DPCM del 18 giugno 2018, che non si occupa di tale aspetto, né nella disciplina generale dell'articolo 43 del Regio Decreto 1611 del 1933, che pure tace sugli effetti dell'attribuzione del patrocinio sui giudizi pendenti.

La questione va pertanto risolta sulla base dei principi generali che regolano il sistema.

Da un lato, viene in considerazione il principio di irretroattività degli atti amministrativi (quale è senz'altro il DPCM di attribuzione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, avendo riguardo a soggetti **determinati**) e delle leggi (articolo 11 delle preleggi al c.c., ove non sia prevista espressamente una deroga).

Dall'altro quello per cui il patrocinio autorizzato ai sensi dell'articolo 43 citato comporta l'attribuzione dello *ius postulandi* in via organica ed esclusiva all'Avvocatura dello Stato, salvo i casi di conflitto di interessi e i casi speciali oggetto di motivata delibera dell'Ente patrocinato.

La questione è già stata esaminata, sia pure con riferimento al patrocinio di altro Ente, nel parere reso dal Comitato consultivo dell'Avvocatura dello Stato con nota dell'11 febbraio 2019 n. 82972 (AL 37407/18), il quale è pervenuto ad approdi interpretativi sostanzialmente sovrapponibili alle considerazioni che si svolgono immediatamente di seguito.

Nel caso di concessione ad un ente del patrocinio della Avvocatura dello Stato ai sensi dell'articolo 43 del regio decreto n. 1611 del 1933, salva la presenza di una disciplina specifica, le questioni che si pongono con riferimento ai giudizi pendenti non possono essere risolte con l'applicazione della disciplina degli articoli 110 e 111 c.p.c., i quali hanno riguardo alla diversa fattispecie di trasferimento dei rapporti da un soggetto ad un altro (per effetto della soppressione del primo nell'ipotesi di cui all'articolo 110 c.p.c.).

Nel caso in esame, infatti, vi è la persistenza dell'Ente, cui viene soltanto concesso il patrocinio della Avvocatura dello Stato.

La fattispecie in esame richiama, viceversa, la disciplina del codice di rito relativa agli eventi che possono colpire il difensore nel corso del giudizio.

Ad avviso della Scrivente, tuttavia, non può trovare applicazione nel caso di specie l'articolo 301 c.p.c. (morte o impedimento del procuratore), in quanto l'evento che riguarda la difesa dell'EAS non è tale da impedire l'esercizio dell'attività difensiva della precedente legale **nel suo complesso**, ma riguarda esclusivamente i rapporti tra l'Ente e il legale precedentemente nominato.

A differenza di quanto ritenuto da codesta Avvocatura con la nota del 13 settembre 2018, pertanto, l'entrata in vigore del DPCM del 18 giugno 2018 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 186 dell'11 agosto 2018) non comporta l'interruzione del processo.

La fattispecie in esame sembra, viceversa, poter essere assimilata all'ipotesi di **revoca della procura** (art. 301 u.c. c.p.c.), trattandosi della sostituzione *ope legis* di un difensore ad un altro nel corso del processo per una volontà che, sia pure indirettamente, può ritenersi riconducibile a una manifestazione di interesse da parte dello stesso soggetto patrocinato.

Per tali ragioni, ritiene la Scrivente che il riconoscimento del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'articolo 43 cit. non comporti alcun effetto nei confronti delle altre parti del giudizio fino alla sostituzione del difensore (da ultimo Cass. civ. sentenza 2677 del 30 gennaio 2019) e ciò in virtù del principio della *perpetuatio* dello *ius postulandi* in casi del genere.

Sempre ai sensi dell'articolo 43 del Regio Decreto n. 1611 del 1933, resta ferma la facoltà dell'Ente, cui è stato concesso il patrocinio, di non avvalersene, oltre che nelle ipotesi di conflitto di interessi, "in casi speciali" previa apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza.

Il riferimento ai "casi speciali" suggerisce che la disciplina degli effetti della concessione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sui giudizi pendenti possa essere oggetto di una deliberazione dell'Ente che stabilisca di derogare al patrocinio autorizzato per ragioni da esplicitare attraverso una **motivazione rafforzata** soggetta all'approvazione degli organi di vigilanza.

In questo senso va interpretato l'avviso espresso dalla Scrivente con nota del 22 febbraio 2019 n. 108310.

In quel caso l'avviso espresso per la continuazione del patrocinio da parte del difensore in precedenza nominato si fondava sulla **particolare** vicenda esaminata, nella quale il controricorso era stato già presentato nell'interesse dell'Ente dall'avvocato S.G. nel 2016; sicché l'unica attività difensiva che rimaneva da espletare consisteva nell'eventuale deposito di una memoria difensiva prima della fissazione dell'udienza (non potendosi neanche escludere la fissazione di una udienza ai sensi dell'articolo 380 *bis* 1 c.p.c. senza la partecipazione dei difensori).

In conclusione, ribadito il principio per cui la concessione del patrocinio ai sensi dell'articolo 43 del Regio Decreto 1611 del 1933 comporta che l'ente debba avvalersi in **via organica ed esclusiva** della Avvocatura dello Stato (salvo

le ipotesi di conflitto e salvi i “casi speciali”), ritiene la Scrivente opportuno che l’Ente patrocinato valuti l’approvazione di una deliberazione, da sottoporre agli organi di vigilanza, con la quale vengono disciplinati gli eventuali “casi speciali” in cui il patrocinio della Avvocatura dello Stato può essere derogato.

Al riguardo l’Ente patrocinato potrà tener conto, non solo della fattispecie di cui alla nota del 22 febbraio 2019 n. 108310 della Scrivente, bensì di ogni altro caso in cui - in ragione, per esempio, della ristrettezza dei termini a disposizione per il compimento dell’atto processuale - si renda **estremamente** opportuno, per la corretta difesa dell’Ente, continuare ad avvalersi del patrocinio del legale precedentemente incaricato al fine di assicurare la **continuità della difesa** dell’Ente.

A titolo meramente esemplificativo, e salve le determinazioni spettanti all’Ente patrocinato, possono farsi rientrare in tale categoria le seguenti ipotesi:

1) particolare complessità **in fatto** della controversia da patrocinare, specialmente quando gli accertamenti istruttori siano stati svolti mediante l’acquisizione di una consulenza tecnica d’ufficio richiesta dal legale che ha in precedenza difeso la Amministrazione;

2) ristrettezza del termine per proporre l’atto difensivo, specialmente quando si tratti di un mezzo di impugnazione da proporre avverso un provvedimento giurisdizionale notificato dalla controparte ai fini della decorrenza del termine breve per l’impugnazione;

3) proposizione del solo controricorso per cassazione in controversia seguita fino a tale adempimento da un legale designato dall’Ente, considerato che per l’adempimento la legge assegna il termine di 40 giorni dalla notifica del ricorso principale presso il precedente patrocinatore (in virtù del principio della *perpetuatio* dello *ius postulandi*); in tali casi, infatti, la necessità di acquisizione della documentazione processuale dal precedente legale e i tempi di trasmissione della stessa all’Avvocatura generale dello Stato (competente per la notifica del controricorso) possono apparire incompatibili con la predisposizione dell’atto difensivo;

4) disponibilità, al momento della richiesta di patrocinio all’Avvocatura dello Stato, di un termine per la proposizione dell’impugnazione **inferiore alla metà del termine lungo** previsto dalle disposizioni normative (tale essendo il termine massimo oltre il quale la Corte di cassazione ritiene intempestiva anche la semplice di rinotifica di un atto di impugnazione).

*

Ai fini del necessario coordinamento, la presente nota viene indirizzata per conoscenza anche alle altre sedi dell’Avvocatura dello Stato operanti nel territorio della Regione Sicilia, per l’eventualità che la problematica esaminata si ponga anche in controversie di competenza di altre sedi regionali della Avvocatura dello Stato.

L’avvocato incaricato
Antonio Grumetto

Il Vice avvocato generale dello Stato
Marco Corsini

Avvocatura Generale dello Stato

CIRCOLARE N. 17/2019

Oggetto: Legge Pinto - Giudizi di ottemperanza - Mancata applicazione da parte dei TAR dell'art. 5 sexies, co. 8, l. n. 89 del 2001.

Allo scopo di garantire una proficua gestione del contenzioso in materia di legge Pinto e, in particolare, in relazione alla difesa dell'Amministrazione nei giudizi promossi dai privati per l'ottemperanza dei decreti che riconoscono l'indennizzo ex l. n. 89 del 2001, si rappresenta quanto segue.

L'Amministrazione fa presente che diversi Tribunali Amministrativi Regionali, accogliendo i ricorsi per l'ottemperanza dei privati, nominano quali commissari *ad acta* soggetti diversi dai dirigenti delle Amministrazioni inadempienti, in palese violazione dell'art. 5 sexies, co. 8, l. n. 89 del 2001, a tenore del quale "*Qualora i creditori di somme liquidate a norma della presente legge propongano l'azione di ottemperanza di cui al titolo I del libro quarto del codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il giudice amministrativo nomina, ove occorra, commissario ad acta un dirigente dell'amministrazione soccombente, con esclusione dei titolari di incarichi di Governo, dei capi dipartimento e di coloro che ricoprono incarichi dirigenziali generali. I compensi riconosciuti al commissario ad acta rientrano nell'onnicomprendività della retribuzione dei dirigenti*".

Ciò posto, in relazione ai giudizi promossi per l'ottemperanza di crediti ex legge Pinto, in aggiunta a tutte le eccezioni e difese che il singolo Avvocato o Procuratore dello Stato riterrà di sviluppare, si segnala l'opportunità di richiamare, in ogni caso, l'attenzione dei Giudici sul chiaro disposto dell'art. 5 sexies, co. 8, l. n. 89 del 2001, sopra trascritto, affinché, nell'inconcessa ipotesi di accoglimento del ricorso in ottemperanza proposto dal privato, e di conseguente nomina di commissario *ad acta*, questi venga individuato nella persona di un dirigente della specifica Amministrazione inadempiente.

Nella stessa prospettiva, pare altresì opportuno specificare nelle difese che, come sancito dall'art. 5 sexies, co. 8, ultimo periodo, cit., al commissario *ad acta* / dirigente dell'Amministrazione inadempiente non spettano compensi aggiuntivi; e che, in questo senso, parrebbe essersi, peraltro, già espressa la giurisprudenza in atto dominante (cfr., *inter alia*, ordinanza n. 58 del 2019 del Consiglio della Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia; ordinanza n. 589 del 2018 del TAR Molise).

L'Avvocato Generale dello Stato
Massimo Massella Ducci Teri

Autorità Nazionale Anticorruzione Relazione annuale (Anno 2018)

ROMA, CAMERA DEI DEPUTATI, 6 GIUGNO 2019

Intervento del Presidente Raffaele Cantone

Autorità, Signore, Signori,

sono trascorsi cinque anni da quando il Consiglio dell'ANAC si è insediato ed è quindi tempo di tracciare un bilancio dei risultati raggiunti ma anche di indicare le possibili prospettive future.

Mi sento di affermare che la cifra che ha caratterizzato il difficile lavoro dell'Autorità in questo periodo è stata certamente quella dell'apertura, della collaborazione e del confronto.

L'ottica perseguita è stata quella di affiancare e accompagnare le amministrazioni nei loro compiti di attuazione della nuova normativa, esercitando i poteri sanzionatori solo come *extrema ratio*.

Un'apertura che si è manifestata nella stesura di protocolli e convenzioni, nella partecipazione attiva ai dibattiti pubblici nelle sedi istituzionali e universitarie, nella redazione di segnalazioni a Governo e Parlamento, in approcci innovativi alle attività consultive e di regolazione, nell'utilizzo preferenziale di una forma alternativa di vigilanza, appunto definita come "collaborativa".

Fra i rapporti avviati più di recente, per il valore strategico, desidero qui ricordare quello messo in campo con numerosi attori istituzionali per individuare criteri attendibili di misurazione della corruzione: un progetto ambizioso che, dopo la selezione degli esperti, sta già entrando nella fase operativa.

Un metodo di lavoro, quello sperimentato nel quinquennio, che viene riconosciuto all'estero - e lo dico con una punta di orgoglio - come il "modello italiano" della prevenzione della corruzione, che ha ricevuto numerosi apprezzamenti, fra cui quelli del GRECO (Consiglio d'Europa) e dell'OCSE.

Lo testimoniano anche i risultati particolarmente positivi dei *twinning* svolti per conto dell'Unione europea in Serbia e in Montenegro e delle tante missioni, organizzate con la proficua collaborazione del Ministero degli affari esteri, in cui i rappresentanti dell'Autorità hanno ricevuto importanti riconoscimenti da parte di esponenti di primissimo piano dei governi di Paesi stranieri.

Da ultimo, vorrei ricordare anche la prima presidenza della neo costituita rete delle autorità anticorruzione europee, nata sotto l'egida del Consiglio d'Europa, che già conta diciotto Stati aderenti.

Prima di entrare nel vivo di questo mio intervento, vorrei indicare alcuni numeri riepilogativi delle attività svolte, rinviando per maggiori dettagli alle

relazioni complete di quest'anno e degli anni precedenti pubblicate sul sito.

Da luglio 2014 a dicembre 2018, considerando tutti gli ambiti di propria competenza, l'Autorità ha aperto oltre 30.000 fascicoli istruttori, effettuando circa 200 verifiche ispettive, molte delle quali svolte con il prezioso apporto del Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza; ha reso oltre 3.150 pareri in materia soprattutto di contratti pubblici e stipulato 78 protocolli di vigilanza collaborativa, che hanno consentito di verificare più di 200 procedure di particolare rilevanza o impatto economico, cui vanno aggiunti ulteriori 10 accordi di alta sorveglianza su grandi eventi da cui sono scaturiti oltre 1.000 pareri elaborati dall'Unità Operativa Speciale, nata con EXPO ma poi divenuta una presenza strutturale.

Circa 2.000 sono state le sanzioni irrogate, ma in gran parte nel settore dei contratti pubblici in cui l'Autorità svolge la funzione di accertare infrazioni rilevate da altri (soprattutto stazioni appaltanti).

Numerosi sono stati anche gli atti a carattere generale adottati per dare indicazioni ad amministrazioni e stazioni appaltanti (oltre 60 tra piano nazionale anticorruzione, linee guida in varie materie, bandi-tipo e prezzi di riferimento) e ben 35 le segnalazioni a Governo e Parlamento per evidenziare disfunzioni e proposte di modifica normativa, segnalazioni che purtroppo quasi mai hanno avuto seguito.

Dai numeri in generale passiamo ora a un esame mirato delle attività svolte.

Il sistema di prevenzione della corruzione.

In materia di prevenzione della corruzione, l'impianto normativo contenuto nella legge Severino del 2012 e nei decreti attuativi (1), dopo una prima, fisiologica, fase di metabolizzazione anche sotto il profilo culturale, sta cominciando lentamente a produrre risultati positivi, grazie altresì ai successivi interventi del legislatore.

Ci si riferisce al decreto legislativo 97 del 2016, che ha per la prima volta introdotto il c.d. "FOIA" nel nostro ordinamento, e alla legge 179 del 2017, che ha potenziato il *whistleblowing*, ma anche alle varie leggi che dal 2015 fino all'ultima riforma recata nella legge 3 del 2019, mediaticamente nota a tutti come "Spazzacorrotti", hanno rafforzato l'impianto repressivo.

Ciò non significa, naturalmente, che la corruzione sarà estirpata; è un risultato ancora lontano da venire e forse irraggiungibile, visto che non esistono Paesi al mondo a corruzione zero!

Significa, invece, che gli attori del sistema, *in primis* le amministrazioni pubbliche, hanno capito e cominciato a utilizzare al meglio lo strumentario

(1) Si tratta del decreto legislativo 235 del 2012 sulle incandidabilità, del decreto 33 del 2013 sugli obblighi di trasparenza e del decreto 39 del 2013 sulle inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi.

legislativo pensato per farvi fronte. Ciò è dovuto anche all'intensa attività svolta dall'Autorità, in primo luogo attraverso il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), vero perno dell'attività di prevenzione, elaborato tramite il confronto con gli operatori e sempre più strutturato in modo da essere attento alle specifiche realtà, ai rischi e alle possibili misure per sterilizzarli.

Nel 2018, in particolare, è stato elaborato un ulteriore aggiornamento (2) del primo Piano adottato dall'Autorità nel 2016 (3), proseguendo con il collaudato approccio dei tavoli di lavoro e degli approfondimenti tematici, attraverso cui vengono messe a fattor comune problematiche e conoscenze utili per dare alle amministrazioni i migliori strumenti di prevenzione e *good administration*. Nel 2019 sarà, invece, adottato l'ultimo PNA di competenza dell'attuale Consiglio: riprendendo le esperienze maturate in questi anni, il Piano fornirà a tutte le amministrazioni criteri guida completi per la redazione dei loro piani triennali, sostituendo anche definitivamente il "glorioso" PNA del 2013.

Fra i principali artefici di questi passi in avanti vi sono, senza dubbio, i responsabili della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT), trasformatisi sempre più in una "rete" locale dell'Autorità e con i quali il dialogo è continuo.

Ad essi, soprattutto, l'Autorità si rivolge per ottenere informazioni e chiarimenti necessari per lo svolgimento delle tante istruttorie finalizzate a verificare l'efficacia delle misure di prevenzione (più di 280 nel 2018 e 2.300 nel quinquennio).

Con una delegazione di essi (circa 400) ogni anno ci si incontra per la giornata dei responsabili della prevenzione, dedicata all'ascolto dei loro problemi quotidiani. Siamo giunti al quinto appuntamento con l'edizione dello scorso 9 maggio, svoltasi, come le precedenti, presso la Banca d'Italia e aperta dagli autorevoli saluti e auguri del Governatore, che ringrazio per l'ospitalità e il sostegno.

L'impegno dei responsabili emerge tangibilmente dai miglioramenti complessivi della qualità dei piani triennali (ad esempio, in relazione alla mappatura dei rischi e alle misure previste), che sono stati, a campione, monitorati grazie alla preziosa collaborazione delle Università di Roma "Tor Vergata" e di Caserta "Vanvitelli".

A breve dovrebbe anche diventare operativa una piattaforma che consentirà all'Autorità l'acquisizione automatica di una serie di dati e che permetterà un monitoraggio costante su tutti i piani triennali.

Venendo all'attività di vigilanza svolta, l'Ufficio competente si è occupato in questi anni di molte questioni delicate (la nomina e la revoca del responsabile, la rotazione, il cumulo degli incarichi, ecc.) e lo ha fatto utilizzando so-

(2) Delibera n. 1074 del 21 novembre 2018.

(3) Delibera n. 831 del 3 agosto 2016.

prattutto lo strumento della "raccomandazione", proprio nella logica della collaborazione con le amministrazioni che, infatti, quasi sempre si sono adeguate. Le sanzioni, invece, sono state applicate meno di 30 volte, a dimostrazione di come gli obblighi normativi siano oggi diffusamente rispettati, anche grazie all'azione dell'Autorità.

I problemi però non sono mancati. Proprio sulla revoca e sulla rotazione l'Autorità è intervenuta con atti generali. Nel primo caso, per definire le proprie modalità di intervento attraverso un regolamento adottato lo scorso luglio (4); nel secondo caso, tramite linee guida (5) con cui ha precisato in modo chiaro i presupposti e le modalità di attuazione della c.d. "rotazione straordinaria" a seguito di avvio di indagini penali nei confronti dei dipendenti pubblici.

Particolarmente intensa è stata l'attività di vigilanza sulle inconferibilità e incompatibilità degli incarichi, previste dal decreto legislativo 39 del 2013.

Sin dall'inizio si sono rivelate materie "ostiche" per le numerosissime questioni sottoposte (150 sono i procedimenti del 2018 e quasi 700 quelli complessivamente avviati in questi anni), per l'impatto che le decisioni dell'Autorità hanno su amministrazioni e soggetti destinatari degli incarichi, ma soprattutto per le notevoli difficoltà interpretative.

L'Autorità ha predisposto in materia ben 8 segnalazioni a Governo e Parlamento (6), senza ottenere riscontri; la prima, con 25 punti problematici, risale al giugno del 2015, quando sembrava in calendario la riforma del decreto 39, poi abbandonata.

Nelle more degli attesi interventi legislativi, l'Autorità è intervenuta più volte anche con atti regolatori in materia per risolvere alcuni problemi ermeneutici emersi soprattutto sulle inconferibilità. In particolare, in più occasioni, si è occupata del concetto di "incarichi gestionali", provando a enuclearne una lettura che evitasse l'elusione della normativa, così come ha regolamentato il procedimento per l'irrogazione delle sanzioni, delineando gli ambiti di competenza propri e del RPCT. Resta, però, ineludibile il "tagliando" a una normativa che pure merita apprezzamento perché rappresenta un passo in avanti verso un'amministrazione più imparziale.

Strettamente connessa alla materia delle inconferibilità e incompatibilità è la tematica dei conflitti di interesse, situazione considerata anche a livello internazionale come fonte di maggior rischio di fatti corruttivi.

Anche sul punto, gli innegabili passi in avanti compiuti con l'introduzione del dovere di astensione ad opera della legge Severino (7) risultano, però, non

(4) Regolamento ANAC sull'esercizio del potere dell'autorità di richiedere il riesame dei provvedimenti di revoca o di misure discriminatorie adottate dal RPC, approvato con delibera n. 657 del 18 luglio 2018.

(5) Approvate con delibera n. 215 del 26 marzo 2019.

(6) Oltre alla segnalazione del 4 giugno 2015, si ricordano quelle adottate a distanza di poco tempo nello stesso anno del 5 settembre e del 4 novembre.

(7) Art. 1, comma 41, della legge 190 del 2012. Il dovere di astensione è disciplinato più in dettaglio dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al decreto del Presidente della Repubblica 62 del 2013.

ancora sufficienti e rendono auspicabile una normativa di sistema in materia, che tante volte è stata annunciata nel corso degli anni.

Allo stato, infatti, le armi per sterilizzate i conflitti di interesse sono decisamente spuntate; in tante occasioni sono state segnalate possibili (e gravi) situazioni di conflitti di interesse anche strutturale e l'Autorità si è dovuta limitare a rilevarne l'esistenza e a evidenziarla all'amministrazione con una semplice richiesta di rimuovere il conflitto.

Di un caso emblematico sottoposto all'esame dell'ANAC va fatto cenno. Riguardava, in particolare, il conferimento dell'incarico di presidente di un'autorità portuale a un soggetto che in precedenza era stato socio di una società di spedizioni doganali operante soprattutto in quel contesto territoriale. L'Autorità, pur escludendo ogni ipotesi di inconferibilità o incompatibilità, ha evidenziato come la sola astensione non potesse bastare "a sanare tale ipotesi di conflitto di interessi [...] generalizzato e permanente in quanto l'interessato, in qualità di presidente dell'Autorità portuale con i suoi provvedimenti interviene [...] sull'attività della società [...] nella quale lo stesso è portatore di specifici interessi". Secondo l'Autorità, "tale situazione di interferenza è di natura tale da influenzare l'esercizio indipendente, imparziale e obiettivo della funzione pubblica rivestita, non sanabile con il solo dovere di astensione previsto dal legislatore". Per tale ragione, si è rimessa "alla valutazione dell'amministrazione vigilante la validità degli atti e/o provvedimenti adottati dal [...] nella situazione di interferenza sopra descritta" (8).

Da menzionare comunque, in questa occasione, le varie delibere adottate in materia di concorsi e procedure selettive per il conferimento di incarichi o per il reclutamento di professori e ricercatori universitari, con cui sono stati forniti criteri interpretativi sull'esistenza del conflitto di interesse in presenza di precedenti rapporti di collaborazione fra commissari e aspiranti all'incarico (9).

L'Autorità è anche intervenuta, con apposite linee guida, nello specifico settore dei contratti pubblici per il quale il decreto legislativo 50 del 2016 (codice) richiede alle stazioni appaltanti l'introduzione di misure adeguate per contrastare frodi e corruzione. Le linee guida forniscono precisazioni sulla definizione di conflitto di interessi, sulle misure applicabili, sull'individuazione delle situazioni a rischio e pongono particolare attenzione alle comunicazioni, alle dichiarazioni e agli obblighi di astensione da parte dei pubblici funzionari. Il testo sarà a breve approvato definitivamente, avendo anche recepito il parere del Consiglio di Stato.

Un cenno merita anche l'istituto, pure introdotto dalla legge Severino, del *pantouflage*, cioè l'ipotesi di incompatibilità successiva alla cessazione dell'incarico finalizzata opportunamente a evitare che il funzionario pubblico possa preconstituirsì posizioni di vantaggio con privati con i quali entra in contatto per ragioni di servizio.

L'Autorità, in più occasioni, aveva ritenuto la propria competenza a rilevare eventuali violazioni della normativa anche se si era sempre astenuta, in assenza di una norma autorizzativa, dall'irrogare le previste sanzioni.

Di recente, però, il TAR Lazio, pronunciandosi su una vicenda specifica,

(8) Così delibera n. 378 del 6 aprile 2016.

(9) Ci si riferisce, in particolare, alle delibere n. 209 del 1° marzo 2017 e n. 384 del 29 marzo 2017.

ha escluso che all'Autorità spetti un qualunque potere di vigilanza, finendo per rendere l'istituto completamente inefficace.

Il caso si riferiva all'ex presidente di un'autorità di sistema portuale che, successivamente alla scadenza dell'incarico, aveva instaurato un rapporto di consulenza con un'importante impresa privata operante nel settore della navigazione e destinataria di vari provvedimenti della medesima autorità. La delibera che ha accertato il *pantouflage* (10) è stata impugnata e il TAR Lazio (11) ha ritenuto che i poteri dell'ANAC sono limitati alla sfera pubblica e che pertanto nei confronti di soggetti privati non possa operare alcun accertamento. Il giudice ha concluso nel senso di prefigurare un "controllo diffuso" sulle situazioni di conflitto, concetto, però, il cui contenuto non appare di semplice individuazione e che finisce di fatto per escludere la possibilità di un qualunque accertamento delle violazioni normative.

Una situazione, questa, che in attesa dell'intervento dirimente del Consiglio di Stato, sarà oggetto di una prossima (ulteriore) segnalazione a Governo e Parlamento.

Nel concludere questa prima parte, qualche parola va riservata al *whistle-blowing*, istituto che sta dimostrando grande vivacità con l'andamento esponenziale delle segnalazioni e delle istruttorie, passate da 125 nel 2015 a 764 nel 2018, per un totale complessivo di circa 1.460.

Le questioni segnalate vanno dagli appalti irregolari ai concorsi illegittimi ai comportamenti di *maladministration*, anche se continuano a pervenire, pur sotto l'egida della legge 179 del 2017, esposti su questioni di natura meramente personale, esclusi dalla tutela con la nuova normativa.

Le segnalazioni sono oggi acquisite attraverso un sistema informatico che garantisce riservatezza, sicurezza e affidabilità e il *software* utilizzato è stato recentemente messo a disposizione di altre amministrazioni che lo hanno richiesto.

Nel dicembre del 2018 è stato anche adottato il regolamento per disciplinare l'esercizio dei poteri sanzionatori (12) previsti dalla legge 179 e sono già stati avviati, a carico di dirigenti e funzionari amministrativi, alcuni procedimenti (dieci) di contestazione di comportamenti discriminatori nei confronti dei segnalanti.

La trasparenza.

Veniamo ora al tema della trasparenza, uno dei pilastri per un'efficace azione di prevenzione della corruzione ma anche un principio entrato ormai a pieno titolo nella costituzione materiale del Paese.

Lo ha confermato una recente e attesa sentenza della Corte Costituzionale

(10) Delibera n. 207 del 21 febbraio 2018.

(11) Tar Lazio, Roma, I sezione, 27 novembre 2018, n. 11494.

(12) Regolamento adottato con delibera n. 1033 del 30 ottobre 2018.

(la n. 20 del 21 febbraio 2019), che si è pronunciata sulla questione di legittimità relativa agli obblighi di pubblicazione dei compensi, dei dati patrimoniali e delle spese per viaggi di servizio e missioni dei dirigenti pubblici, accogliendola parzialmente e limitatamente ai dati patrimoniali e ai soli dirigenti non apicali.

L'impianto introdotto con la normativa anticorruzione è uscito rafforzato dalla decisione della Consulta, che ha ritenuto configurabile un vero e proprio diritto, costituzionalmente tutelato, dei cittadini ad accedere ai dati in possesso delle amministrazioni, diritto che va bilanciato, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, con l'altro, pur ugualmente tutelato a livello costituzionale, di riservatezza dei dati personali.

La soluzione adottata non è dissimile da quella che l'Autorità aveva indicato con una propria segnalazione a Governo e Parlamento (13) e richiederà comunque una modifica legislativa per individuare con precisione le categorie di dirigenti tenuti agli obblighi di trasparenza.

Nelle more dell'intervento normativo, l'Autorità sta provvedendo ad aggiornare le proprie linee guida sugli obblighi di pubblicazione, conformandole ai dettami della Corte.

A seguito della novella recata dal decreto legislativo 97 del 2016, che ha esteso ai dirigenti le norme di trasparenza previste per le cariche elettive, l'Autorità aveva emanato una delibera per fornire indicazioni sull'applicazione dei nuovi obblighi (14). Sollevata l'eccezione di legittimità da parte del TAR Lazio, l'Autorità aveva conseguentemente sospeso (15) gli effetti di tale delibera, limitatamente ai profili impugnati. Con la pubblicazione della sentenza l'Autorità si appresta a fornire indicazioni interpretative sull'ampiezza degli obblighi di pubblicità e sui dirigenti interessati.

Quanto allo stato di attuazione della normativa, i dati in nostro possesso dimostrano che le amministrazioni e i cittadini hanno ormai conseguito una discreta maturità nell'utilizzo degli strumenti disponibili. Infatti, le attività di vigilanza sugli obblighi di pubblicazione avviate dall'Autorità (circa 220 nel 2018 e 1.400 nel quinquennio) hanno portato all'irrogazione di sanzioni in meno del 10% dei casi esaminati.

Fa certamente più fatica a imporsi l'accesso civico generalizzato, anche per le difficoltà delle amministrazioni di individuare con precisione i limiti del diritto e per qualche oscillazione della giurisprudenza amministrativa.

L'Autorità, sul punto, ha avviato la revisione delle linee guida adottate (d'intesa con il Garante della *privacy*) per fornire indicazioni operative sull'esclusione e sui limiti all'accesso e ha salutato con favore l'idea del Ministro

(13) Segnalazione n. 6 del 20 dicembre 2017, esplicitamente menzionata anche nella motivazione della sentenza della Consulta. Si ricorda anche la precedente segnalazione n. 1 del 2 marzo 2016.

(14) Delibera n. 241 dell'8 marzo 2017.

(15) Si vedano la delibera n. 382 del 12 aprile 2017 e i Comunicati del Presidente dell'Autotà del 12 aprile 2017 e del 7 marzo 2018.

della funzione pubblica di rivedere la propria circolare in materia, dando piena disponibilità a partecipare ai tavoli di lavoro istituiti.

Infine, un'informazione riguardante la trasparenza dei processi decisionali dell'ANAC. Il Consiglio, pur in assenza di una normativa di riferimento sulle *lobbies*, ha deciso di dotarsi di un regolamento per disciplinare i rapporti con i portatori di interesse (16); allo scopo di far conoscere le interazioni con tali soggetti, ha, in particolare, istituito un' "Agenda Pubblica", operativa dal prossimo 24 giugno, che renderà noti gli incontri del Presidente, dei componenti del Consiglio, del Segretario Generale e di tutti i dirigenti.

I contratti pubblici.

Seguendo l'ordine delle relazioni degli anni precedenti, adesso è il momento di occuparsi dei contratti pubblici, tema particolarmente caldo da cui evidentemente non ci si può esimere perché l'ANAC resta l'autorità di vigilanza del settore.

Non avrebbe senso, però, parlarne astraendosi dal dibattito pubblico e dalle polemiche che hanno investito, nell'ultimo periodo, il codice varato nel 2016, per recepire - è bene ricordarlo - le direttive comunitarie in materia.

Non credo di sbagliare nel dire che quanto accaduto su quel testo non ha molti precedenti nella storia del nostro Paese: adottato con grandi auspici e senza nemmeno particolari contrarietà, da un giorno all'altro è diventato figlio di nessuno e soprattutto si è trasformato nella causa di gran parte dei problemi del settore e non solo.

È innegabile che da quell'articolato sono derivate delle criticità, ma ciò è dovuto soprattutto al fatto che è stato attuato solo in parte, mentre i suoi aspetti più qualificanti (la riduzione delle stazioni appaltanti, i commissari di gara estratti a sorte, il *rating* d'impresa) sono rimasti sulla carta.

Fra l'altro, dopo un periodo di calo, anche fisiologicamente collegato alle novità, negli ultimi due anni il mercato si è ripreso e le procedure sono aumentate (17).

Governo e Parlamento hanno ritenuto però, con una scelta legittima, di apportare profonde modifiche.

Dopo un lunghissimo dibattito hanno deciso di intervenire in due *step*: con un decreto legge, annunciato a fine 2018 e varato solo a metà aprile di quest'anno, con l'obiettivo di far "ripartire le opere" (e perciò chiamato "sblocca cantieri"), e una legge delega all'esame del Parlamento per una riforma radicale del codice.

Il decreto, non ancora giunto all'approvazione nemmeno di uno dei rami

(16) Delibera n. 172 del 6 marzo 2019.

(17) Ad esempio, nel 2018 le procedure sono cresciute di circa il 5% in numero e altrettanto in valore.

del Parlamento, è stato fatto segno di numerose e sostanziali modifiche e ad oggi si fa fatica ad orientarsi fra gli emendamenti e i subemendamenti approvati e modificati e a individuare, quindi, un testo su cui potersi confrontare.

Sicuramente esso incide anche sui poteri dell'ANAC, prevedendo il ritorno al regolamento attuativo in luogo delle linee guida dell'Autorità. Non ci sentiamo di criticare questa opzione: la regolazione flessibile non è stata positivamente accolta dalle amministrazioni, abituate a regole rigide piuttosto che a criteri che richiedono l'esercizio di maggiore discrezionalità.

Rivendichiamo, però, di aver fatto gran parte del lavoro che ci era stato chiesto (delle 10 linee guida previste ne sono state varate 7, peraltro modificate dopo il corpuspo "correttivo" del 2017) ed auspichiamo che molti dei contenuti possano essere recuperati nel futuro regolamento.

Sui rimanenti 3 atti da adottare segnaliamo che le linee guida sulla qualificazione delle stazioni appaltanti non possono essere emanate se non viene prima approvato il previsto d.P.C.M.; la predisposizione delle linee guida sui requisiti delle imprese fallite o in concordato era in fase avanzata ma dovrà ora tenere conto delle novità introdotte dal codice della crisi d'impresa del 12 gennaio 2019 e dallo stesso sblocca cantieri; infine, per le linee guida sul complesso tema del *rating* d'impresa, si è conclusa la seconda consultazione pubblica.

Su alcuni aspetti specifici del decreto, tuttavia, qualche rilievo s'impone. Seppure opportunamente ridimensionata rispetto ai 200 mila euro del testo originario, la previsione di una soglia abbastanza alta (150 mila euro) entro la quale adottare una procedura molto semplificata (richiesta di soli tre preventivi) aumenta certamente il rischio di scelte arbitrarie, se non di fatti corruttivi.

Alcune opzioni, poi (il ritorno dell'appalto integrato, l'aumento della soglia dei subappalti al 40%, la possibilità di valutare i requisiti per la qualificazione delle imprese degli ultimi 15 anni, le amplissime deroghe al codice concesse ai commissari straordinari), paiono troppo attente all'idea del "fare" piuttosto che a quella del "far bene".

La sospensione dell'albo dei commissari di gara per un biennio, infine, introdotta in uno degli ultimi emendamenti, proprio quando questa novità stava per partire, rischia di incidere su un momento topico della procedura, facendo venir meno un presidio di trasparenza, oltre che rendere inutile il cospicuo investimento economico (500 mila euro circa) che l'Autorità ha sostenuto per applicare la disposizione.

Il giudizio complessivo sull'impianto resta, però, sospeso anche in attesa che si completi l'*iter* legislativo della conversione e soprattutto dell'approvazione della legge delega. Un solo suggerimento sia, però, consentito: il settore degli appalti ha assoluto bisogno di stabilità e certezza delle regole, e non di continui cambiamenti che finiscono per disorientare gli operatori economici e i funzionari amministrativi.

L'ANAC, se ci sarà richiesto, farà comunque la propria parte in leale collaborazione con Esecutivo e Parlamento, come ha già cominciato a fare desi-

gnando, su richiesta del Ministro delle infrastrutture, un proprio componente per il tavolo di lavoro che si sta occupando della scrittura del regolamento.

Per quanto riguarda il lavoro svolto nell'anno passato, segnalo che il 1° agosto scorso è entrato in vigore il regolamento sui poteri di impugnativa previsti dall'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del codice.

Si tratta di poteri molto penetranti, che si è deciso di regolamentare specie sotto il profilo della tempistica e delle modalità di attivazione, privilegiando l'avvio d'ufficio per scongiurare rischi di strumentalizzazione da parte di operatori economici. Al riguardo, si è anche lavorato proficuamente con l'Avvocatura dello Stato sul tema della difesa in giudizio nei casi di effettiva impugnativa dei bandi da parte dell'Autorità.

Il potere è stato esercitato con molta parsimonia (in sole 3 occasioni), in presenza di gravi violazioni del codice, e ha ottenuto il risultato del ripristino della legalità senza nemmeno giungere all'impugnazione perché le stazioni appaltanti si sono spontaneamente adeguate.

Molto intensa è stata, inoltre, l'attività consultiva sia di precontenzioso che di natura interpretativa (i pareri rilasciati sono stati 685 nel 2018 e quasi 3.300 nel quinquennio).

Proprio perché da tale attività scaturiscono atti destinati ad essere utilizzati al di là della vicenda concreta, nell'ultimo biennio l'Autorità, su alcune questioni di particolare interesse (partecipazione in forma associata, soccorso istruttorio, avvalimento e subappalto), ha predisposto delle rassegne ragionate sulle proprie decisioni, così come ha incentivato la redazione delle "massime" dei singoli pareri per consentire agli operatori di attingere ai "precedenti", agevolandone in tal modo l'applicazione.

Per entrambe le tipologie di parere sono stati adottati nuovi regolamenti. Si tratta del Regolamento sull'attività consultiva del 21 novembre 2018 e del Regolamento di precontenzioso del 10 gennaio 2019.

Quest'ultimo è stato aggiornato con l'obiettivo di semplificare ulteriormente le procedure e di accelerare i tempi di risposta, grazie anche al contributo del Consiglio di Stato che ha fornito preziose indicazioni, tra l'altro, sui soggetti legittimati a presentare istanza e sulle fattispecie di inammissibilità.

In materia di appalti l'impegno maggiore si è ovviamente concentrato sulla vigilanza. Numerosissimi sono stati gli esposti giunti, tanto che è stato necessario adottare un Comunicato (18) per spiegare quali sono le tipologie di illecito su cui l'Autorità può intervenire, e numerose anche le attività istruttorie avviate (19) (che sono, in modo più esaustivo, indicate nella relazione generale pubblicata sul sito).

(18) Comunicato del Presidente del 27 aprile 2017.

(19) Circa 680 nel 2018 e oltre 7.300 nel quinquennio.

Partendo dalla vigilanza ordinaria vorrei soffermarmi, con una considerazione generale, sugli appalti di lavori e poi su alcune tematiche specifiche, e cioè concessioni, gestione dell'accoglienza per i migranti, rifiuti e sanità.

Sui lavori da anni si riscontrano gli stessi problemi: errori di progettazione, ribassi anomali recuperati con il meccanismo delle varianti, ritardi nella consegna dei cantieri, contenziosi che allungano i tempi e aumentano i costi, ma anche stazioni appaltanti non sempre attrezzate per i propri compiti e operatori economici che avanzano pretese risarcitorie non di rado esagerate. Problemi - è bene dirlo chiaramente - che nulla hanno a che vedere con la presunta inadeguatezza del codice, anche perché in molti casi riguardano opere partite ben prima, persino del previgente testo del 2006.

Sulle concessioni, prima del crollo del Ponte Morandi, l'Autorità ha avviato un'ampia indagine prodromica all'esercizio dei poteri di vigilanza previsti dall'art. 177 del codice (il cui avvio è stato poi rinviato con il decreto sblocca cantieri); sono state chieste informazioni a concedenti e concessionari e dall'esame sono emerse svariate problematiche, segnalate anche a Governo e Parlamento lo scorso ottobre (20), aventi ad oggetto soprattutto le proroghe, anche di molti anni, e lo scarso controllo dei concedenti.

Dopo il crollo del Ponte Morandi l'Autorità ha avviato un'indagine su altre infrastrutture in concessione, focalizzando l'attenzione laddove la percentuale degli investimenti realizzati rispetto a quelli previsti è risultata inferiore al 90%.

Nel corso del 2018 è anche proseguita l'attività di vigilanza nel settore delle concessioni autostradali, raggiungendo un risultato che non è esagerato definire storico e cioè la pubblicazione integrale delle convenzioni e dei relativi allegati, ivi inclusi i piani economico-finanziari (c.d. "PEF"); risultato per il quale l'Autorità ha dovuto effettuare una lunga ed estenuante interlocuzione con l'amministrazione e con il concessionario e che è stato ottenuto, purtroppo, solo a seguito delle polemiche scoppiate dopo la tragedia del crollo del Ponte Morandi. Si tratta comunque di un passo in avanti verso una maggiore trasparenza del settore!

Sulla gestione dei centri di accoglienza per i migranti, le numerose vigilanze effettuate e le criticità emerse (21) hanno consentito di lavorare in una logica propositiva, elaborando buone pratiche per il settore e permettendo, di conseguenza, nel 2017 di rendere un primo parere al Ministero dell'interno sullo schema di capitolato per la fornitura di beni e servizi per i centri di maggiore dimensione. Più di recente, lo scorso luglio, sempre con il Ministero, è stato siglato un protocollo di intesa per collaborare alla elaborazione di bandi specifici per ciascuna tipologia di ospitalità, realizzando così uno strumento

(20) Atto di segnalazione n. 4 del 17 ottobre 2018.

(21) Tra le maggiori criticità riscontrate di recente si segnalano gli eccessi di proroghe, gli affidamenti diretti e i criteri valutazione delle offerte basati sulle caratteristiche dell'impresa e non sulla qualità dell'offerta (si vedano le delibere n. 199 del 1° marzo 2018 e n. 721 del 31 luglio 2018).

di razionalizzazione delle procedure, già utilizzato da numerose (ben 78) Prefetture.

In ordine alla gestione dei rifiuti, in tante occasioni e anche in sede di audizione parlamentare, ho avuto modo di rimarcare come il settore, da nord a sud, si caratterizzi da anni per problemi strutturali e violazioni sistematiche del codice.

Il quadro è aggravato dalle significative infiltrazioni mafiose e dal paradosso che, anche in presenza di interdittive antimafia, non si riesce spesso a sostituire il gestore del servizio per la difficoltà di impostare gare realmente concorrenziali (22).

Per tale ragione, l'Autorità ha dedicato all'argomento un capitolo del Piano Nazionale Anticorruzione del 2018, con cui ha provato a indicare possibili soluzioni alle problematiche, sia su alcuni aspetti della *governance* (ad esempio, segnalando l'esigenza di una corretta perimetrazione degli ATO) sia sulla predisposizione dei bandi (ad esempio, prevedendo l'iscrizione nelle *white list*, le certificazioni ambientali e il *rating* di legalità) e ha anche deciso di accogliere diverse richieste di vigilanza collaborativa sul settore.

Il PNA del 2018 ha enucleato alcune problematiche di fondo: su tutte, la variegata e frammentata distribuzione delle funzioni fra regioni, province, comuni e ATO, questi ultimi in alcuni casi non ancora operativi o neppure definiti, e la presenza di piani regionali completamente obsoleti. Nel Piano si sono date anche altre indicazioni, come la creazione di una banca dati per raccogliere su scala nazionale le informazioni sulla filiera e sulle diverse frazioni di rifiuto, così da favorire omogeneità e trasparenza in fase di pianificazione, affidamento e gestione.

Sulla sanità, infine, fra le varie attività svolte, va qui citata un'indagine conoscitiva effettuata nel 2018 (23) sui prezzi e sulle modalità di approvvigionamento dei dispositivi per diabetici da parte degli enti del servizio sanitario nazionale, realizzata grazie anche alla qualificata collaborazione di Agenas.

Il risultato dello studio, doverosamente trasmesso anche al Governo, dimostra che i prezzi ottenuti tramite gara sono molto più bassi e che se tutte le regioni si allineassero a questi prezzi, i risparmi ottenibili a livello nazionale sarebbero di oltre il 42%, pari a circa 216 milioni di euro annui!

La rilevazione, in particolare, ha mostrato che oltre il 90% degli acquisti avviene tramite convenzione con le farmacie e solo il 6,5% tramite gara pubblica e che il prezzo unitario

(22) È il caso, ad esempio, del Comune di Catania, in cui la procedura di gara per la gestione dei rifiuti era andata deserta per ben 4 volte, e della Società Ama Roma S.p.A., in relazione a una procedura, anch'essa andata deserta, per l'individuazione di impianti di trattamento di rifiuti indifferenziati di soggetti terzi, settore nel quale alcune imprese potenziali concorrenti erano state colpite da interdittiva antimafia.

(23) *Indagine conoscitiva sul mercato dei dispositivi medici per l'autocontrollo e l'autogestione del diabete*, settembre 2018.

medio di una striscia per il controllo della glicemia passa dai 50 euro della convenzione ai 23 euro della gara pubblica, a dimostrazione di come trasparenza e concorrenza siano strumenti non solo necessari per il contrasto alla corruzione ma anche per contenere le spese.

Sul versante della vigilanza collaborativa va segnalato il successo che continua a riscuotere l'istituto. Negli ultimi 15 mesi sono stati infatti stipulati 25 nuovi protocolli (anche se maggiori erano le richieste (24)) e ben 75 procedure sono state sottoposte al vaglio.

A questi si aggiungono gli accordi di alta sorveglianza sull'*Universiade* di Napoli 2019 e su Expo Dubai 2020, da cui sono scaturiti quasi 300 pareri elaborati dall'Unità Operativa Speciale.

Il supporto fornito alle amministrazioni si sta rivelando molto utile e proficuo perché i controlli preventivi, effettuati con l'obiettivo di ridurre i rischi di corruzione, finiscono per avere effetti positivi anche sul contenzioso. Infatti, nei pochi casi di impugnazione delle procedure controllate, le stazioni appaltanti sono uscite quasi sempre vittoriose.

La valutazione positiva dello strumento è condivisa dal Governo, che nel recente decreto sull'emergenza sanitaria in Calabria ne ha previsto l'attivazione (25).

Su richiesta del commissario straordinario si era prevista la vigilanza anche sugli appalti per la ricostruzione del Ponte Morandi; l'Autorità, però, dopo tre mesi, non essendo stato sottoposto a controllo alcun atto, ne ha deliberato la risoluzione.

Trattando di appalti, è doveroso un breve passaggio sulla banca dati dell'ANAC, che a ottobre 2018 ha conquistato il primo premio del concorso indetto dalla Commissione Europea sul *procurement* digitale, categoria registri nazionali sui contratti pubblici (26). Si tratta di un grande patrimonio di cui andar fieri, che contiene migliaia di informazioni utilizzate per le nostre finalità, messe anche a disposizione dell'autorità giudiziaria e delle forze di polizia per le indagini e delle università per svolgere studi e analisi.

La banca dati diverrà nel prossimo futuro liberamente fruibile da tutti gli interessati, come già previsto in un regolamento del 2018 (27).

Termino questa seconda parte con un cenno alla gestione commissariale

(24) Nel 2018 e nei primi mesi del 2019 sono state rigettate 6 richieste; 27, invece, il totale dei rigetti dal 2015. Tra le motivazioni del mancato accoglimento rientrano la presentazione di richieste generiche o prive delle procedure in concreto da vagliare, ovvero non rientranti nelle fattispecie o nei parametri di criticità e importo previsti dal regolamento.

(25) Si veda l'art. 6, comma 2, del decreto legge 35 del 2019 avente ad oggetto "Misure emergenziali per il servizio sanitario della Regione Calabria e altre misure urgenti in materia sanitaria".

(26) Si tratta del premio *Better Governance through Procurement Digitalisation 2018* - categoria *National Contract Register*.

(27) Regolamento concernente l'accessibilità dei dati raccolti nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici del 1° marzo 2018.

delle imprese, misura introdotta dal decreto c.d. "Madia" (28) e particolarmente criticata per la sua invasività rispetto alla libertà d'impresa.

Fino ad oggi, però, essa è stata utilizzata con particolare parsimonia, solo in situazioni gravi che necessitavano di un ripristino della legalità al fine di concludere il contratto nei tempi fissati, evitando in molti casi la penetrante misura del commissariamento e preferendo quella meno invasiva del sostegno e monitoraggio (29).

Auspicio che gli stessi criteri siano adottati dal commissario straordinario per l'emergenza sanitaria in Calabria, a cui il relativo decreto legge consente, con una norma di non agevole lettura, di commissariare imprese che operano nel settore sanitario (30).

La scarsa chiarezza della disposizione del decreto Madia ha imposto all'Autorità, di concerto con il Ministro dell'interno, di adottare ben 5 atti di regolazione generale (linee guida) che si sono occupati di vari temi, tra cui la gestione degli utili d'impresa, i requisiti dei commissari prefettizi e le misure straordinarie per le imprese che esercitano attività per conto del servizio sanitario nazionale (31); una sesta, che sarà esaminata dal Consiglio di Stato per acquisirne il parere, riguarda, invece, i requisiti degli amministratori straordinari e degli esperti di nomina prefettizia e l'applicabilità ad essi delle discipline sull'inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi, sul conflitto di interessi e sul *pantouflage* (32). Da ultimo, sono state adottate ulteriori linee guida con cui si è ritenuto opportuno autolimitare l'esercizio del potere di proposta al Prefetto, disciplinando tutte le fasi del relativo procedimento (33).

Sul piano applicativo, va evidenziata una crescita del commissariamento

(28) In particolare, dall'art. 32 del decreto legge 90 del 2014, convertito in legge 114 del 2014.

(29) Dall'entrata in vigore della norma sono state formulate 72 proposte al Prefetto competente, 43 di commissariamento vero e proprio (art. 32, comma 1) e 29 di sostegno e monitoraggio (art. 32, comma 8).

(30) Il potere è stato attribuito, in particolare, dall'art. 7 del citato decreto legge 35 del 2019.

(31) Si tratta dei seguenti atti: "Prime linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac-Prefetture-Utg ed enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa sezione enti locali" del 15 luglio 2014; "Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia" del 21 gennaio 2015; "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, del decreto-legge n. 90/2014, nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia" del 25 gennaio 2016; "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" del 4 agosto 2016; "Quinte linee guida per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32 del decreto legge 90/2014" del 16 ottobre 2018.

(32) "Seste linee guida sui commissari ed esperti nominati ai sensi dell'art. 32 del decreto legge 90 del 24 giugno 2014 e sull'applicabilità della disciplina in materia di conflitto di interessi, inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi".

(33) "Linee guida per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'ANAC di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art. 32 del dl. 90/2014".

delle imprese raggiunte da interdittiva antimafia, istituto di competenza del solo Prefetto e sul quale comunque l'Autorità viene sempre sentita.

Il cominissariamento viene attuato nell'ottica di salvaguardare le esigenze di prosecuzione dei servizi e si è, perciò, ritenuto applicabile anche a quelle attività espletate in via di mero fatto, cioè in assenza della formale stipula di un contratto. Ciò ha consentito di costituire tempestivamente il presidio di legalità, assicurando lo svolgimento delle prestazioni in condizioni di immunità dall'influenza criminale, stimolando al contempo la riconduzione dei rapporti negoziali a una fonte contrattuale, laddove assente, e l'avvio delle procedure per individuare rapidamente il nuovo contraente.

Tale crescita si presta a una lettura sia positiva (perché la misura si è rivelata di grande efficacia soprattutto in settori ad alto rischio di infiltrazione criminale, come i rifiuti, consentendo la prosecuzione degli appalti e, quindi, di evitare situazioni di emergenza), sia, però, a una negativa, perché il numero più alto dei cominissariamenti è direttamente proporzionale all'incremento esponenziale delle imprese raggiunte da interdittiva antimafia. Le imprese interdette, comunicate all'Autorità ai fini dell'annotazione nel Casellario, sono cresciute in modo significativo e progressivo dal 2015 al 2018, giungendo a circa 1900 in totale (34); un numero preoccupante, sintomatico di quanto le organizzazioni criminali stiano infiltrando l'economia legale!

Gli arbitrati bancari.

Prima di passare alle conclusioni vorrei dire qualche parola sugli arbitrati bancari, una competenza "spuria", attribuita dalla legge di stabilità del 2016, per il riconoscimento dell'indennizzo agli acquirenti di obbligazioni subordinate di 4 banche.

Il ritardo dei decreti attuativi ha consentito di fissare le prime udienze a marzo 2018 e siccome si trattava di decidere su circa 1.800 richieste di indennizzo si è fissata, in una prima fase, un'udienza a settimana per due collegi operanti in parallelo e poi due udienze mensili, sempre per ciascun collegio.

I componenti dei collegi arbitrali, che ringrazio vivamente anche per l'altissima qualità del lavoro svolto, si sono sobbarcati un impegno molto gravoso, attenuato solo dallo sforzo organizzativo messo in campo dalla nostra Camera arbitrale e cioè dal suo Presidente, dai componenti e dai dipendenti che meritano un indiscusso plauso.

I lodi adottati a seguito di un vero e proprio giudizio, con garanzia piena del contraddittorio, hanno indennizzato chi davvero ha acquistato le obbligazioni in carenza di informazioni. In poco più di un anno tutte le domande sono state vagliate; sono stati accolti gran parte dei ricorsi (3 su 4), riconoscendo un ristoro complessivo pari a circa la metà del *petitum*.

(34) Se ne contano 1.922: 366 nel 2015, 411 nel 2016, 572 nel 2017 e 573 nel 2018.

Uno sguardo al futuro.

Come già anticipato, le conclusioni verteranno soprattutto sulle prospettive future dell'Autorità e del sistema di prevenzione nel suo complesso.

Comincio dall'Autorità e dalla sua organizzazione.

La struttura è sana, con obiettivi chiari e una precisa identità organizzativa, rinforzata nella dotazione organica con personale giovane e motivato per poter rispondere al meglio alle sfide future. È un'affermazione che fondo su circostanze oggettive, a partire dal definitivo passaggio nel comparto delle autorità indipendenti anche sotto il profilo ordinamentale, risultato raggiunto dopo un lungo *iter* e il confronto con il personale e i sindacati. È stato infatti varato il nuovo regolamento sull'ordinamento giuridico ed economico del personale, sul modello di quello dell'Antitrust, come prevede la legge, che ha ricevuto anche il parere favorevole del Consiglio di Stato.

Identiche considerazioni per il versante economico. In questi anni sono state ridotte le spese, con risparmi iniziali che superano il 25%, quindi maggiori di quelli imposti dal decreto Madia (35), ed è stato utilizzato lo sblocco parziale dei fondi disposto dal legislatore nel 2017 anche per rinforzare la struttura: recente è, infatti, l'innesto, tramite concorso pubblico, di 42 risorse, cui si aggiungono 5 assunzioni obbligatorie per legge.

Un'organizzazione, quindi, capace di rispondere alle molteplici competenze e che è riuscita a digerire le riduzioni di spesa senza incidere né sulla qualità né sulla quantità di lavoro, grazie a un'attenta razionalizzazione delle risorse.

Al contempo si è definita chiaramente la missione istituzionale dell'Autorità, individuata nell'azione di prevenzione della corruzione in tutti gli ambiti dell'attività amministrativa, che si esplica attraverso il controllo sull'applicazione della normativa anticorruzione, sul conferimento degli incarichi pubblici, sui conflitti di interesse, sulla trasparenza e sull'affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici.

È su questo aspetto che il tema delle prospettive future si interseca inevitabilmente con una domanda che in questi anni tante volte è stata ripetuta e ancor di più nell'ultimo periodo: serve davvero la prevenzione nell'ambito della politica di contrasto alla corruzione?

La mia risposta, alla ormai prossima conclusione del mandato, è convintamente positiva e non credo sia influenzata più di tanto da una visione di parte.

Giudicare, infatti, negativamente gli esiti della prevenzione sulla scorta del ripetersi di fatti corruttivi, anche particolarmente gravi come quelli accaduti

(35) Si veda il Piano di Riordino dell'Autorità approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° febbraio 2016.

di recente, è operazione non corretta, analoga a quella che si farebbe, ad esempio, mettendo in discussione la politica di prevenzione degli infortuni sul lavoro solo perché questi nefasti episodi non si sono interrotti!

Invece, il persistere della corruzione, oltre a smentire quei finti ottimisti che, così come avvenuto dopo tangentopoli, vogliono per ragioni di interesse far credere che il Paese sia diventato immune a questa piaga, invita a continuare nella strada intrapresa, che nessuno ha mai pensato potesse sostituire (ma solo affiancare) quella repressivo-penale.

Ed è proprio con questa consapevolezza che abbiamo salutato con favore le riforme intraprese sul versante penale nella precedente legislatura e completate oggi con l'importante legge Bonafede, condivisibile in gran parte delle novità recate.

La prevenzione ha l'obiettivo di creare nelle amministrazioni un *humus* contrario all'attecchire della corruzione, responsabilizzandole attraverso l'attribuzione di un ruolo proattivo da svolgersi con i piani e chiedendo ai cittadini, per il tramite della trasparenza, di fare la loro parte come principali controllori della macchina.

È un sistema, questo, che il Paese ha declinato con alcune peculiarità, seguendo comunque gli standard internazionali, come del resto eravamo obbligati a fare dopo aver entusiasticamente aderito alla Convenzione Onu di Mérida, e che qualifica la prevenzione come perno della politica di contrasto.

Il modello italiano, fondato su innovative politiche di prevenzione della corruzione e su un'autorità indipendente che ne monitora l'attuazione e aiuta le amministrazioni nel loro compito, si è rivelato, nel merito, una scelta felice. L'assoluta indipendenza di giudizio ampiamente riconosciuta all'Autorità in questi anni è massima garanzia di esercizio imparziale delle funzioni e rafforza l'idea che queste politiche, come la lotta alla criminalità organizzata, sono patrimonio di tutti, senza distinzione.

Il nostro modello, oltre ad avere ottenuto convinti riconoscimenti all'estero, qualche risultato lo ha portato di sicuro.

È sufficiente verificare come il sistema sia ormai entrato nel DNA delle amministrazioni o, sotto un diverso versante, fare cenno alla graduatoria di *Transparency International* che negli ultimi 4 anni ha riconosciuto al Paese un miglioramento di ben 16 posizioni (passando da un'inaccettabile 69° all'appena incoraggiante 53° dell'ultimo rapporto), giustificato proprio dalla presenza attiva di meccanismi di contrasto alla corruzione sul piano repressivo e preventivo.

La consapevolezza dei limiti di una rilevazione fondata più che su fatti su percezioni, ma di sicura incidenza, a livello internazionale, sul *rating* del Paese, non può portare a snobbare il dato, soprattutto se si tiene presente quante volte esso è stato sbandierato quand'era totalmente negativo.

L'auspicio che chiude questo intervento è, quindi, quello di proseguire sulla strada intrapresa, evitando di rincorrere ricette banalizzanti, che sembrano perseguire l'obiettivo, non della condivisibile sburocratizzazione del sistema amministrativo, ma di una inaccettabile *deregulation*, già vista in opera nel Paese negli anni scorsi con risultati deleteri anche sul fronte della lotta alla corruzione.

Tornare indietro, come nel gioco dell'oca, mentre il sistema italiano inizia a funzionare e viene preso a modello in altri Paesi, mentre la maggioranza degli Stati, compreso il Vaticano, sta facendo propria la politica di prevenzione, sarebbe difficilmente comprensibile.

Lasciamo, invece, al Parlamento e al Governo, indiscussi arbitri delle scelte future, un sistema, cinque anni fa assente, che ora comincia a funzionare, seppur con vari meccanismi ancora da perfezionare e migliorare.

Il risultato è ovviamente il frutto di uno straordinario lavoro collegiale, ascrivibile in primo luogo ai colleghi e amici che compongono il Consiglio dell'Autorità - Michele Corradino, Francesco Merloni, Ida Angela Nicotra e Nicoletta Parisi - al Segretario Generale, Angela Lorella Di Gioia, e ai dirigenti, ai funzionari e ai dipendenti tutti dell'Autorità che hanno lavorato con impegno e abnegazione.

Vorrei esprimere un profondo ringraziamento al Signor Presidente della Repubblica, che con il suo autorevole magistero ci è sempre stato vicino e ci ha sempre supportato.

Identica gratitudine voglio esprimere a tutte le Magistrature, all'Avvocatura Generale dello Stato per il continuo sostegno e alle altre Autorità indipendenti con cui si sono consolidati i rapporti di collaborazione.

Un sentito grazie, infine, ai vertici della Guardia di Finanza, che ci hanno fornito un sostegno indispensabile con il Nucleo Speciale Anticorruzione e le altre unità che operano in ANAC e a tutte le Istituzioni pubbliche e le amministrazioni che in questi anni hanno collaborato con l'Autorità, riponendo evidentemente in essa fiducia.

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Il giudice costituzionale europeo sul mandato d'arresto europeo, i requisiti imprescindibili della “autorità giudiziaria emittente”

*CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, SENTENZA 27 MAGGIO 2019,
IN CAUSE RIUNITE C-508/8 E C-82/19 PPU^(*)*

La pronuncia è rilevante, in prospettiva, non solo nel campo del mandato di arresto europeo.

Una riflessione generale, a caldo, può essere fatta.

Anche in Corte di Giustizia (quale giudice ultimo del diritto comunitario) sembra riproporsi la dialettica-scontro tra potere esecutivo e potere giudiziario (interferenza/indipendenza) che, ormai, è accesa in molti paesi europei.

Credo può convenirsi nel constatare il fatto che negli ultimi decenni (nella maggioranza dei paesi dell'area E.U.) le trasformazioni in atto (tutte da quelle economiche a quelle socio-politiche) hanno comportato un'attenuazione del principio classico della “divisione dei poteri” con emergente predominanza (maggiore o minore ma tendenzialmente univoca) del potere esecutivo, con conseguente arretramento del legislativo, interferenza con il P.M. e conflitto insorgente con il potere giudiziario.

Ciò è accaduto ed accade in molti paesi. I paesi dell'area UE che non hanno un P.M. indipendente (in varia misura e guisa) dal potere esecutivo sono molti (Germania, Francia, Danimarca etc.).

Gli altri paesi, che quel P.M. indipendente hanno, cercano o cercano di attuare riforme di “sterilizzazione” di quell'autonomia ed indipendenza.

La necessità di velocità nei processi decisionali ha certamente favorito la predominanza del potere esecutivo a scapito di quello legislativo (e non solo in Italia) innestando, però, conflitti di non poco momento con il potere

(*) Sentenza segnalata dall'avv. Stato Sergio Fiorentino.

giudiziario che trae la sua forza e legittimazione dal principio di separazione dei poteri.

Lo stesso diritto unionale seppur intimante politico nella sua genesi di formazione richiede, poi, sovente l'attività giurisdizionale per l'applicazione anche in danno dello stesso potere politico (più correttamente esecutivo).

La Corte EDU aveva già condannato la Francia per l'assenza di autonomia dal potere esecutivo del P.M. (in ambito di richiesta di convalida dell'arresto) adesso la Corte di Giustizia sanziona la scarsa indipendenza del P.M. tedesco riaffermando, nei fatti, la protezione e tutela del principio classico (e sommamente liberale) di divisione dei poteri.

In un momento storico in cui la giurisdizione ed il diritto sembrano aver perso forza (sovente il fenomeno giuridico è piegato o, comunque condizionato, da quello economico-finanziario globale) la sentenza della Corte, in prospettiva, sembra poter aver effetti di "influenza diretta" nell'ambito di future riforme del P.M. (compresa la Germania o la Francia), ove il tasso d'autonomia dell'organo è ridotto, pena la fine "del mandato d'arresto europeo" e qualsivoglia cooperazione penale tra i paesi EU e "influenza indiretta" nei paesi ove eventuali riforme del P.M. e dell'azione penale dovranno tenere in debito conto il principio di separazione dei poteri e di indipendenza del P.M. dal potere esecutivo.

Nel bene e nel male, comunque, il giudice costituzionale europeo rappresenta, qualunque giudizio voglia darsi della sentenza, un fattore di garanzia (oltre che evolutivo) per l'equilibrio complessivo del sistema stesso e per la tenuta del principio di separazione dei poteri che è, è resta, alla base delle moderne democrazie occidentali.

*Salvatore Faraci**

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza del 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU - Pres. K. Lenaerts, Rel. K. Jürimäe - Minister for Justice and Equality contro OG (C-508/18) e PI (C-82/19 PPU) - Domande di pronuncia pregiudiziale proposte da Supreme Court e High Court (Irlande).

«Rinvio pregiudiziale - Procedimento pregiudiziale d'urgenza - Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale - Mandato d'arresto europeo - Decisione quadro 2002/584/GAI - Articolo 6, paragrafo 1 - Nozione di "autorità giudiziaria emittente" - Mandato d'arresto europeo emesso dalla procura di uno Stato membro - Status - Esistenza di un rapporto di subordinazione nei confronti di un organo del potere esecutivo - Potere del Ministro della Giustizia di impartire istruzioni individuali - Insussistenza della garanzia di indipendenza»

1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (GU 2002, L

(*) Avvocato dello Stato, assegnatario della causa.

190, pag. 1), come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009 (GU 2009, L 81, pag. 24; in prosieguo: la «decisione quadro 2002/584»).

- 2 Tali domande sono state presentate nell'ambito dell'esecuzione, in Irlanda, di due mandati d'arresto europei emessi rispettivamente, nella causa C-508/18, il 13 maggio 2016 dalla Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck (procura presso il tribunale del Land, Lubecca, Germania; in prosieguo: la «procura di Lubecca»), ai fini dell'esercizio di azioni penali promosse nei confronti di OG, e, nella causa C-82/19 PPU, il 15 marzo 2018 dalla Staatsanwaltschaft Zwickau (procura di Zwickau, Germania), per esercitare azioni penali promosse nei confronti di PI.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

- 3 I considerando 5, 6, 8 e 10 della decisione quadro 2002/584 sono del seguente tenore:
 «(5) L'obiettivo dell'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia comporta la soppressione dell'extradizione tra Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie. Inoltre l'introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate, al fine dell'esecuzione delle sentenze di condanna in materia penale o per sottoporle all'azione penale, consente di eliminare la complessità e i potenziali ritardi inerenti alla disciplina attuale in materia di estradizione. Le classiche relazioni di cooperazione finora esistenti tra Stati membri dovrebbero essere sostituite da un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale, sia intervenute in una fase anteriore alla sentenza, sia definitive, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.
 (6) Il mandato d'arresto europeo previsto nella presente decisione quadro costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco che il Consiglio europeo ha definito il fondamento della cooperazione giudiziaria.
 (...)
 (8) Le decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo devono essere sottoposte a un controllo sufficiente, il che implica che l'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui la persona ricercata è stata arrestata dovrà prendere la decisione relativa alla sua consegna.
 (...)
 (10) Il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri. L'attuazione di tale meccanismo può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo 6, paragrafo 1, [UE], constatata dal Consiglio in applicazione dell'articolo 7, paragrafo 1, [UE], e con le conseguenze previste al paragrafo 2 dello stesso articolo».
- 4 L'articolo 1 della suddetta decisione quadro, intitolato «Definizione del mandato d'arresto europeo ed obbligo di darne esecuzione», dispone quanto segue:
 «1. Il mandato d'arresto europeo è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà.
 2. Gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della presente decisione quadro.
 3. L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dal-

l'articolo 6 [UE] non può essere modificat[o] per effetto della presente decisione quadro».

- 5 Gli articoli 3, 4 e 4 bis della decisione quadro espongono i motivi di non esecuzione obbligatoria e facoltativa del mandato d'arresto europeo. L'articolo 5 della medesima decisione quadro riguarda le garanzie che lo Stato emittente deve fornire in casi particolari.
- 6 A norma dell'articolo 6 della decisione quadro 2002/584, intitolato «Determinazione delle autorità giudiziarie competenti»:
 «1. Per autorità giudiziaria emittente si intende l'autorità giudiziaria dello Stato membro emittente che, in base alla legge di detto Stato, è competente a emettere un mandato d'arresto europeo.
 2. Per autorità giudiziaria dell'esecuzione si intende l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione che, in base alla legge di detto Stato, è competente dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo.
 3. Ciascuno Stato membro comunica al Segretariato generale del Consiglio qual è l'autorità competente in base al proprio diritto interno».

Diritto irlandese

- 7 L'European Arrest Warrant Act 2003 (legge irlandese relativa al mandato d'arresto europeo del 2003), nella versione applicabile ai procedimenti principali (in prosieguo: l'«EAW Act»), recepisce nel diritto irlandese la decisione quadro 2002/584. L'articolo 2, paragrafo 1, primo comma, dell'EAW Act dispone quanto segue:
 «per “autorità giudiziaria” si intende il giudice, il magistrato o qualsiasi altra persona autorizzata ai sensi della legge dello Stato membro interessato a svolgere funzioni identiche o simili a quelle svolte ai sensi dell'articolo 33 da un organo giurisdizionale [dell'Irlanda]».
- 8 L'articolo 20 dell'EAW Act così stabilisce:
 «(1) Nei procedimenti rientranti nell'ambito di applicazione della presente legge, la High Court [(Alta Corte, Irlanda)], se ritiene che la documentazione o le informazioni fornite non siano sufficienti per poter svolgere le proprie funzioni ai sensi della presente legge, può richiedere all'autorità giudiziaria emittente o allo Stato emittente, se del caso, di fornire le informazioni o i documenti aggiuntivi che essa specifichi, entro il termine da essa stabilito.
 (2) L'autorità centrale nello Stato, se ritiene che la documentazione o le informazioni fornite ai sensi della presente legge non siano sufficienti per consentire ad essa o alla High Court [(Alta Corte)] di svolgere le sue funzioni ai sensi della presente legge, può richiedere all'autorità giudiziaria emittente o allo stato emittente, se del caso, di fornire le informazioni o i documenti aggiuntivi che essa specifichi, entro il termine da essa stabilito.
 (...)».

Diritto tedesco

- 9 Ai sensi dell'articolo 146 del Gerichtsverfassungsgesetz (legge sull'ordinamento giudiziario; in prosieguo: il «GVG»):
 «I funzionari dell'ufficio della procura devono attenersi alle istruzioni ufficiali dei loro superiori».
- 10 L'articolo 147 del GVG stabilisce quanto segue:
 «Il potere di vigilanza e di direzione spetta:
 1. al Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz [(Ministro federale della Giustizia e della Tutela dei consumatori)] nei confronti del Procuratore generale federale e dei procuratori federali;
 2. alla Landesjustizverwaltung [(Amministrazione della giustizia del Land)] nei confronti di tutti i funzionari dell'ufficio della Procura del Land interessato;

3. al funzionario di grado più elevato dell'ufficio della procura presso i tribunali superiori del Land e i tribunali del Land nei confronti di tutti i funzionari dell'ufficio della procura del rispettivo distretto».

Procedimenti principali e questioni pregiudiziali

Causa C-508/18

- 11 OG è un cittadino lituano residente in Irlanda. Il 13 maggio 2016 è stata richiesta la sua consegna in applicazione di un mandato d'arresto europeo emesso dalla procura di Lubeca ai fini dell'esercizio di un'azione penale per fatti che OG avrebbe commesso nel 1995 e che tale procura ha qualificato come «omicidio volontario, lesioni personali gravi».
- 12 OG ha proposto ricorso dinanzi alla High Court (Alta Corte, Irlanda) per contestare la validità di tale mandato d'arresto europeo, sostenendo, segnatamente, che la procura di Lubeca non è un'«autorità giudiziaria», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584.
- 13 A sostegno di tale affermazione, OG si è basato su un parere giuridico redatto da un avvocato tedesco, da cui emergeva, in particolare, che, nel diritto tedesco, il pubblico ministero non beneficerebbe dello status autonomo o indipendente di un organo giurisdizionale, ma rientrerebbe in una gerarchia amministrativa diretta dal Ministro della Giustizia, ragion per cui esisterebbe un rischio di ingerenza politica nelle procedure di consegna. Inoltre, il pubblico ministero non sarebbe un'autorità giudiziaria competente a ordinare la detenzione o l'arresto di una persona, salvo casi eccezionali. Solo un giudice o un organo giurisdizionale disporrebbe di tale competenza. Il pubblico ministero, dal canto suo, sarebbe competente a eseguire un mandato d'arresto nazionale spiccato da un giudice o da un tribunale, eventualmente emettendo un mandato d'arresto europeo. Di conseguenza, nessuna «autorità giudiziaria», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, sarebbe stata coinvolta nell'emissione del mandato d'arresto europeo nei confronti di OG.
- 14 In tali circostanze, la High Court (Alta Corte) si è rivolta alla procura di Lubeca, per il tramite dell'autorità centrale irlandese, al fine di ottenere maggiori informazioni sugli elementi dedotti da OG circa la qualità di «autorità giudiziaria» di tale procura, alla luce, in particolare, delle sentenze del 10 novembre 2016, Poltorak (C-452/16 PPU, EU:C:2016:858) e del 10 novembre 2016, Özçelik (C-453/16 PPU, EU:C:2016:860).
- 15 L'8 dicembre 2016 la procura di Lubeca ha risposto a tale richiesta e ha indicato che, ai sensi del diritto tedesco, il pubblico ministero costituisce un organo di giustizia penale allo stesso titolo degli organi giurisdizionali nazionali ed è responsabile dell'esercizio dell'azione penale e della partecipazione al procedimento penale. In particolare, esso avrebbe il compito di garantire la legittimità, la regolarità e il corretto svolgimento del procedimento d'indagine. Il pubblico ministero creerebbe le condizioni preliminari per l'esercizio del potere giudiziario e darebbe esecuzione alle decisioni giudiziarie. Disporrebbe del diritto di iniziativa in relazione all'avvio di un procedimento d'indagine, contrariamente ai giudici.
- 16 Per quanto riguarda i suoi rapporti con lo Schleswig-Holsteinischen Minister für Justiz (Ministro della Giustizia del Land Schleswig-Holstein, Germania), la procura di Lubeca ha indicato che tale Ministro non dispone di alcun potere di impartirle istruzioni. In forza del diritto nazionale, solo la Staatsanwaltschaft beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht (Procuratore generale della procura presso il Tribunale superiore del Land Schleswig-Holstein, Germania) (in prosieguo: il «Procuratore generale»), che è a capo del

- pubblico ministero di tale Land, potrebbe impartire direttive al Leitenden Oberstaatsanwalt der Staatsanwaltschaft Lübeck (Primo Procuratore della procura di Lubecca, Germania). Per giunta, il potere di impartire istruzioni sarebbe circoscritto dalla legge fondamentale della Repubblica federale di Germania e dal principio di legalità che disciplina il procedimento penale, principio che a sua volta deriva da quello dello Stato di diritto. Benché detto Ministro possa eventualmente esercitare un potere «esterno» di impartire istruzioni nei confronti del Procuratore generale, esso sarebbe tenuto all'osservanza di tali principi. Inoltre, nel Land Schleswig-Holstein, esso sarebbe tenuto ad informare il presidente del Landtag (Parlamento del Land, Germania) quando impartisce un'istruzione al Procuratore generale. Nel caso di specie, per quanto riguarda OG, non sarebbe stata data alcuna istruzione da tale Ministro al Procuratore generale, né da quest'ultimo alla procura di Lubecca.
- 17 Il 20 marzo 2017 la High Court (Alta Corte) ha respinto l'argomento di OG vertente sul fatto che la procura di Lubecca non è un'«autorità giudiziaria», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584. La Court of Appeal (Corte d'appello, Irlanda), adita con ricorso avverso la sentenza della High Court (Alta Corte), ha confermato detta sentenza.
 - 18 La Supreme Court (Corte Suprema, Irlanda), giudice del rinvio, ha autorizzato la presentazione di un ricorso avverso la sentenza della Court of Appeal (Corte d'appello).
 - 19 Tenuto conto degli elementi di prova a sua disposizione, il giudice del rinvio nutre dubbi quanto al fatto che la procura di Lubecca soddisfi il requisito di indipendenza e il requisito relativo al ruolo nell'amministrazione della giustizia penale, quali emergono dalla giurisprudenza della Corte risultante dalle sentenze del 29 giugno 2016, Kossowski (C-486/14, EU:C:2016:483), nonché del 10 novembre 2016, Poltorak (C-452/16 PPU, EU:C:2016:858), del 10 novembre 2016, Özçelik (C-453/16 PPU, EU:C:2016:860) e del 10 novembre 2016, Kovalkovas (C-477/16 PPU, EU:C:2016:861), per poter essere considerata un'«autorità giudiziaria», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584.
 - 20 Secondo tale giudice, alla luce della situazione istituzionale del pubblico ministero tedesco, la procura di Lubecca sembra subordinata all'autorità e alle istruzioni del potere esecutivo. Esso nutre, quindi, dubbi quanto al fatto che tale procura soddisfi i principi elaborati da tale giurisprudenza e che, nel procedimento di cui è investito, l'indipendenza della stessa possa essere dimostrata in base alla sola circostanza che non sia stato impartito alcun ordine o istruzione dal potere esecutivo per quanto riguarda il mandato d'arresto europeo emesso nei confronti di OG.
 - 21 Inoltre, il giudice del rinvio rileva che, sebbene il pubblico ministero svolga un ruolo essenziale nell'amministrazione della giustizia in Germania, esso esercita funzioni distinte da quelle degli organi giurisdizionali o dei giudici. Quindi, anche supponendo che il requisito relativo all'indipendenza sia rispettato, non è certo che detto pubblico ministero soddisfi quello relativo all'amministrazione della giustizia o alla partecipazione all'amministrazione della giustizia, necessario per essere qualificato come «autorità giudiziaria» ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584.
 - 22 In tale contesto, la Supreme Court (Corte Suprema) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
 - «1) Se l'indipendenza di una procura dal potere esecutivo debba essere stabilita in base alla sua posizione nell'ordinamento giuridico nazionale pertinente. In caso di risposta negativa, quali siano i criteri per determinare la sua indipendenza dal potere esecutivo.
 - 2) Se una procura che, ai sensi del diritto nazionale, è soggetta, direttamente o indiretta-

mente, all'eventuale direzione o alle istruzioni del ministero della Giustizia sia sufficientemente indipendente dal potere esecutivo da poter essere considerata un'autorità giudiziaria ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro [2002/584].

3) In caso di risposta affermativa, se la procura debba essere anche funzionalmente indipendente dal potere esecutivo e quali siano i criteri per determinare tale indipendenza funzionale.

4) In caso di indipendenza dal potere esecutivo, se una procura che si limita all'avvio e allo svolgimento di indagini e alla garanzia della loro obiettività e legittimità, all'avvio dell'azione pubblica, all'esecuzione di decisioni giudiziarie e al perseguimento di reati, e non emette mandati d'arresto nazionali né può svolgere funzioni giudiziarie, sia un'"autorità giudiziaria" ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro [2002/584].

5) Se la procura di Lubecca sia un'autorità giudiziaria ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro [2002/584]».

Causa C-82/19 PPU

- 23 Il 15 marzo 2018 PI, cittadino rumeno, è stato oggetto di un mandato d'arresto europeo emesso dalla procura di Zwickau (Germania) ai fini della sua consegna per l'esercizio di un'azione penale per fatti qualificati come «furto organizzato o rapina a mano armata». Tale mandato è stato controfirmato dal giudice del rinvio, la High Court (Alta Corte), il 12 settembre 2018, per l'esecuzione. PI è stato arrestato il 15 ottobre 2018 sulla base di detto mandato e si trova in stato di detenzione a partire da tale data.
- 24 Il giudice del rinvio spiega di trovarsi di fronte al medesimo problema che è stato sollevato dalla Supreme Court (Corte suprema) nella causa C-508/18.
- 25 PI ha contestato la sua consegna in esecuzione del mandato d'arresto europeo che lo riguarda invocando, in particolare, il fatto che la procura di Zwickau non è un'"autorità giudiziaria", ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, competente a emettere un tale mandato d'arresto europeo.
- 26 A sostegno di tale affermazione, PI si è basato sul medesimo parere giuridico di cui al punto 13 della presente sentenza, relativo alla procura di Lubecca, nonché su un parere del medesimo avvocato riferito alla procura di Zwickau.
- 27 In tali circostanze, il giudice del rinvio si è rivolto alla procura di Zwickau, per il tramite dell'autorità centrale irlandese, al fine di ottenere maggiori informazioni sugli elementi di prova presentati da PI per quanto riguarda lo status di tale procura.
- 28 Nell'ambito della sua risposta del 24 gennaio 2019, quest'ultimo ha trasmesso al giudice del rinvio il mandato d'arresto nazionale emesso dall'Amtsgericht Zwickau (Tribunale circoscrizionale di Zwickau, Germania), su cui si basa il mandato d'arresto europeo riguardante PI, e ha precisato che tale primo mandato di arresto era stato emesso da un giudice indipendente. Inoltre, la procura di Zwickau ha indicato di essere, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, l'autorità competente per l'emissione di un mandato d'arresto europeo.
- 29 Alla procura di Zwickau è stata rivolta una nuova domanda, per determinare se essa adottasse lo stesso approccio della procura di Lubecca nella causa C-508/18. Il 31 gennaio 2019 la procura di Zwickau ha risposto in questi termini:
«In riferimento al Vostro messaggio del 28 gennaio 2019 e ai documenti dell'ufficio della procura di Lubecca [(Germania)] allegati, condivido l'opinione dell'ufficio della procura di Lubecca relativamente alla posizione del pubblico ministero nell'ordinamento giuridico della Repubblica federale di Germania. Vorrei aggiungere che le indagini della procura di Zwickau nei confronti dell'imputato sono svolte in maniera indipendente e senza alcuna

ingerenza politica. Né la [Generalstaatsanwaltschaft Dresden (Procuratore generale di Dresda, Germania)] né il [Justizminister des Freistaats Sachsen (Ministro della Giustizia del Land Sassonia, Germania)] hanno mai impartito alcuna istruzione».

- 30 In tale contesto, la High Court (Alta Corte) si interroga, al pari della Supreme Court (Corte suprema) nell'ambito della causa C-508/18, sui criteri che un giudice nazionale deve applicare per stabilire se una procura sia o meno un'«autorità giudiziaria», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584.
- 31 In tale contesto, la High Court (Alta Corte) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se l'indipendenza di una procura dal potere esecutivo debba essere stabilita in base alla sua posizione nell'ordinamento giuridico nazionale pertinente. In caso di risposta negativa, quali siano i criteri per determinare la sua indipendenza dal potere esecutivo.
- 2) Se una procura che, ai sensi del diritto nazionale, è soggetta, direttamente o indirettamente, all'eventuale direzione o alle istruzioni del ministero della Giustizia sia sufficientemente indipendente dal potere esecutivo da poter essere considerata un'autorità giudiziaria ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro [2002/584].
- 3) In caso di risposta affermativa, se la procura debba essere anche funzionalmente indipendente dal potere esecutivo e quali siano i criteri per determinare tale indipendenza funzionale.
- 4) In caso di indipendenza dal potere esecutivo, se una procura che si limita all'avvio e allo svolgimento di indagini e alla garanzia della loro obiettività e legittimità, all'avvio dell'azione pubblica, all'esecuzione di decisioni giudiziarie e al perseguimento di reati, e non emette mandati d'arresto nazionali né può svolgere funzioni giudiziarie, sia un'«autorità giudiziaria» ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro [2002/584].
- 5) Se la procura di Zwickau sia un'autorità giudiziaria ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro [2002/584]».

Procedimento dinanzi alla Corte

Causa C-508/18

- 32 Il giudice del rinvio nella causa C-508/18 ha chiesto l'applicazione del procedimento accelerato di cui all'articolo 105, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte.
- 33 Tale domanda è stata respinta con ordinanza del presidente della Corte del 20 settembre 2018, Minister for Justice and Equality (C-508/18 e C-509/18, non pubblicata, EU:C:2018:766).
- 34 Con decisione del presidente della Corte, la causa C-508/18 è stata sottoposta a trattamento prioritario.

Causa C-82/19 PPU

- 35 Il giudice del rinvio nella causa C-82/19 PPU ha chiesto l'applicazione del procedimento pregiudiziale d'urgenza, previsto all'articolo 107 del regolamento di procedura.
- 36 A sostegno di tale richiesta, detto giudice ha in particolare dedotto la circostanza che PI è attualmente privato della sua libertà, in attesa della sua consegna effettiva alle autorità tedesche.
- 37 Occorre rilevare, in primo luogo, che il rinvio pregiudiziale in tale causa verte sull'interpretazione della decisione quadro 2002/584, la quale rientra nei settori disciplinati dal titolo V della terza parte del Trattato FUE, relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Esso è quindi idoneo a essere sottoposto al procedimento pregiudiziale d'urgenza.
- 38 In secondo luogo, occorre, secondo la giurisprudenza della Corte, prendere in considerazione la circostanza che la persona interessata nel procedimento principale sia attualmente privata della libertà e che il suo mantenimento in custodia dipenda dalla soluzione della

controversia principale (v., in tal senso, sentenza del 10 novembre 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, punto 21 e giurisprudenza ivi citata). Il provvedimento detentivo di cui PI è oggetto è stato infatti disposto, come risulta dalle spiegazioni fornite dal giudice del rinvio, nell'ambito dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo emesso nei confronti dell'interessato.

- 39 Ciò considerato, la Quarta Sezione della Corte ha deciso, in data 14 febbraio 2019, su proposta della giudice relattrice, sentito l'avvocato generale, di accogliere la richiesta del giudice del rinvio di sottoporre il rinvio pregiudiziale nella causa C-82/19 PPU al procedimento pregiudiziale d'urgenza.
- 40 È stato inoltre deciso di rimettere la causa alla Corte affinché fosse attribuita alla Grande Sezione.
- 41 Data la connessione tra le cause C-508/18 e C-82/19 PPU, occorre riunirle ai fini della sentenza.

Sulle questioni pregiudiziali

- 42 Con le loro rispettive questioni, che occorre esaminare congiuntamente, i giudici del rinvio chiedono, in sostanza, se la nozione di «autorità giudiziaria emittente», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, debba essere interpretata nel senso che essa si riferisce alle procure di uno Stato membro che sono competenti all'esercizio dell'azione penale e si trovano in rapporto di subordinazione rispetto a un organo del potere esecutivo di tale Stato membro, quale il Ministro della Giustizia, e possono essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o a istruzioni individuali da parte di quest'ultimo nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un mandato d'arresto europeo.
- 43 In via preliminare, è opportuno ricordare che tanto il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto il principio del mutuo riconoscimento, che si fonda a sua volta sulla fiducia reciproca tra questi ultimi, rivestono importanza fondamentale nel diritto dell'Unione, dato che consentono la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Più specificamente, il principio della fiducia reciproca impone a ciascuno di tali Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di ritenere, tranne che in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo [sentenza del 25 luglio 2018, Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punto 36 e giurisprudenza ivi citata].
- 44 Per quanto riguarda, in particolare, la decisione quadro 2002/584, risulta dal considerando 6 della medesima che il mandato d'arresto europeo da essa istituito costituisce la prima concretizzazione, nel settore del diritto penale, del principio di riconoscimento reciproco.
- 45 Tale principio trova applicazione all'articolo 1, paragrafo 2, di detta decisione quadro, che sancisce la regola secondo cui gli Stati membri sono tenuti a dare esecuzione a ogni mandato d'arresto europeo in base a tale principio e conformemente alle disposizioni della suddetta decisione quadro. Le autorità giudiziarie dell'esecuzione possono quindi, in via di principio, rifiutare di eseguire un mandato siffatto soltanto per i motivi di non esecuzione tassativamente elencati agli articoli 3, 4 e 4 bis della stessa decisione quadro. Parimenti, l'esecuzione del mandato d'arresto europeo può essere subordinata esclusivamente a una delle condizioni tassativamente previste all'articolo 5 della medesima. Di conseguenza, mentre l'esecuzione del mandato d'arresto europeo costituisce il principio, il rifiuto di esecuzione è concepito come un'eccezione da interpretarsi restrittivamente [v., in

- tal senso, sentenza del 25 luglio 2018, Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punto 41 e giurisprudenza ivi citata].
- 46 Tuttavia, il principio di riconoscimento reciproco presuppone che soltanto i mandati d'arresto europei, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, debbano essere eseguiti conformemente alle disposizioni di quest'ultima. Orbene, da detto articolo risulta che un simile mandato d'arresto costituisce una «decisione giudiziaria», il che richiede che esso sia emesso da un'«autorità giudiziaria», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, di tale decisione quadro (v., in tal senso, sentenze del 10 novembre 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, punto 28, e del 10 novembre 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, punto 29).
- 47 A norma dell'articolo 6, paragrafo 1, di tale decisione quadro, per autorità giudiziaria emittente si intende l'autorità giudiziaria dello Stato membro emittente che, in base alla legge di detto Stato, è competente a emettere un mandato d'arresto europeo.
- 48 Sebbene, conformemente al principio di autonomia processuale, gli Stati membri possano designare, in base al loro diritto nazionale, l'«autorità giudiziaria» competente a emettere un mandato d'arresto europeo, il senso e la portata di tale nozione non possono essere lasciati alla discrezionalità dei singoli Stati membri (v., in tal senso, sentenze del 10 novembre 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, punti 30 e 31, nonché del 10 novembre 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, punti 31 e 32).
- 49 Detta nozione richiede, in tutta l'Unione, un'interpretazione autonoma e uniforme che, conformemente a giurisprudenza costante della Corte, dev'essere ricercata tenendo conto, al contempo, dei termini dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, del contesto in cui esso si inserisce e della finalità perseguita da tale decisione quadro (v., in tal senso, sentenze del 10 novembre 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, punto 32, e del 10 novembre 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, punto 33).
- 50 In proposito, è opportuno ricordare, in primo luogo, che la Corte ha già dichiarato che i termini «autorità giudiziaria» contenuti in tale disposizione non si limitano a designare i soli giudici o organi giurisdizionali di uno Stato membro, ma devono intendersi riferiti, più in generale, alle autorità che partecipano all'amministrazione della giustizia penale di tale Stato membro, a differenza, in particolare, dei ministeri o dei servizi di polizia, che fanno parte del potere esecutivo (v., in tal senso, sentenze del 10 novembre 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, punti 33 e 35, nonché del 10 novembre 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, punti 34 e 36).
- 51 Ne consegue che la nozione di «autorità giudiziaria», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, può ricomprendere le autorità di uno Stato membro che, pur non essendo necessariamente giudici o organi giurisdizionali, partecipano all'amministrazione della giustizia penale di tale Stato membro.
- 52 Questa interpretazione è corroborata, da un lato, dal contesto in cui si inserisce l'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584. In proposito, occorre rilevare che quest'ultima è uno strumento della cooperazione giudiziaria in materia penale, che riguarda il riconoscimento reciproco non solo delle decisioni definitive emesse dagli organi giurisdizionali penali, ma, più in generale, delle decisioni adottate dalle autorità giudiziarie degli Stati membri nell'ambito del procedimento penale, compresa la fase di tale procedimento relativa all'azione penale.
- 53 Infatti, la cooperazione giudiziaria in materia penale, quale era prevista all'articolo 31 UE - che costituisce la base giuridica della decisione quadro 2002/584 -, aveva ad oggetto,

- tra l'altro, la cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri in relazione tanto ai procedimenti quanto all'esecuzione delle decisioni.
- 54 Il termine «procedimento», da intendersi in senso lato, può ricomprendere il procedimento penale nel suo complesso, vale a dire la fase preliminare al processo penale, il processo penale stesso e la fase di esecuzione della decisione definitiva di un organo giurisdizionale penale emessa a carico di una persona riconosciuta colpevole di un reato.
- 55 Tale interpretazione è confortata dal tenore letterale dell'articolo 82, paragrafo 1, lettera d), TFUE, che ha sostituito l'articolo 31 UE, e che precisa oramai che la cooperazione giudiziaria in materia penale ha ad oggetto la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni.
- 56 L'interpretazione di cui sopra è altresì confermata, dall'altro lato, dalla finalità perseguita dalla decisione quadro 2002/584, la quale mira, come risulta dal suo considerando 5, a introdurre un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale, sia intervenute in una fase anteriore alla sentenza, sia definitive, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.
- 57 La decisione quadro 2002/584 ha infatti lo scopo, mediante l'introduzione di un sistema semplificato ed efficace di consegna delle persone condannate o sospettate di aver violato la legge penale, di facilitare e di accelerare la cooperazione giudiziaria al fine di contribuire a realizzare l'obiettivo assegnato all'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia fondandosi sull'elevato livello di fiducia che deve esistere tra gli Stati membri, conformemente al principio di riconoscimento reciproco (sentenza del 22 dicembre 2017, *Ardic*, C-571/17 PPU, EU:C:2017:1026, punto 69 e giurisprudenza ivi citata).
- 58 L'emissione di un mandato d'arresto europeo può quindi perseguire, come previsto dall'articolo 1, paragrafo 1, di tale decisione quadro, due finalità distinte. Detto mandato d'arresto può essere emesso o ai fini dell'esercizio di un'azione penale nello Stato membro emittente, o ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà nel medesimo Stato (v., in tal senso, sentenza del 21 ottobre 2010, *B.*, C-306/09, EU:C:2010:626, punto 49).
- 59 Pertanto, nella misura in cui il mandato d'arresto europeo agevola la libera circolazione delle decisioni giudiziarie, intervenute in una fase anteriore alla sentenza, relative all'esercizio di un'azione penale, si deve ritenere che le autorità competenti, in base al diritto nazionale, ad adottare decisioni siffatte possano rientrare nell'ambito di applicazione di detta decisione quadro.
- 60 Come risulta dalle considerazioni esposte ai punti da 50 a 59 della presente sentenza, un'autorità, come una procura, la quale dispone della competenza, nell'ambito del procedimento penale, a esercitare un'azione penale nei confronti di una persona sospettata di aver commesso un reato affinché questa compaia dinanzi a un giudice dev'essere considerata un'autorità che partecipa all'amministrazione della giustizia dello Stato membro interessato.
- 61 Nel caso di specie, dagli elementi del fascicolo a disposizione della Corte risulta che, nella Repubblica federale di Germania, le procure giocano un ruolo essenziale nello svolgimento del procedimento penale.
- 62 A tal riguardo, nelle osservazioni presentate alla Corte, il governo tedesco ha indicato che, conformemente alle disposizioni del diritto tedesco che disciplinano il procedimento penale, il potere di iniziativa in relazione all'esercizio dell'azione pubblica spetta alle procure, ragion per cui esse dispongono di una competenza esclusiva all'avvio dei procedimenti penali. Inoltre, in forza del principio di legalità, tali procure sono, in linea di principio, soggette al-

- l'obbligo di avviare un'indagine su chiunque sia sospettato di un reato. Pertanto, da tali indicazioni discende che, in linea generale, a dette procure è conferita la funzione, nell'ambito del procedimento penale, di porre in essere le condizioni preliminari all'esercizio del potere giudiziario da parte degli organi giurisdizionali penali di tale Stato membro.
- 63 Alla luce di tali circostanze, si può ritenere che dette procure partecipino all'amministrazione della giustizia penale nello Stato membro interessato.
- 64 In secondo luogo, con riferimento al requisito dell'indipendenza degli organi giurisdizionali, i giudici del rinvio nutrono dubbi quanto al fatto che le procure di cui ai procedimenti principali soddisfino tale requisito, dal momento che esse rientrano in una struttura gerarchica che dipende dal Ministro della Giustizia del Land interessato e nella quale tale Ministro dispone di un potere di vigilanza e di direzione, o addirittura di impartire istruzioni, nei confronti dei soggetti che, come tali procure, siano ad esso subordinati.
- 65 A tale riguardo, si deve ricordare che la decisione quadro 2002/584 mira a introdurre un sistema semplificato di consegna direttamente tra autorità giudiziarie, destinato a sostituire un sistema di cooperazione classico tra Stati sovrani, il quale implica l'intervento e la valutazione del potere politico, al fine di garantire la libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (v., in tal senso, sentenza del 10 novembre 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, punto 41).
- 66 In tale contesto, quando un mandato d'arresto europeo viene emesso ai fini dell'arresto e della consegna, da parte di un altro Stato membro, di una persona ricercata in vista dell'esercizio di un'azione penale, tale persona deve avere beneficiato, in una prima fase del procedimento, delle garanzie procedurali e dei diritti fondamentali, la cui protezione deve essere assicurata dalle autorità giudiziarie dello Stato membro emittente, in base alla normativa nazionale applicabile, segnatamente in vista dell'adozione di un mandato d'arresto nazionale (sentenza del 1° giugno 2016, Bob-Dogi, C-241/15, EU:C:2016:385, punto 55).
- 67 Il sistema del mandato d'arresto europeo comporta dunque una protezione su due livelli dei diritti in materia procedurale e dei diritti fondamentali di cui deve beneficiare la persona ricercata, in quanto alla protezione giudiziaria prevista al primo livello, in sede di adozione di una decisione nazionale come un mandato d'arresto nazionale, si aggiunge quella che deve essere garantita al secondo livello, in sede di emissione del mandato d'arresto europeo, la quale può eventualmente intervenire in tempi brevi, dopo l'adozione della suddetta decisione giudiziaria nazionale (sentenza del 1° giugno 2016, Bob-Dogi, C-241/15, EU:C:2016:385, punto 56).
- 68 Per quanto riguarda una misura che, come l'emissione di un mandato d'arresto europeo, è idonea a ledere il diritto alla libertà della persona interessata, diritto sancito all'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la suddetta protezione implica che venga adottata, quanto meno a uno dei due livelli di detta protezione, una decisione conforme ai requisiti inerenti alla tutela giurisdizionale effettiva.
- 69 Ne consegue che, qualora il diritto dello Stato membro emittente attribuisca la competenza a emettere un mandato d'arresto europeo a un'autorità che, pur partecipando all'amministrazione della giustizia di tale Stato membro, non sia un giudice o un organo giurisdizionale, la decisione giudiziaria nazionale, come un mandato d'arresto nazionale, su cui s'innesta il mandato d'arresto europeo deve in sé rispettare siffatti requisiti.
- 70 Il rispetto di tali requisiti consente quindi di garantire all'autorità giudiziaria dell'esecuzione che la decisione di emettere un mandato d'arresto europeo ai fini dell'esercizio di un'azione penale si basa su un procedimento nazionale soggetto a controllo giurisdizio-

nale, e che la persona nei cui confronti è stato emesso tale mandato d'arresto nazionale ha beneficiato di tutte le garanzie proprie all'adozione di questo tipo di decisioni, in particolare di quelle risultanti dai diritti fondamentali e dai fondamentali principi giuridici menzionati all'articolo 1, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584.

- 71 Il secondo livello di protezione dei diritti della persona interessata, menzionato al punto 67 della presente sentenza, implica che l'autorità giudiziaria competente, in base al diritto nazionale, a emettere un mandato d'arresto europeo controlli, in particolare, il rispetto delle condizioni necessarie a tale emissione e esamini la proporzionalità di quest'ultima, tenuto conto delle peculiarità di ciascun caso di specie (v., in tal senso, sentenza del 10 novembre 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, punto 47).
- 72 Spetta infatti all'«autorità giudiziaria emittente», di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, vale a dire al soggetto che, da ultimo, adotta la decisione di emettere il mandato d'arresto europeo, assicurare tale secondo livello di protezione, anche quando detto mandato d'arresto europeo si fondi su una decisione nazionale emessa da un giudice o da un organo giurisdizionale.
- 73 Pertanto, l'«autorità giudiziaria emittente», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, deve essere in grado di esercitare tale funzione in maniera obiettiva, tenendo conto di tutti gli elementi a carico e a discarico, e senza essere esposta al rischio che il suo potere decisionale sia soggetto a ordini o istruzioni esterni, in particolare provenienti dal potere esecutivo, di modo che non vi sia alcun dubbio sul fatto che la decisione di emettere il mandato d'arresto europeo spetta a tale autorità e non, in definitiva, al predetto potere (v., in tal senso, sentenza del 10 novembre 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, punto 42).
- 74 Di conseguenza, l'autorità giudiziaria emittente deve poter assicurare all'autorità giudiziaria dell'esecuzione che, alla luce delle garanzie offerte dall'ordinamento giuridico dello Stato membro emittente, essa agisce in modo indipendente nell'esercizio delle sue funzioni inerenti all'emissione di un mandato d'arresto europeo. Tale indipendenza richiede che vi siano regole statutarie e organizzative idonee a garantire che l'autorità giudiziaria emittente non sia esposta, nell'ambito dell'adozione di una decisione di emettere un tale mandato d'arresto, a un qualsivoglia rischio di essere soggetta, in particolare, a istruzioni individuali da parte del potere esecutivo.
- 75 Inoltre, quando il diritto dello Stato membro emittente attribuisce la competenza a emettere un mandato d'arresto europeo a un'autorità che, pur partecipando all'amministrazione della giustizia di tale Stato membro, non è essa stessa un organo giurisdizionale, la decisione di emettere detto mandato d'arresto e, in particolare, la proporzionalità di una decisione siffatta devono poter formare oggetto, in detto Stato membro, di un ricorso giurisdizionale che soddisfi pienamente i requisiti inerenti a una tutela giurisdizionale effettiva.
- 76 Nel caso di specie, è pur vero che dalle indicazioni contenute nelle decisioni di rinvio e confermate dal governo tedesco durante l'udienza dinanzi alla Corte emerge che le procure tedesche sono tenute all'obiettività e devono indagare non solo sugli elementi a carico, ma anche su quelli a discarico. Ciò non toglie che, secondo dette indicazioni, conformemente agli articoli 146 e 147 del GVG, il Ministro della Giustizia dispone di un potere «esterno» di impartire istruzioni nei confronti di tali procure.
- 77 Come confermato da detto governo nell'udienza dinanzi alla Corte, questo potere di impartire istruzioni conferisce a tale ministro la facoltà di influire direttamente sulla decisione di una procura di emettere o, eventualmente, di non emettere un mandato d'arresto

europeo. Detto governo ha precisato che il potere di impartire istruzioni in parola poteva essere esercitato, in particolare, in fase di esame della proporzionalità dell'emissione di un tale mandato d'arresto europeo.

- 78 Certamente, si deve rilevare che, come sostenuto dal governo tedesco, il diritto tedesco prevede garanzie che consentono di circoscrivere il potere di impartire istruzioni di cui dispone il Ministro della Giustizia nei confronti del pubblico ministero, con la conseguenza che le situazioni in cui tale potere potrebbe essere esercitato sarebbero estremamente rare.
- 79 Così, da un lato, tale governo ha indicato che il principio di legalità che si applica all'azione della procura consente di garantire che le eventuali istruzioni specifiche che quest'ultima potrebbe ricevere dal Ministro della Giustizia non possano comunque eccedere i limiti della legge e del diritto. I membri delle procure del Land Schleswig-Holstein e del Land Sassonia sarebbero, inoltre, pubblici dipendenti che non possono essere rimossi dalle proprie funzioni a seguito di una mera inosservanza di un'istruzione. Dall'altro lato, detto governo ha indicato che, nel Land Schleswig-Holstein, le istruzioni del Ministro nei confronti delle procure devono essere formulate per iscritto e comunicate al presidente del Parlamento del Land. Nel Land Sassonia, il contratto di coalizione del governo di tale Land prevedrebbe che il potere del Ministro della Giustizia di impartire istruzioni non sarà più esercitato in un certo numero di casi individuali fintanto che tale contratto sarà in vigore.
- 80 Tuttavia, occorre constatare che siffatte garanzie, quand'anche accertate, non consentono, ad ogni modo, di escludere del tutto che la decisione di una procura, come quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, di emettere un mandato d'arresto europeo possa, in un caso individuale, essere soggetta a un'istruzione del Ministro della Giustizia del Land interessato.
- 81 Anzitutto, se è vero che, in forza del principio di legalità, un'istruzione del Ministro che sia manifestamente illecita non dovrebbe, in linea di principio, essere seguita dalla procura interessata, si deve rilevare che, come risulta dal punto 76 della presente sentenza, il potere di istruzione di tale Ministro è riconosciuto dal GVG e che quest'ultimo non precisa le condizioni alle quali tale potere può essere esercitato. Pertanto, l'esistenza di questo principio non è idonea, di per sé sola, a impedire al Ministro della Giustizia di un Land di influire sul potere discrezionale di cui dispongono le procure di tale Land quando decidono di emettere un mandato d'arresto europeo, circostanza che, del resto, il governo tedesco ha confermato all'udienza dinanzi alla Corte.
- 82 Inoltre, anche se in alcuni Länder, come il Land Schleswig-Holstein, le istruzioni del ministro devono avere forma scritta, ciò non toglie che, come sottolineato al punto precedente, esse restano autorizzate dal GVG. Inoltre, è emerso dalle discussioni svoltesi all'udienza dinanzi alla Corte che, tenuto conto della formulazione generica di detta legge, non si poteva, in ogni caso, escludere che tali istruzioni potessero essere fornite oralmente.
- 83 Infine, per quanto riguarda il Land Sassonia, anche se, allo stato attuale, il potere esecutivo ha deciso di non avvalersi del potere di impartire istruzioni in taluni casi individuali, è giocoforza constatare che tale garanzia non sembra riguardare tutti i casi. Ad ogni modo, detta garanzia non è sancita dalla legge, cosicché non si può escludere che tale situazione possa essere modificata in futuro con una decisione politica.
- 84 Orbene, come rilevato al punto 73 della presente sentenza, il rischio che il potere esecutivo possa esercitare un'influenza siffatta sulla procura in un caso individuale non consente di garantire che, nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni ai fini dell'emissione di un mandato d'arresto europeo, tale procura risponda alle garanzie menzionate al punto 74 della presente sentenza.

- 85 Questa considerazione non può essere rimessa in discussione dal fatto che, come sostenuto dal governo tedesco all'udienza dinanzi alla Corte, la decisione delle procure, come quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, di emettere un mandato d'arresto europeo può essere impugnata dalla persona interessata dinanzi ai giudici tedeschi competenti.
- 86 Alla luce delle indicazioni fornite da tale governo, non risulta, infatti, che l'esistenza di detto mezzo di ricorso sia di per sé idonea a tutelare le procure dal rischio che le loro decisioni siano soggette a un'istruzione individuale del Ministro della Giustizia nell'ambito dell'emissione di un mandato d'arresto europeo.
- 87 Infatti, anche se un mezzo di ricorso siffatto consente di garantire che l'esercizio delle funzioni della procura sia soggetto alla possibilità di un controllo giurisdizionale a posteriori, un'eventuale istruzione individuale del Ministro della Giustizia nei confronti delle procure all'atto dell'emissione del mandato d'arresto europeo resta, in ogni caso, consentita dalla legge tedesca.
- 88 Da quanto precede risulta che, poiché le procure di cui ai procedimenti principali sono esposte al rischio di essere influenzate dal potere esecutivo nella loro decisione di emettere un mandato d'arresto europeo, tali procure non paiono rispondere a uno dei requisiti per poter essere qualificate come «autorità giudiziaria emittente», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, vale a dire quello di presentare la garanzia di agire in modo indipendente nell'ambito dell'emissione di un siffatto mandato d'arresto.
- 89 Nel caso di specie, è al riguardo irrilevante, per i motivi esposti al punto 73 della presente sentenza, che, nell'ambito dell'emissione dei mandati d'arresto europei di cui trattasi nei procedimenti principali, alle procure di Lubeca e di Zwickau non sia stata rivolta alcuna istruzione individuale da parte dei Ministri della Giustizia dei Länder interessati.
- 90 Alla luce dell'insieme delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alle questioni poste dichiarando che la nozione di «autorità giudiziaria emittente», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, dev'essere interpretata nel senso che essa non ricomprende le procure di uno Stato membro che siano esposte al rischio di essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o a istruzioni individuali da parte del potere esecutivo, quale un Ministro della Giustizia, nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un mandato d'arresto europeo.

Sulle spese

- 91 Nei confronti delle parti nei procedimenti principali la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi ai giudici nazionali, 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 (Grande Sezione) dichiara:

1) Le cause C-508/18 e C-82/19 PPU sono riunite ai fini della sentenza.

2) La nozione di «autorità giudiziaria emittente», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, dev'essere interpretata nel senso che essa non ricomprende le procure di uno Stato membro che siano esposte al rischio di essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o a istruzioni individuali da parte del potere esecutivo, quale un Ministro della Giustizia, nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un mandato d'arresto europeo.

Stabilizzazione degli insegnanti precari, la statuizione della Corte di Giustizia sul risarcimento e riconoscimento di anzianità

CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZIONE PRIMA, SENTENZA 8 MAGGIO 2019, CAUSA C-494/17

In rassegna la favorevole sentenza sulla compatibilità con la clausola 5 dell'Accordo quadro sul rapporto di lavoro a tempo determinato del sistema adottato dal legislatore interno per sanare l'illecito comunitario che la Corte aveva delineato nella sentenza Mascolo.

La Corte ha risposto al quesito del giudice di rinvio nel senso che:

"La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale che, così come applicata dagli organi giurisdizionali supremi, esclude - per docenti del settore pubblico che hanno beneficiato della trasformazione del loro rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con un effetto retroattivo limitato - qualsiasi diritto al risarcimento pecuniario in ragione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, allorché una siffatta trasformazione non è né incerta, né imprevedibile, né aleatoria e la limitazione del riconoscimento dell'anzianità maturata in forza della suddetta successione di contratti di lavoro a tempo determinato costituisce una misura proporzionata per sanzionare tale abuso, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare".

La Corte, come leggerete nelle motivazioni della decisione, la ritenuto che:

- la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato, così come realizzato con il piano straordinario di assunzioni, costituisce misura sufficiente a sanzionare l'abusiva reiterazione dei contratti a termine, senza che residui il diritto in capo al lavoratore ad alcun risarcimento del danno;

- ha ribadito la compatibilità con il diritto dell'Unione del riconoscimento solo parziale dell'anzianità maturata, salvo rimettere al giudice di rinvio la verifica che tale riconoscimento, benché solo parziale, non sia nel caso di specie eccessivamente limitato.

Carla Colelli*

(*) Avvocato dello Stato, assegnataria della causa unitamente all'avv. Stato Gabriella D'Avanzo e all'avv. Stato Lucrezia Fiandaca.

Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, sentenza 8 maggio 2019, causa C-494/17 - Pres. f.f. R. Silva de Lapuerta, Rel. A. Arabadjiev - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte di Appello di Trento (Italia) il 14 agosto 2017 - Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - MIUR / Fabio Rossato, Conservatorio di Musica F.A. Bonporti.

«Rinvio pregiudiziale - Politica sociale - Lavoro a tempo determinato - Contratti conclusi con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico - Misure dirette a sanzionare il ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato - Trasformazione del rapporto di lavoro in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato - Limitazione dell'effetto retroattivo della trasformazione - Assenza di risarcimento pecuniario»

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 (in prosieguo: l'«accordo quadro»), allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU 1999, L 175, pag. 43).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - MIUR (Italia), il sig. Fabio Rossato e il Conservatorio di Musica F.A. Bonporti (Italia), in merito al risarcimento del danno che il sig. Rossato asserisce di aver subito a causa del ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel periodo compreso tra il 18 novembre 2003 e il 2 settembre 2015.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

- 3 La direttiva 1999/70 mira, a termini del suo articolo 1, ad «attuare l'accordo quadro sui contratti a tempo determinato, che figura nell'allegato, concluso (...) fra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale [Confederazione europea dei sindacati (CES), Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea (UNICE), Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica (CEEP)]».
- 4 Ai sensi della clausola 1 dell'accordo quadro, quest'ultimo ha per oggetto, da un lato, di migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione e, dall'altro, di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.
- 5 La clausola 5 dell'accordo quadro, intitolata «Misure di prevenzione degli abusi», dispone quanto segue:
 - «1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:
 - a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;
 - b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;
 - c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.
 2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:

- a) devono essere considerati “successivi”;
- b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».

Diritto italiano

- 6 L'articolo 1 della legge del 13 luglio 2015, n. 107 - Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti (GURI n. 162 del 15 luglio 2015; in prosieguo: la «legge n. 107/2015»), al suo comma 95 così dispone:
 «Per l'anno scolastico 2015/2016, il [MIUR] è autorizzato ad attuare un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente per le istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado, per la copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto, rimasti vacanti e disponibili all'esito delle operazioni di immissione in ruolo effettuate per il medesimo anno scolastico ai sensi dell'articolo 399 del testo unico di cui al [decreto legislativo del 16 aprile 1994, n. 297 - Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado (supplemento ordinario alla GURI n. 115 del 19 maggio 1994) (in prosieguo: il «decreto legislativo n. 297/1994»)], al termine delle quali sono soppresse le graduatorie dei concorsi per titoli ed esami banditi anteriormente al 2012 (...)».
- 7 Ai sensi dell'articolo 1, comma 131, della legge n. 107/2015:
 «A decorrere dal 1° settembre 2016, i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per la copertura di posti vacanti e disponibili, non possono superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi».
- 8 L'articolo 1, comma 132, della legge n. 107/2015 enuncia:
 «Nello stato di previsione del [MIUR] è istituito un fondo per i pagamenti in esecuzione di provvedimenti giurisdizionali aventi ad oggetto il risarcimento dei danni conseguenti alla reiterazione di contratti [di lavoro] a termine per una durata complessiva superiore a trentasei mesi, anche non continuativi, su posti vacanti e disponibili, con la dotazione di euro 10 milioni per ciascuno degli anni 2015 e 2016 (...)».
- 9 L'articolo 399 del decreto legislativo n. 297/1994 stabilisce che l'accesso ai ruoli del personale docente avviene mediante concorsi e graduatorie permanenti.

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 10 Il sig. Rossato è stato assunto in qualità di docente di fisarmonica dal conservatorio di musica F.A. Bonporti sulla base di contratti di lavoro a tempo determinato, il primo dei quali è stato stipulato il 18 novembre 2003. Tale rapporto di lavoro è proseguito senza soluzione di continuità in forza di 17 contratti di lavoro a tempo determinato, aventi ad oggetto l'esercizio della stessa funzione.
- 11 Il 20 dicembre 2011, il sig. Rossato ha adito il Tribunale di Rovereto (Italia), con ricorso diretto all'accertamento dell'illegittimità delle clausole di apposizione di un termine ai singoli contratti di lavoro a tempo determinato da lui stipulati con il suo datore di lavoro e ad ottenere la conversione del suo rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato con effetto retroattivo alla data di stipulazione del primo contratto (la «conversione»). Egli chiede altresì, in via subordinata, il risarcimento del danno causato dall'utilizzo abusivo di siffatti contratti di lavoro a tempo determinato nonché il riconoscimento, ai sensi della clausola 4 dell'accordo quadro, ai fini del calcolo della sua retribuzione, dell'anzianità di servizio da lui maturata nell'ambito di tale rap-

- porto di lavoro. Il Tribunale di Rovereto ha accolto unicamente la domanda relativa al riconoscimento dell'anzianità maturata a fini retributivi. Esso ha respinto le domande fondate sul ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.
- 12 La Corte d'Appello di Trento, adita dal MIUR il 5 marzo 2013 con un ricorso in appello avverso tale sentenza e poi, il 31 maggio 2013, dal sig. Rossato con un appello incidentale, ha rinviato ripetutamente il procedimento in attesa, da un lato, della sentenza del 26 novembre 2014, Mascolo e a. (C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401), e, dall'altro, delle decisioni della Corte costituzionale (Italia) e della Corte suprema di cassazione (Italia) in merito alla legge n. 107/2015, che era stata adottata il 13 luglio 2015, a seguito della sentenza del 26 novembre 2014, Mascolo e a. (C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401), al fine di adeguare la normativa nazionale agli obblighi derivanti dall'accordo quadro sanciti dalla Corte in tale sentenza.
 - 13 Il 2 settembre 2015, in pendenza del procedimento dinanzi al giudice d'appello, il datore di lavoro del sig. Rossato ha disposto la sua immissione in ruolo con effetto retroattivo al 1° gennaio 2014, conferendo così una durata indeterminata al loro rapporto di lavoro. Il giudice del rinvio rileva che l'immissione in ruolo del sig. Rossato, disposta in applicazione dell'articolo 399 del decreto legislativo n. 297/1994, consegue alla posizione di quest'ultimo nella graduatoria permanente e non costituisce un'attuazione del piano straordinario di assunzioni istituito con la legge n. 107/2015.
 - 14 Il giudice del rinvio osserva che la Corte suprema di Cassazione, basandosi sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale, aveva statuito che le disposizioni transitorie di cui all'articolo 1, comma 95, della legge n. 107/2015 sull'assunzione in via straordinaria dei docenti utilmente inseriti nelle graduatorie davano attuazione alle regole enucleate dalla Corte nella sentenza del 26 novembre 2014, Mascolo e a. (C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401). Il giudice del rinvio ha considerato, in particolare, che la trasformazione del rapporto di lavoro in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, prevista da tale legge nell'ambito del piano straordinario di assunzioni, così come, e con lo stesso effetto, le altre eventuali trasformazioni in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quale l'immissione in ruolo in ragione dell'avanzamento nella graduatoria, costituivano, riguardo ai casi di abusi anteriori all'entrata in vigore della legge n. 107/2015, misure proporzionate, sufficientemente energiche e dissuasive atte a sanzionare detti abusi, così che un lavoratore che avesse beneficiato di una trasformazione del suo rapporto di lavoro, quale che ne fosse la causa, non poteva pretendere alcun risarcimento pecuniario a detto titolo.
 - 15 Il giudice del rinvio nutre tuttavia alcuni dubbi in merito alla legittimità di una simile interpretazione giurisprudenziale, alla luce dell'accordo quadro e delle regole sancite dalla Corte nella sentenza del 26 novembre 2014, Mascolo e a. (C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401).
 - 16 Date tali circostanze, la Corte d'appello di Trento ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:
«Se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro (...) debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'articolo 1, commi 95, 131 e 132 della legge n. 107/2015, che prevedono la stabilizzazione degli insegnanti a termine per il futuro, senza effetto retroattivo e senza risarcimento del danno, quali misure proporzionate, sufficientemente energiche e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme dell'accordo quadro in relazione alla violazione dello stesso per l'abusiva reiterazione di contratti a termine

per il periodo anteriore a quello in cui le misure, di cui alle norme indicate, sono destinate a produrre effetti».

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

- 17 Il governo italiano contesta la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale. A tale riguardo, esso fa valere che la questione pregiudiziale, nella parte in cui fa riferimento all'articolo 1, paragrafi 95, 131 e 132, della legge n. 107/2015, è ipotetica in quanto tale normativa non si applica alla fattispecie oggetto del procedimento principale. Esso rileva che la trasformazione del rapporto di lavoro del sig. Rossato avrebbe avuto luogo non già a norma dell'articolo 1, paragrafo 95, di tale legge, ma sulla base dei «pregressi strumenti selettivi concorsuali», così come operanti anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, nella fattispecie con l'immissione in ruolo in ragione della posizione in graduatoria.
- 18 Tuttavia, dall'ordinanza di rinvio risulta che la Corte costituzionale e la Corte suprema di cassazione, nella loro applicazione della legge n. 107/2015, che esclude, in linea di principio, il risarcimento al lavoratore che abbia beneficiato della trasformazione del suo rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, non operano alcuna distinzione tra i casi di trasformazione del rapporto di lavoro in forza di detta legge, segnatamente a titolo del piano straordinario di assunzioni di cui al suo articolo 1, comma 95, e quelli risultanti dall'attuazione di strumenti selettivi concorsuali istituiti prima dell'adozione di tale legge. Il giudice del rinvio precisa che tali giudici hanno in tal modo esteso la portata della legge n. 107/2015 ai docenti che, come il sig. Rossato, hanno beneficiato della trasformazione del loro rapporto di lavoro sulla base dei suddetti strumenti, con l'effetto di escludere, anche per tali docenti, qualsiasi diritto a un risarcimento pecuniario.
- 19 Ciò posto, occorre ricordare che le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto normativo e fattuale che egli definisce sotto la propria responsabilità, e del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono di una presunzione di rilevanza. Il rifiuto della Corte di statuire su una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti in maniera manifesta che la richiesta interpretazione del diritto dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte (sentenza del 4 dicembre 2018, Minister for Justice and Equality e Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, punto 27 nonché giurisprudenza ivi citata).
- 20 Nel caso di specie, tenuto conto delle informazioni contenute nella decisione di rinvio, si deve affermare che la questione sottoposta alla Corte non ha carattere ipotetico e che, di conseguenza, la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

Sulla questione pregiudiziale

- 21 Si deve ricordare che, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte, istituita all'articolo 267 TFUE, spetta a quest'ultima fornire al giudice nazionale una risposta utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è investito. In tale prospettiva, spetta alla Corte, se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte (v., in particolare, sentenza del 27 marzo 2014, Le Rayon d'Or, C-151/13, EU:C:2014:185, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

- 22 A tal riguardo, dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio risulta che il sig. Rossato, ha beneficiato, il 2 settembre 2015, di una trasformazione del suo rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con effetto retroattivo dal 1° gennaio 2014.
- 23 Occorre dunque intendere la questione sollevata come diretta, in sostanza, a sapere se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro debba essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale che, così come applicata dagli organi giurisdizionali supremi, esclude, per docenti del settore pubblico che hanno beneficiato della trasformazione del loro rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con un effetto retroattivo limitato, qualsiasi diritto al risarcimento pecuniario in ragione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato.
- 24 In via preliminare, va ricordato che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro impone agli Stati membri, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, l'adozione di almeno una delle misure che essa elenca, quando il loro diritto interno non contiene rimedi di legge equivalenti (sentenze del 7 marzo 2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, punto 26 e giurisprudenza citata, nonché del 25 ottobre 2018, Sciotto, C-331/17, EU:C:2018:859, punto 32).
- 25 Gli Stati membri dispongono, sul punto, di un potere discrezionale, dal momento che essi possono scegliere di far ricorso a una o più delle misure elencate in detta clausola 5, punto 1, lettere da a) a c), oppure a misure di legge esistenti ed equivalenti, e ciò tenendo conto, nel contempo, delle esigenze di settori specifici e/o di categorie di lavoratori (sentenze del 7 marzo 2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, punto 27 e giurisprudenza citata, nonché del 25 ottobre 2018, Sciotto, C-331/17, EU:C:2018:859, punto 33).
- 26 In tal modo, la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro fissa agli Stati membri un obiettivo generale, consistente nella prevenzione di abusi di questo tipo, lasciando loro nel contempo la scelta dei mezzi per conseguirlo, purché essi non rimettano in discussione l'obiettivo o l'efficacia pratica dell'accordo quadro (sentenze del 7 marzo 2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, punto 28 e giurisprudenza citata, nonché del 25 ottobre 2018, Sciotto, C-331/17, EU:C:2018:859, punto 34).
- 27 Inoltre quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro (sentenza del 7 marzo 2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).
- 28 Da ciò discende che, qualora sia avvenuto un ricorso abusivo a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, dev'essere possibile applicare una misura dotata di garanzie effettive ed equivalenti di protezione dei lavoratori per sanzionare debitamente detto abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione (sentenze del 3 luglio 2014, Fiamingo e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punto 64; del 26 novembre 2014, Mascolo e a., C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401, punto 79, nonché del 7 marzo 2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, punto 31).
- 29 Non spetta alla Corte pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni del diritto interno, compito che incombe esclusivamente al giudice del rinvio, il quale deve, nella fattispecie, determinare se i principi ricordati nei punti precedenti siano soddisfatti dalla

- normativa nazionale di cui trattasi. Tuttavia la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, può fornire, ove necessario, precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua valutazione (v., in particolare, sentenza del 7 marzo 2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, punto 45).
- 30 In primo luogo, si deve constatare che, nella sentenza del 26 novembre 2014, Mascolo e a. (C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401), la Corte ha affermato che la normativa nazionale anteriore alla legge n. 107/2015 non conteneva alcuna sanzione di carattere sufficientemente energico e dissuasivo idoneo a garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro. In particolare, la Corte ha affermato che l'unica possibilità - per i docenti di cui trattavasi in quella causa - di ottenere la trasformazione del loro rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato dipendeva dalla loro immissione in ruolo, ottenuta in ragione del loro avanzamento nella graduatoria permanente e, pertanto, da circostanze che dovevano essere ritenute aleatorie ed imprevedibili, essendo determinate della durata complessiva dei contratti di lavoro a tempo determinato nonché dei posti che erano nel frattempo divenuti vacanti (v., in tal senso, sentenza del 26 novembre 2014, Mascolo e a., C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401, punto 107).
- 31 A tal proposito, la Corte si è basata sul fatto che il termine di immissione in ruolo dei docenti era tanto variabile quanto incerto (v., in tal senso, sentenza del 26 novembre 2014, Mascolo e a., C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401, punto 105).
- 32 Nel caso di specie, risulta dal fascicolo agli atti della Corte che il legislatore nazionale, al fine di garantire la transizione verso un nuovo sistema comportante misure destinate a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato, ha adottato un piano straordinario di assunzioni che prevede la trasformazione, nel corso dell'anno scolastico 2015/2016, di tutti i rapporti di lavoro a tempo determinato con docenti «precari», attraverso il progressivo e definitivo esaurimento delle graduatorie e degli elenchi dai quali l'amministrazione attingeva per l'assunzione di docenti a tempo determinato.
- 33 Il governo italiano ha inoltre indicato che proseguivano, in parallelo, e fino al loro esaurimento, i procedimenti di immissione in ruolo in corso per i docenti che si trovavano già inseriti in cima alle graduatorie. Infatti, l'articolo 1, comma 95, della legge n. 107/2015 prevede, a tal riguardo, che il piano straordinario di assunzioni è attuato «per la copertura di tutti i posti (...) rimasti vacanti e disponibili all'esito delle operazioni di immissione in ruolo effettuate per il medesimo anno scolastico ai sensi dell'articolo 399 del [decreto legislativo n. 297/1994]», vale a dire le immissioni in ruolo sulla base dell'avanzamento nella graduatoria permanente.
- 34 Sembra quindi, ferme restando le verifiche incombenti al giudice del rinvio, che le assunzioni straordinarie e i procedimenti ai sensi dell'articolo 399 del decreto legislativo n. 297/1994, come quello che ha portato all'immissione in ruolo del sig. Rossato, riguardano la stessa categoria di personale docente, e che, pertanto, il rapporto di lavoro a tempo determinato del sig. Rossato doveva essere oggetto di trasformazione al più tardi alla fine dell'anno scolastico 2015/2016 o sulla base della conclusione di un procedimento di immissione in ruolo già in corso, oppure in forza del piano straordinario di assunzioni.
- 35 Questa circostanza, a ritenerla appurata, consente di affermare che la situazione del sig. Rossato si colloca, a motivo della riforma istituita dalla legge n. 107/2015, in un contesto notevolmente diverso, da un punto di vista di fatto e di diritto, rispetto a quello oggetto

della sentenza del 26 novembre 2014, Mascolo e a. (C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401).

- 36 Infatti, contrariamente alla situazione dei docenti di cui trattavasi nella causa decisa con la suddetta sentenza, la trasformazione del rapporto di lavoro del sig. Rossato non era incerta e non aveva carattere imprevedibile ed aleatorio, dato che era stata resa obbligatoria dalla legge n. 107/2015.
- 37 Pertanto, il carattere sufficientemente energico e dissuasivo della sanzione prevista da una simile normativa non può essere rimesso in discussione adducendo il carattere asseritamente imprevedibile ed aleatorio della trasformazione del rapporto di lavoro.
- 38 In secondo luogo, per quanto concerne l'assenza di risarcimento nel caso di trasformazione di un rapporto di lavoro siffatto, si deve rammentare che, come risulta dai punti da 24 a 26 della presente sentenza, gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità nella scelta delle misure atte a realizzare gli obiettivi della loro politica sociale.
- 39 Va inoltre rilevato che, come emerge dalla clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro, gli Stati membri hanno la facoltà, nell'ambito delle misure volte a prevenire il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, di trasformare i rapporti di lavoro a tempo determinato in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, dato che la stabilità dell'impiego derivante da questi ultimi costituisce l'elemento portante della tutela dei lavoratori.
- 40 A tal riguardo, occorre ricordare che la Corte ha dichiarato, in sostanza, che una normativa recante una norma imperativa ai sensi della quale, in caso di ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato, questi ultimi sono trasformati in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, è tale da costituire una misura che sanziona in modo efficace un abuso di questo tipo (v., in particolare, sentenza del 3 luglio 2014, Fiamingo e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punto 70 e giurisprudenza ivi citata) e, quindi, da soddisfare i criteri ricordati ai punti 27 e 28 della presente sentenza.
- 41 La giurisprudenza non richiede, tuttavia, un cumulo di misure (v., in tal senso, sentenze del 2 agosto 1993, Marshall, C-271/91, EU:C:1993:335, punto 25, nonché del 17 dicembre 2015, Arjona Camacho, C-407/14, EU:C:2015:831, punti 32 e 35).
- 42 Per di più, né il principio del risarcimento integrale del danno subito né il principio di proporzionalità impongono il versamento di danni punitivi (v., in tal senso, sentenza del 17 dicembre 2015, Arjona Camacho, C-407/14, EU:C:2015:831, punto 37).
- 43 Infatti, tali principi impongono agli Stati membri di prevedere un'adeguata riparazione, che deve andare oltre il risarcimento puramente simbolico, senza tuttavia oltrepassare la compensazione integrale (v., in tal senso, sentenze del 10 aprile 1984, von Colson e Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, punto 28; del 2 agosto 1993, Marshall, C-271/91, EU:C:1993:335, punto 26, e del 17 dicembre 2015, Arjona Camacho (C-407/14, EU:C:2015:831, punto 33).
- 44 Ancora, riguardo alla doglianza del sig. Rossato circa una disparità di trattamento rispetto ai lavoratori che hanno ottenuto una condanna del loro datore di lavoro a causa del ricorso abusivo a contratti a tempo determinato prima dell'entrata in vigore della legge n. 107/2015 e che avrebbero potuto, in forza della normativa anteriore, cumulare un risarcimento e il beneficio di un'assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato, è sufficiente rilevare che la disparità di trattamento tra due categorie di lavoratori a tempo determinato risultante da una riforma della normativa applicabile non rientra nell'ambito

del principio di non discriminazione sancito alla clausola 4 dell'accordo quadro (v. sentenza del 21 novembre 2018, *Viejobueno Ibáñez e de la Vara González*, C-245/17, EU:C:2018:934, punti 50 e 51).

- 45 Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve dichiarare che l'accordo quadro non impone agli Stati membri di prevedere, in caso di ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato, un diritto al risarcimento del danno che si aggiunga alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.
- 46 In terzo luogo, il giudice del rinvio chiede alla Corte se il limitato effetto retroattivo della trasformazione del rapporto di lavoro di cui ha beneficiato il sig. Rossato sia compatibile con la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro. Detto giudice precisa, a tale riguardo, che il sig. Rossato ha lavorato in qualità di professore di musica sulla base di 17 contratti di lavoro a tempo determinato per un periodo particolarmente lungo, che va dal 18 novembre 2003 al 2 settembre 2015, prima di beneficiare, nel settembre 2015, di una trasformazione del suo rapporto di lavoro con effetto dal 1° gennaio 2014. Il giudice del rinvio rileva, inoltre, che la trasformazione di un simile rapporto di lavoro nel settore privato a causa di un ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato avrebbe avuto effetto retroattivo alla data della stipula del primo contratto di lavoro. Ne sarebbe in particolare conseguito, per il ricorrente nel procedimento principale, l'integrale riconoscimento, ai fini del calcolo della sua retribuzione, della anzianità maturata in forza della successione dei suoi contratti di lavoro a tempo determinato.
- 47 A tal riguardo, si deve ricordare, da un lato, che la circostanza che la misura adottata dal legislatore nazionale riguardo al settore privato costituisca la tutela più ampia che possa essere riconosciuta a un lavoratore non può, di per sé, avere come conseguenza quella di attenuare il carattere effettivo delle misure nazionali applicabili ai lavoratori rientranti nel settore pubblico (sentenza del 7 marzo 2018, *Santoro*, C-494/16, EU:C:2018:166, punto 51).
- 48 D'altro canto, occorre constatare che l'integrale riconoscimento, all'atto dell'immissione in ruolo del lavoratore interessato, dell'anzianità maturata in forza di contratti di lavoro a tempo determinato equivarrebbe ad un'integrale ricostituzione di carriera, come quella riservata ai funzionari che hanno superato un concorso. In tale contesto, va rammentato che il diritto dell'Unione non impone agli Stati membri di trattare in modo identico i dipendenti pubblici di ruolo assunti al termine di un concorso generale e quelli assunti in base ai titoli, sulla base dell'esperienza professionale da essi maturata in forza di contratti di lavoro a tempo determinato, dato che tale disparità di trattamento risulta dalla necessità, da un lato, di tenere conto delle qualifiche richieste e della natura delle mansioni di cui i dipendenti pubblici di ruolo devono assumere la responsabilità, e, dall'altro, di evitare il prodursi di discriminazioni alla rovescia nei confronti di questi ultimi (v., in particolare, sentenza del 20 settembre 2018, *Motter*, C-466/17, EU:C:2018:758, punti 46 e 47 e giurisprudenza ivi citata).
- 49 Di conseguenza, non si può escludere che la limitazione dell'efficacia retroattiva della trasformazione del rapporto di lavoro di cui ha beneficiato il sig. Rossato possa essere giustificata, almeno in parte, a motivo delle peculiarità del settore pubblico.
- 50 Tuttavia, nel caso di specie, occorre sottolineare che il riconoscimento dell'anzianità che è stato accordato al sig. Rossato resta nettamente inferiore al periodo di occupazione in forza di contratti di lavoro a tempo determinato.

- 51 Se è vero che uno Stato membro può legittimamente, nell'attuazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, prendere in considerazione esigenze di un settore specifico come quello dell'insegnamento, tale facoltà non può essere intesa nel senso di consentirgli di esimersi dall'osservanza dell'obbligo di prevedere una misura adeguata per sanzionare debitamente il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato (sentenza del 26 novembre 2014, Mascolo e a., C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401, punto 118). Una tale misura deve rivestire, in particolare, come ricordato al punto 28 della presente sentenza, un carattere proporzionato.
- 52 Spetta dunque al giudice nazionale valutare se, tenuto conto, da un lato, della possibile giustificazione della limitazione del riconoscimento dell'anzianità acquisita in forza di contratti di lavoro a tempo determinato e, dall'altro, della durata particolarmente lunga dell'abuso di cui è stato vittima il sig. Rossato, il riconoscimento della sua anzianità retroattivo al 1° gennaio 2014 costituisca una misura di carattere proporzionato al fine di sanzionare debitamente detto abuso e di cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione ai sensi della giurisprudenza citata al punto 28 della presente sentenza.
- 53 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale che, così come applicata dagli organi giurisdizionali supremi, esclude - per docenti del settore pubblico che hanno beneficiato della trasformazione del loro rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con un effetto retroattivo limitato - qualsiasi diritto al risarcimento pecuniario in ragione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, allorché una siffatta trasformazione non è né incerta, né imprevedibile, né aleatoria e la limitazione del riconoscimento dell'anzianità maturata in forza della suddetta successione di contratti di lavoro a tempo determinato costituisce una misura proporzionata per sanzionare tale abuso, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulle spese

- 54 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 (Prima Sezione) dichiara:

La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale che, così come applicata dagli organi giurisdizionali supremi, esclude - per docenti del settore pubblico che hanno beneficiato della trasformazione del loro rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con un effetto retroattivo limitato - qualsiasi diritto al risarcimento pecuniario in ragione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, allorché una siffatta trasformazione non è né incerta, né imprevedibile, né aleatoria e la limitazione del riconoscimento dell'anzianità maturata in forza della suddetta successione di contratti di lavoro a tempo determinato costituisce una misura proporzionata per sanzionare tale abuso, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare.

La valutazione discrezionale della stazione appaltante in merito alla esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'operatore economico che integra illeciti anticoncorrenziali

CORTE DI GIUSTIZIA UE, NONA SEZ., ORDINANZA 4 GIUGNO 2019, IN CAUSA C-425/18

Nell'ordinanza pronunciata in data 4 giugno 2019 dalla Corte di Giustizia UE, la Corte, riaffermando principi già elaborati nella precedente giurisprudenza e accogliendo pienamente le osservazioni presentate dal Governo italiano, ha confermato che, secondo l'art. 45, par. 2, primo comma, lettera d) della direttiva 2004/18/CE, la violazione delle norme in materia di concorrenza da parte di un'impresa costituisce causa facoltativa di esclusione dalle gare di appalto, oggetto di valutazione discrezionale delle stazioni appaltanti, dichiarando in contrasto con la norma comunitaria la prevalente interpretazione della norma nazionale di trasposizione (art. 38, comma 1, lett. f, del d.lgs. 163/2006) elaborata dal Consiglio di Stato, il quale in numerose sentenze aveva escluso che l'illecito antitrust si configurasse come "errore grave" ai sensi della disposizione predetta.

*Danilo Del Gaizo**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione Nona, ordinanza 4 giugno 2019 in causa C-425/18 - Pres. K. Jürimäe, Rel. D. Šváb - Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) contro Gruppo Torinese Trasporti Gtt SpA - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte.

«Rinvio pregiudiziale - Articolo 99 del regolamento di procedura della Corte - Procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali - Direttiva 2004/18/CE - Articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d) - Motivi di esclusione - Errore professionale grave - Violazione delle norme in materia di concorrenza»

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 53, paragrafo 3, e dell'articolo 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1), nonché dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) e, dall'altro, il Gruppo Torinese Tra-

(*) Avvocato dello Stato.

sporti GTT SpA (in prosieguo: «GTT»), diretta, segnatamente, all'annullamento della decisione di quest'ultimo che disponeva la decadenza del primo dall'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 2004/17

- 3 L'articolo 53, paragrafo 3, della direttiva 2004/17, intitolato «Sistemi di qualificazione», e l'articolo 54, paragrafo 4, di tale direttiva, relativo ai «[c]riteri di selezione qualitativa», prevedono che i criteri e le norme di qualificazione, da un lato, e i criteri di selezione qualitativa, dall'altro, «possono includere i criteri di esclusione di cui all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE alle condizioni stabilite in detto articolo».

Direttiva 2004/18

- 4 L'articolo 45 della direttiva 2004/18, intitolato «Situazione personale del candidato o dell'offerente», è contenuto in una sezione dedicata ai «[c]riteri di selezione qualitativa» e così dispone:

«(...)

2. Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico:

(...)

d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice.

(...)

Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto [dell'Unione], le condizioni di applicazione del presente paragrafo.

(...)».

Diritto italiano

- 5 Il decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Supplemento Ordinario alla GURI n. 100, del 2 maggio 2006; in prosieguo: il «codice dei contratti pubblici»), aveva trasposto, nel diritto italiano, le direttive 2004/17 e 2004/18.

- 6 L'articolo 38 del codice dei contratti pubblici, intitolato «Requisiti di ordine generale», elencava, al comma 1, le cause di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a un appalto pubblico:

«1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

(...)

f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;

(...)».

- 7 L'articolo 230, comma 1, di tale codice così disponeva:
«Gli enti aggiudicatori applicano l'articolo 38 per l'accertamento dei requisiti di carattere generale dei candidati o degli offerenti».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 8 GTT è una società che gestisce servizi di ferrovia urbana, tram, filobus e bus.
- 9 Con un bando spedito per la pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* il 30 luglio 2015 e una lettera d'invito del 27 novembre 2015, GTT ha indetto, ai sensi della direttiva 2004/17, una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pulizia veicoli, locali ed aree, del servizio movimentazione e rifornimento veicoli e di servizi accessori presso i siti dell'amministrazione aggiudicatrice.
- 10 GTT ha indicato che il valore complessivo di tale appalto, che comprendeva 6 lotti, era pari a EUR 29 434 319,39, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), e l'importo di ciascun lotto era compreso tra EUR 4 249 999,10 e EUR 6 278 734,70.
- 11 Dopo aver aggiudicato tre di tali lotti a CNS, GTT, con decisione del 14 luglio 2017 (in prosieguo: la «decisione controversa»), ne ha disposto la decadenza dall'aggiudicazione. A tal fine, esso si è fondato su una decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana (in prosieguo: l'«AGCM»), del 22 dicembre 2015 (in prosieguo: la «decisione dell'AGCM»), che irrogava a CNS una multa di EUR 56 190 090 per aver partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza di tipo orizzontale, allo scopo di condizionare gli esiti di una gara indetta da un'altra amministrazione.
- 12 Nella decisione controversa, si è altresì rilevato che la decisione dell'AGCM era già stata confermata in sede giurisdizionale con sentenza passata in giudicato. La decisione controversa si basa, inoltre, su due sentenze del 29 marzo e del 3 aprile 2017, con cui il giudice del rinvio avrebbe giudicato che un'intesa restrittiva della concorrenza, effettuata dall'operatore di cui trattasi in un'altra procedura di gara e accertata nell'ambito di un procedimento amministrativo, costituisce un errore professionale grave, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera f), del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18. Si contesta altresì a CNS, da un lato, di non aver indicato, nel fascicolo di partecipazione alla gara di cui trattasi, di essere soggetto a un procedimento sanzionatorio pendente dinanzi all'AGCM e, dall'altro, di aver adottato le misure di regolarizzazione solo durante la gara, di modo che la causa di esclusione non era venuta meno all'inizio della gara.
- 13 GTT, di conseguenza, ha ritenuto che il comportamento sanzionato dall'AGCM fosse idoneo a far venir meno il rapporto fiduciario con l'amministrazione aggiudicatrice.
- 14 Con ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2017, il giudice del rinvio ha respinto la domanda di misure provvisorie presentata da CNS.
- 15 Sia tale ordinanza cautelare sia le sentenze adottate da tale organo giurisdizionale il 29 marzo e il 3 aprile 2017 sono state riformate dal Consiglio di Stato (Italia), rispettivamente con ordinanza del 20 novembre 2017 nonché con due decisioni del 4 dicembre 2017 e del 5 febbraio 2018. Secondo le spiegazioni fornite dal giudice del rinvio, da tali decisioni emerge che i comportamenti costitutivi di un illecito anticoncorrenziale non sono idonei a essere qualificati quali «errori professionali gravi», ai fini dell'applicazione dell'articolo 38, comma 1, lettera f), del codice dei contratti pubblici e che potrebbero ricevere tale qualifica «solo inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico». Dovrebbero quindi essere esclusi «i fatti, anche illeciti, occorsi nella prodromica procedura di affidamento». Tale interpretazione si fonderebbe sulle esigenze di certezza del diritto degli operatori economici. Secondo il Consiglio di Stato tale interpretazione sarebbe compatibile con la sentenza del 18 dicembre 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (C-470/13, EU:C:2014:2469), da cui risulterebbe semplicemente che una norma nazionale che qualifica espressamente come «errore professionale grave»

un'infrazione in materia di concorrenza non viola il diritto dell'Unione, e non che il diritto dell'Unione imponga d'includere tali infrazioni nella nozione di «errore professionale grave». Ne conseguirebbe che, nel diritto italiano, la commissione di siffatti illeciti è totalmente priva di rilevanza nei procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici disciplinati dal codice dei contratti pubblici.

- 16 CNS si avvale di tali tre decisioni del Consiglio di Stato a sostegno del proprio ricorso diretto all'annullamento della decisione controversa.
- 17 Facendo riferimento alla sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punto 33), il giudice del rinvio rileva, tuttavia, che poiché la Repubblica italiana si è avvalsa della facoltà, riconosciuta agli Stati membri dall'articolo 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/17, d'includere, nei criteri di selezione qualitativa degli operatori nei settori speciali, i criteri di esclusione elencati all'articolo 45 della direttiva 2004/18, la giurisprudenza della Corte relativa a tale disposizione è rilevante nell'ambito del procedimento principale, sebbene quest'ultima abbia ad oggetto una procedura ristretta rientrante nella direttiva 2004/17.
- 18 Orbene, nelle sentenze del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punto 27), e del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 35), la Corte avrebbe già precisato che la nozione di «errore nell'esercizio dell'attività professionale» comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore di cui trattasi, e che la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza, in particolare quando tale infrazione è stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18.
- 19 Il giudice del rinvio deduce, in sostanza, dal confronto delle sentenze del 9 febbraio 2006, La Cascina e a. (C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, punto 23), e del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punto 25), che gli Stati membri dispongono di un potere discrezionale ridotto nei confronti delle cause facoltative di esclusione che non rinviano alle normative e alle regolamentazioni nazionali per precisare le proprie condizioni di applicazione.
- 20 Ritenendo tuttavia che la giurisprudenza della Corte relativa alle cause di esclusione cosiddette «facoltative», formatasi nel vigore delle direttive 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1), e 2004/18 non risulti di univoca interpretazione, il giudice del rinvio chiede alla Corte chiarimenti a tal riguardo.
- 21 In tale contesto, il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:
«Se il combinato disposto da una parte degli articoli 53 paragrafo 3 e 54 paragrafo 4 della Direttiva [2004/17], e d'altra parte dell'art. 45 paragrafo 2 [primo comma] lett. d) della Direttiva [2004/18] osti ad una previsione, come l'art. 38 comma 1 lett. f) del [codice dei contratti pubblici], come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, che esclude dalla sfera di operatività del c.d. "errore grave" commesso da un operatore economico "nell'esercizio della propria attività professionale", i comportamenti integranti violazione delle norme sulla concorrenza accertati e sanzionati dalla Autorità nazionale antitrust con provvedimento confermato in sede giurisdizionale, in tal modo precludendo a priori alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente siffatte violazioni ai fini della

eventuale, ma non obbligatoria, esclusione di tale operatore economico da una gara indetta per l'affidamento di un appalto pubblico».

Sulla questione pregiudiziale

- 22 Ai sensi dell'articolo 99 del regolamento di procedura della Corte, quando la risposta ad una questione pregiudiziale può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta a tale questione non dà adito ad alcun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata.
- 23 Tale disposizione deve essere applicata nell'ambito della presente causa.
- 24 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, quale l'articolo 38, comma 1, lettera f), del codice dei contratti pubblici, che è interpretata nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dell'«errore grave» commesso da un operatore economico «nell'esercizio della propria attività professionale» i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.
- 25 Come emerge da una giurisprudenza costante, l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 non prevede un'uniformità di applicazione, a livello nazionale, delle cause di esclusione in esso indicate, in quanto gli Stati membri hanno facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che può variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione (sentenze del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 36, e del 14 dicembre 2016, Connexion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, punto 29).
- 26 Tuttavia, occorre constatare che l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, a differenza delle disposizioni sulle cause di esclusione previste al medesimo comma, lettere a), b), e) ed f), non rinvia alle normative e alle regolamentazioni nazionali, ma che il secondo comma del medesimo paragrafo 2 enuncia che gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni della sua applicazione (sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 25).
- 27 Emerge così dalla giurisprudenza che, come osservato peraltro dal giudice del rinvio, quando una causa facoltativa di esclusione prevista dall'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, come quella contenuta al primo comma, lettera d), di quest'ultimo, non rinvia al diritto nazionale, il potere discrezionale degli Stati membri è regolato più rigorosamente. In un caso siffatto, spetta alla Corte definire la portata di una tale causa facoltativa di esclusione (v., in tal senso, sentenze del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punti da 25 a 31, nonché del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 35).
- 28 Ne consegue che le nozioni di «errore grave» commesso «nell'esercizio della propria at-

- tività professionale», previste dal citato articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), possono essere precisate ed esplicitate dal diritto nazionale, nel rispetto, tuttavia, del diritto dell'Unione (sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 26).
- 29 A tal riguardo, occorre rilevare che la nozione di «errore nell'esercizio della propria attività professionale» comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico di cui trattasi (sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 27), la sua integrità o affidabilità.
- 30 Di conseguenza, la nozione di «errore nell'esercizio della propria attività professionale», che è oggetto di un'interpretazione ampia, non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico.
- 31 Inoltre, la nozione di «errore grave» deve essere intesa nel senso che essa si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico in questione che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità da parte sua (sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 30).
- 32 Infine, l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad accertare un errore grave commesso nell'esercizio della propria attività professionale con qualsiasi mezzo di prova. Poiché l'accertamento di un tale errore non richiede una sentenza passata in giudicato (sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 28), la decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che stabilisca che un operatore ha violato le norme in materia di concorrenza, può senz'altro costituire indizio dell'esistenza di un errore grave commesso da tale operatore.
- 33 Di conseguenza, la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza, in particolare quando tale infrazione è stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 (sentenza del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 35).
- 34 Occorre tuttavia precisare che una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che accerta una violazione delle norme in materia di concorrenza, non può comportare l'esclusione automatica di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, conformemente al principio di proporzionalità, l'accertamento della sussistenza di un «errore grave» necessita, in linea di principio, dello svolgimento di una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico interessato (v., in tal senso, sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 31).
- 35 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che è interpretata nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dell'«errore grave» commesso da un operatore economico «nell'esercizio della propria attività professionale» i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giuri-

sdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Sulle spese

- 36 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 (Nona Sezione) dichiara:

L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che è interpretata nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dell'«errore grave» commesso da un operatore economico «nell'esercizio della propria attività professionale» i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

La nozione comunitaria di “circolazione dei veicoli” ai fini della determinazione della responsabilità e degli obblighi assicurativi. Ripercussioni sull’ordinamento interno

*NOTA A CORTE DI GIUSTIZIA UE, SECONDA SEZIONE, SENTENZA 20 GIUGNO 2019,
CAUSA C-100/18 (ECLI:EU:C:2019:152)*

Vito Forte*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il caso - 3. La decisione della Corte. La nozione comunitaria di “circolazione dei veicoli” - 4. Profili applicativi al diritto interno e relative problematiche - 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

La Corte di Giustizia Europea, con la sentenza in commento, si trova a dover risolvere definitivamente l’annosa questione interpretativa relativa alla nozione comunitaria di “circolazione di autoveicoli”, spingendosi a prevedere la sussistenza di un obbligo risarcitorio in capo all’assicuratore, nelle ipotesi in cui il mezzo di trasporto sia stato utilizzato in conformità alla sua funzione, ogniquale volta il veicolo assicurato arrechi un danno a terzi.

La Corte, dopo aver ricondotto al concetto di circolazione “*qualunque uso del veicolo conforme alla funzione abituale dello stesso*”, ivi compreso lo stazionamento all’interno di un garage privato, afferma la necessità di un’interpretazione uniforme della nozione in oggetto nel territorio dell’Unione, al fine di garantire un trattamento omogeneo tra le vittime degli incidenti causati da veicoli, indipendentemente dallo Stato europeo all’interno del quale il sinistro si è verificato.

2. Il caso.

In Spagna, un’impresa di assicurazioni, che aveva assicurato contro i rischi domestici una società proprietaria di un immobile, intentava un’azione legale nei confronti di altra impresa di assicurazioni, la quale copriva la responsabilità civile dell’autoveicolo del danneggiante.

Il mezzo in questione risultava aver preso fuoco nel garage privato dell’abitazione del danneggiante, arrecando danni ingenti all’immobile sovrastante della società proprietaria dello stabile.

L’impresa assicuratrice di suddetta società, pertanto, si trovava a dover esperire un’azione giudiziaria al fine di recuperare dalla compagnia assicuratrice dell’autoveicolo l’indennizzo corrisposto per i danni provocati dall’incendio.

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l’Avvocatura Generale dello Stato (avv. Pietro Garofoli).

Il ricorso, proposto dinnanzi allo Juzgado de Primera Instancia (Tribunale di primo grado spagnolo), veniva rigettato e successivamente accolto in appello dalla Audiencia Provincial (Corte provinciale spagnola).

Nel giudizio di legittimità, essendo sorto un dubbio relativo alla corretta interpretazione del concetto di “*circolazione di autoveicoli*” di cui all’art. 3 della direttiva 2009/103/CE ed il relativo obbligo assicurativo da questa scaturente, il Tribunal Supremo de Justicia rimetteva la questione alla Corte di Giustizia Europea (1).

In particolare, il giudice del rinvio chiedeva alla corte di stabilire se l’assicurazione della responsabilità civile per gli autoveicoli dovesse coprire un incidente nel quale era implicato un veicolo il cui motore non era avviato, sebbene quest’ultimo, risultava parcheggiato in un garage privato e, di conseguenza, non rappresentasse alcun rischio per gli utenti di una strada.

3. La decisione della Corte. La nozione comunitaria di “circolazione dei veicoli”.

La Corte di Giustizia Europea, nella propria sentenza, dopo aver specificato in via preliminare che il procedimento principale risulta attinente ad un “veicolo”, la cui definizione ricade pacificamente nell’art. 1 della direttiva 2009/103/CE, sottolinea che la nozione di “*circolazione di autoveicoli*”, non può essere rimessa alla discrezionalità degli Stati membri (cfr. punto 32 sentenza in esame), statuendo che l’art. 3 della direttiva sopraindicata necessita di un’interpretazione in chiave funzionale della nozione in oggetto.

A parere della Corte “*la circolazione di autoveicoli, dev’essere considerata come una nozione autonoma del diritto dell’Unione, che deve essere interpretata, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, tenendo conto, in particolare, del contesto di detta disposizione e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (sentenza del 20 dicembre 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, punto 24)*”.

L’ambito applicativo della circolazione degli autoveicoli non si limita soltanto alla “circolazione su pubblica via”, bensì concerne qualunque uso del

(1) Art. 3 direttiva 2009/103/CE “*Ogni Stato membro adotta tutte le misure appropriate, fatta salva l’applicazione dell’articolo, affinché la responsabilità civile relativa alla circolazione dei veicoli che stazionano abitualmente nel suo territorio sia coperta da un’assicurazione. I danni coperti e le modalità dell’assicurazione sono determinati nell’ambito delle misure di cui al primo comma. Ogni Stato membro adotta tutte le misure appropriate affinché il contratto d’assicurazione copra anche: a) i danni causati nel territorio degli altri Stati membri, secondo la legislazione in vigore in questi Stati, b) i danni di cui possono essere vittime i cittadini degli Stati membri nel percorso che collega direttamente due territori in cui si applica il trattato allorché non esista alcun ufficio nazionale di assicurazione per il territorio percorso; in tal caso, i danni sono indennizzati nei limiti previsti dalla legislazione nazionale sull’assicurazione obbligatoria vigente nello Stato membro nel cui territorio il veicolo staziona abitualmente. L’assicurazione di cui al primo comma copre obbligatoriamente i danni alle cose e i danni alle persone*”.

veicolo, seppur necessariamente conforme alla funzione abituale dello stesso (cfr. CGUE, sentenza del 20 dicembre 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, punto 28), a nulla rilevando ai fini del concetto di circolazione e del conseguente obbligo assicurativo l'eventuale sosta o fermata, anche prolungata, in luoghi privati (es. garage) del mezzo di trasporto.

Tutti gli autoveicoli di cui all'art. 1 della direttiva 2009/103/CE, indipendentemente dalle proprie caratteristiche, sono destinati ad essere utilizzati come mezzi di trasporto e necessitano di essere assicurati, onde garantire, in caso di sinistri, alle vittime di incidenti un trattamento omogeneo, indipendentemente dal luogo dell'Unione in cui il sinistro è avvenuto (cfr. CGUE, sentenza del 20 dicembre 2017, *Núñez Torreiro*, C-334/16, EU:C:2017:1007, punti 25 e 26).

La *ratio* sottesa alla normativa dell'Unione in materia di assicurazione della responsabilità civile da circolazione dei veicoli è chiara: assicurare la libera circolazione dei veicoli e delle persone che vi si trovano a bordo all'interno del territorio dell'Unione e, garantendo, tuttavia, che le vittime dei sinistri stradali possano beneficiare di un trattamento equivalente in tutti gli Stati membri.

Pertanto, ai fini della realizzazione di tale obiettivo, il concetto di "circolazione di veicoli" dev'essere uniformemente interpretato in chiave funzionale.

Quando il veicolo è utilizzato in conformità alla propria funzione di mezzo di trasporto, lo stazionamento dello stesso, anche in aree private, costituisce una sua modalità di utilizzazione e, di conseguenza, la sua copertura assicurativa non può essere esclusa per i danni causati a terzi.

Nessuna disposizione della direttiva 2009/103/CE, infatti, limita l'estensione dell'obbligo assicurativo e della tutela scaturente da tale obbligo a favore delle vittime (2).

4. *Profili applicativi al diritto interno e relative problematiche.*

All'interno dell'ordinamento italiano, la nozione di "circolazione di autoveicoli", sancita dall'art. 3 del Codice della strada - il quale prescrive espressamente che la stessa consiste nel movimento, nella fermata nonché nella sosta di veicoli su strada -, risulta essenziale ai fini dell'applicazione della disciplina della responsabilità civile *ex art.* 2054 c.c. (3).

(2) Sul punto, cfr. Avvocato Generale CGUE, conclusioni del 28 febbraio 2019, causa C-100/18.

(3) Art. 2054 c.c. "*Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno. Nel caso di scontro tra veicoli si presume, fino a prova contraria, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli. Il proprietario del veicolo, o, in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio, è responsabile in solido col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà. In ogni caso le persone indicate dai commi precedenti sono responsabili dei danni derivati da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo.*"

Orbene, tale definizione, richiamata anche in relazione all'obbligo assicurativo di cui all'art. 122 del Codice delle Assicurazioni Private (4), palesemente, non pone in alcun modo in evidenza l'aspetto funzionale della circolazione dei veicoli sancito dalla Corte di Giustizia Europea, la quale riconduce al concetto di circolazione "*qualunque uso del veicolo conforme alla funzione abituale dello stesso*", ivi compreso lo stazionamento all'interno di un garage privato.

La normativa italiana, infatti, a differenza di quella comunitaria, pone l'accento unicamente sull'uso pubblico delle aree sulle quali avviene la circolazione e non sulla conformità della funzione abituale del veicolo; di talché, prima di procedere alla disamina dei profili applicativi della disciplina comunitaria all'ordinamento interno, si rende necessario analizzare, preliminarmente, il concetto di "circolazione stradale" presente nel nostro ordinamento.

L'art. 3 del Codice della strada, struttura il concetto in esame slegandolo dal criterio funzionale affermato dalla Corte e ponendolo in stretta correlazione con quello di "strada", il quale, a sua volta, ai fini dell'obbligo assicurativo di cui all'art. 122 CAP, è circoscritto a "strade di uso pubblico o su aree a queste equiparate".

Ai fini dell'identificazione dell'equiparazione, l'art. 3 D.M. Ministro dello Sviluppo Economico, n. 86 del 1 aprile 2008, ha previsto che possono essere equiparate alle strade di uso pubblico tutte le aree, di proprietà pubblica o privata, aperte alla circolazione del pubblico.

La giurisprudenza di legittimità italiana in tema di circolazione, nell'interpretare le "*aree equiparate*", ha adottato un'interpretazione restrittiva, nientemeno non considerando "strade" neanche le aree di un'officina privata (esterne ed interne) "*anche se in esse si svolgeva una parziale circolazione*" (Cass., 6 novembre 1976, n. 4053).

Secondo la Cassazione "*è indifferente la natura pubblica o privata dell'area aperta alla circolazione, essendo rilevante soltanto l'uso pubblico della stessa, per tale intendendosi l'apertura dell'area e della strada ad un numero indeterminato di persone e cioè la possibilità giuridicamente lecita di accesso da parte del pubblico*" (Cass. 25 aprile, 2005, n. 9003), a nulla rilevando ai fini dell'applicazione dell'art. 2054 c.c., i luoghi chiusi in cui non avviene "circolazione", ovvero un mero spostamento di veicoli.

Tanto premesso, alla luce della normativa italiana di riferimento nonché della giurisprudenza di legittimità sul punto (5), non occorre sottolineare quanto

(4) Art. 122 Codice delle Assicurazioni Private "*I veicoli a motore senza guida di rotaie, compresi i filoveicoli e i rimorchi, non possono essere posti in circolazione su strade di uso pubblico o su aree a queste equiparate se non siano coperti dall'assicurazione per la responsabilità civile verso i terzi prevista dall'articolo 2054 del codice civile e dall'articolo 91, comma 2, del codice della strada. Il regolamento, adottato dal Ministro dello sviluppo economico, su proposta dell'IVASS, individua la tipologia di veicoli esclusi dall'obbligo di assicurazione e le aree equiparate a quelle di uso pubblico*".

la nozione interna di “circolazione stradale” risulti divergente rispetto a quella di matrice comunitaria, di talché se ne rende necessaria un’uniformazione.

La nozione di “*circolazione di autoveicoli*”, infatti, dev’essere considerata come una nozione autonoma del diritto dell’Unione, che deve essere interpretata conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, tenendo conto, in particolare, del contesto di detta disposizione e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte.

Sul punto, è evidente, che la Corte di Giustizia Europea ha scelto un’interpretazione funzionale del concetto di circolazione, riconducendovi anche il transito e la sosta in un’area privata, non aperta al pubblico (come un garage), a differenza della normativa italiana, per la quale rileva, anche ai fini dell’obbligo assicurativo, soltanto l’uso pubblico delle aree sulle quali la stessa ha luogo.

Secondo i parametri fissati dalla CGUE, dunque, non solo deve ritenersi invocabile la copertura della RCA nei casi di danni provocati da veicoli a terzi all’interno di aree non aperte al pubblico, ma, altresì, deve ritenersi sussistente l’obbligo assicurativo di cui all’art. 122 CAP anche nelle ipotesi in cui il proprio veicolo non sia stato ritirato dalla circolazione e, quindi, risulti potenzialmente idoneo ad essere utilizzato.

La polizza di responsabilità civile è obbligatoria anche se l’automobile viene tenuta ferma in garage ovvero su un terreno privato, purché il mezzo sia idoneo a circolare e immatricolato (cfr. sentenza della Corte di Giustizia UE C-80/17 del 4 settembre 2018).

5. Osservazioni conclusive.

Alla luce di quanto sopraesposto, il concetto interno di “circolazione di veicoli”, soprattutto in relazione all’obbligo assicurativo che da questo deriva, dovrà necessariamente interpretarsi in maniera conforme a quello comunitario, sebbene, il Governo Italiano, intervenendo in precedenti cause, aventi il medesimo oggetto, abbia sostenuto un’interpretazione coerente con la giurisprudenza e la disciplina interna sopra riportata.

La giurisprudenza comunitaria sembra ormai consolidata in senso difforme alla disciplina interna e questo dato di fatto costringe l’interprete ad adeguarsi alla stessa, onde consentire in maniera efficace che le vittime dei sinistri stradali possano beneficiare di un trattamento equivalente in tutti gli Stati membri.

In tal senso, si dovrà concludere che anche sul territorio nazionale l’assicurazione obbligatoria della responsabilità civile relativa alla circolazione dei veicoli debba coprire qualunque incidente causato utilizzando un veicolo conformemente alla sua funzione abituale (CGUE, sentenza del 20 dicembre 2017, *Núñez Torreiro*, C-334/16, EU:C:2017:1007).

(5) *Ex multis* Cass. 7 giugno 2018, n. 14745.

Corte di Giustizia UE, Seconda Sezione, sentenza 20 giugno 2019, causa C-100/18 - Pres. Rel. A. Arabadjiev - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Supremo (Spagna) il 12 febbraio 2018 - Línea Directa Aseguradora S.A. / Segurcaixa Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros.

«Rinvio pregiudiziale - Assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli - Direttiva 2009/103/CE - Articolo 3, primo comma - Nozione di “circolazione dei veicoli” - Danno materiale causato ad un immobile dall’incendio di un veicolo stazionato in un garage privato di tale immobile - Copertura da parte dell’assicurazione obbligatoria»

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 3 della direttiva 2009/103/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, concernente l’assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e il controllo dell’obbligo di assicurare tale responsabilità (GU 2009, L 263, pag. 11).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia che oppone la Línea Directa Aseguradora SA (in prosieguo: la «Línea Directa») alla Segurcaixa, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (in prosieguo: la «Segurcaixa»), e vertente sul rimborso dei risarcimenti che la Segurcaixa ha versato alla vittima di un incendio scaturito dal circuito elettrico di una vettura assicurata presso la Línea Directa.

Contesto normativo

Diritto dell’Unione

- 3 L’articolo 1 della direttiva 2009/103 così dispone:
«Ai sensi della presente direttiva, si intende per:
1) “veicolo” qualsiasi autoveicolo destinato a circolare sul suolo e che può essere azionato da una forza meccanica, senza essere vincolato a una strada ferrata, nonché i rimorchi, anche non agganciati;
(...)».
- 4 L’articolo 3 di detta direttiva prevede quanto segue:
«Ogni Stato membro adotta tutte le misure appropriate, fatta salva l’applicazione dell’articolo 5, affinché la responsabilità civile relativa alla circolazione dei veicoli che stazionano abitualmente nel suo territorio sia coperta da un’assicurazione.
I danni coperti e le modalità dell’assicurazione sono determinati nell’ambito delle misure di cui al primo comma.
Ogni Stato membro adotta tutte le misure appropriate affinché il contratto d’assicurazione copra anche:
a) i danni causati nel territorio degli altri Stati membri, secondo la legislazione in vigore in questi Stati,
b) i danni di cui possono essere vittime i cittadini degli Stati membri nel percorso che collega direttamente due territori in cui si applica il trattato allorché non esista alcun ufficio nazionale di assicurazione per il territorio percorso; in tal caso, i danni sono indennizzati nei limiti previsti dalla legislazione nazionale sull’assicurazione obbligatoria vigente nello Stato membro nel cui territorio il veicolo staziona abitualmente.
L’assicurazione di cui al primo comma copre obbligatoriamente i danni alle cose e i danni alle persone».
- 5 L’articolo 5 della direttiva in parola ha il seguente tenore:
«1. Ogni Stato membro può derogare alle disposizioni dell’articolo 3 per quanto concerne

talune persone fisiche o giuridiche, pubbliche o private, il cui elenco è determinato da tale Stato e notificato agli altri Stati membri e alla Commissione.

(...)

2. Ogni Stato membro può derogare alle disposizioni dell'articolo 3 per quanto riguarda determinati tipi di veicoli o determinati veicoli con targa speciale, il cui elenco è stabilito da tale Stato e notificato agli altri Stati membri e alla Commissione.

(...))».

6 L'articolo 13, paragrafo 1, lettera c), della medesima direttiva dispone:

«1. Ciascuno Stato membro prende tutte le misure appropriate affinché ai fini dell'applicazione dell'articolo 3 sia reputata senza effetto, per quanto riguarda il ricorso dei terzi vittime di un sinistro, qualsiasi disposizione legale o clausola contrattuale contenuta in un contratto di assicurazione rilasciato conformemente all'articolo 3 che escluda dall'assicurazione l'utilizzo o la guida di autoveicoli da parte:

(...)

c) di persone che non si sono conformate agli obblighi di legge di ordine tecnico concernenti le condizioni e la sicurezza del veicolo in questione».

Diritto spagnolo

7 La Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (legge sulla responsabilità civile e l'assicurazione in materia di circolazione dei veicoli a motore), codificata dal Real Decreto Legislativo 8/2004 per el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (regio decreto legislativo 8/2004 recante rifusione della legge sulla responsabilità civile e l'assicurazione in materia di circolazione dei veicoli a motore), del 29 ottobre 2004 (BOE n. 267, del 5 novembre 2004, pag. 3662), nella versione applicabile alla controversia di cui al procedimento principale, dispone, all'articolo 1, paragrafo 1, quanto segue:

«Il conducente di veicoli a motore è responsabile, in virtù del rischio creato dalla guida di tali veicoli, dei danni causati a persone o cose a motivo della circolazione.

In caso di danni alle persone, il conducente è esentato da tale responsabilità solo qualora dimostri che i danni sono dovuti esclusivamente alla colpa del danneggiato o ad una forza maggiore estranea alla guida o al funzionamento del veicolo; non sono considerati come casi di forza maggiore i difetti del veicolo, né la rottura o il malfunzionamento di taluno dei suoi componenti o meccanismi.

In caso di danni alle cose, il conducente risponde verso i terzi qualora risulti civilmente responsabile in forza delle disposizioni di cui agli articoli 1902 e seguenti del [Código Civil (codice civile)], degli articoli 109 e seguenti del [Código Penal (codice penale)] e delle disposizioni della presente legge.

In caso di concorso della negligenza del conducente con quella del danneggiato, la responsabilità viene equamente ripartita e l'ammontare del risarcimento è suddiviso nella misura delle rispettive colpe.

Il proprietario non conducente risponde dei danni alle persone e alle cose causati dal conducente qualora sia unito a quest'ultimo da uno dei rapporti disciplinati dall'articolo 1903 del codice civile e dall'articolo 120, paragrafo 5, del codice penale. Tale responsabilità viene meno se detto proprietario dimostra di aver usato tutta la diligenza del buon padre di famiglia per prevenire il danno.

Il proprietario non conducente di un veicolo privo di assicurazione obbligatoria risponde

civilmente, in solido con il conducente, dei danni alle persone e alle cose causati dal veicolo, salvo che dimostri che il veicolo gli è stato rubato».

- 8 L'articolo 2, paragrafo 1, del Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor (regolamento sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile in materia di circolazione di veicoli a motore), codificato dal Real Decreto 1507/2008 por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor (regio decreto 1507/2008 recante approvazione del regolamento sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione dei veicoli a motore), del 12 settembre 2008 (BOE n. 222, del 13 settembre 2008, pag. 37487), è così formulato:

«Ai fini della responsabilità civile in materia di circolazione di veicoli a motore e della copertura assicurativa obbligatoria di cui al presente regolamento, per fatti relativi alla circolazione si intendono i fatti derivanti dal rischio causato dalla guida dei veicoli a motore cui fa riferimento il precedente articolo, sia in garage e parcheggi sia su strade o terreni pubblici e privati idonei alla circolazione, di tipo urbano o interurbano, nonché su strade o terreni che, pur non presentando tale caratteristica, siano comunemente utilizzati».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 9 Il 19 agosto 2013 il sig. Luis Salazar Rodes ha parcheggiato la propria vettura nuova nel garage privato di un immobile di proprietà della Industrial Software Indusoft (in prosieguo: la «Indusoft»).
- 10 Il 20 agosto 2013 il sig. Salazar Rodes, che voleva mostrare la propria vettura ad un vicino, ha avviato il motore della vettura, senza riuscire a spostarla. Nella notte dal 20 al 21 agosto 2013, la vettura del sig. Salazar Rodes, che non era stata guidata da più di 24 ore, ha preso fuoco, provocando un incendio dell'immobile della Indusoft e causando danni a quest'ultimo. All'origine di tale incendio era il circuito elettrico della vettura.
- 11 Il sig. Salazar Rodes aveva sottoscritto un'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli presso la Línea Directa, una società assicurativa.
- 12 La Indusoft aveva sottoscritto un'assicurazione sulla casa presso la Segurcaixa, la quale le ha versato l'importo complessivo di EUR 44 704,34 per i danni causati dall'incendio suddetto.
- 13 Nel corso del mese di marzo 2014, la Segurcaixa ha proposto un ricorso contro la Línea Directa dinanzi allo Juzgado de Primera Instancia de Vitoria-Gazteiz (Tribunale di primo grado di Vitoria-Gazteiz, Spagna) ed ha chiesto il versamento di un risarcimento di EUR 44 704,34 maggiorato degli interessi legali, a motivo del fatto che il sinistro aveva avuto origine in un «fatto relativo alla circolazione» coperto dall'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione del veicolo del sig. Salazar Rodes. Detto giudice ha respinto tale ricorso, dichiarando che l'incendio in questione non poteva essere considerato come un «fatto relativo alla circolazione», ai sensi del diritto spagnolo.
- 14 La Segurcaixa ha proposto un ricorso contro la sentenza dello Juzgado de Primera Instancia de Vitoria-Gazteiz (Tribunale di primo grado di Vitoria-Gazteiz) dinanzi alla Audiencia Provincial de Álava (Corte provinciale di Alava, Spagna), la quale ha accolto tale ricorso ed ha condannato la Línea Directa al versamento del risarcimento richiesto dalla Segurcaixa.
- 15 La Línea Directa ha impugnato la sentenza della Audiencia Provincial de Álava (Corte provinciale di Alava) con un ricorso per cassazione dinanzi al Tribunal Supremo (Corte suprema, Spagna).

- 16 Quest'ultimo giudice fa osservare che la Audiencia Provincial de Álava (Corte provinciale di Alava) ha adottato un'interpretazione estesa della nozione di «fatto relativo alla circolazione», secondo la quale, ai sensi del diritto spagnolo, rientra in tale nozione una situazione in cui un veicolo parcheggiato in modo non permanente in un garage privato si sia incendiato, qualora tale incendio sia stato provocato da cause intrinseche al veicolo e senza l'intervento di terzi.
- 17 In tale contesto, il giudice del rinvio ritiene che la questione centrale consista nello stabilire se l'assicurazione della responsabilità civile per gli autoveicoli copra un incidente nel quale sia stato implicato un veicolo il cui motore non era avviato, sebbene tale veicolo, che era parcheggiato in un garage privato, non rappresentasse alcun rischio per gli utenti di una strada.
- 18 A questo proposito, detto giudice fa osservare che, secondo la sua giurisprudenza, da un lato, rientrano nella nozione di «fatto relativo alla circolazione», ai sensi del diritto spagnolo, non soltanto le situazioni nelle quali un veicolo si sposti, ma anche quelle nelle quali il motore del veicolo non sia avviato, come pure le situazioni nelle quali un veicolo si arresti nel corso di un tragitto e prenda fuoco.
- 19 Dall'altro lato, il Tribunal Supremo (Corte suprema) avrebbe già statuito che un incendio di un veicolo che era stazionato su una pubblica via e che era coperto da un telo per protezione dal gelo non costituiva una situazione che rientrasse nella nozione di «fatto relativo alla circolazione», ai sensi del diritto spagnolo.
- 20 Detto giudice precisa che, secondo la sua giurisprudenza, quando un veicolo è fermo e il sinistro non ha alcun collegamento con la funzione di trasporto del veicolo stesso, non sussiste un «fatto relativo alla circolazione» che possa essere coperto dall'assicurazione obbligatoria.
- 21 In tale contesto, il giudice del rinvio fa osservare che, secondo il diritto spagnolo, il conducente non è responsabile dei danni causati in ragione della circolazione di un veicolo qualora tali danni siano dovuti ad un caso di forza maggiore estraneo alla guida del veicolo stesso. Tuttavia, né i difetti di un veicolo, né la rottura o il malfunzionamento di uno dei meccanismi del veicolo stesso sarebbero considerati come casi di forza maggiore. Di conseguenza, nelle situazioni in cui l'incidente sia stato causato da un difetto di un veicolo, tale difetto non esonererebbe il conducente dalla sua responsabilità e non escluderebbe dunque la copertura derivante dall'assicurazione RC Auto.
- 22 Il giudice del rinvio considera, da un lato, che, se l'incendio si verifica quando il veicolo è fermo, ma esso trova la propria origine in una funzione necessaria o utile per lo spostamento del veicolo stesso, tale situazione dovrebbe essere considerata connessa alla funzione abituale del veicolo.
- 23 Dall'altro lato, una situazione in cui un veicolo sia stazionato in un garage privato potrebbe essere esclusa dalla nozione di «circolazione dei veicoli», ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2009/103, qualora o per l'assenza di una prossimità temporale tra il precedente utilizzo del veicolo e l'incendio, o in ragione delle modalità con cui tale sinistro si è verificato, non sussista un nesso tra tale sinistro e la circolazione del veicolo.
- 24 Il giudice del rinvio aggiunge, a questo proposito, che, qualora si prescindesse da una correlazione temporale tra il precedente utilizzo del veicolo e il verificarsi del sinistro, ciò potrebbe portare ad un'equiparazione dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione degli autoveicoli all'assicurazione del proprietario per la copertura della responsabilità derivante dalla mera detenzione o titolarità di un veicolo.

- 25 Alla luce di tali circostanze, il Tribunal Supremo (Corte suprema) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se si ponga in contrasto con l'articolo 3 della direttiva 2009/103 un'interpretazione che includa nella copertura dell'assicurazione obbligatoria i danni causati dall'incendio di un veicolo fermo, qualora tale incendio trovi la propria origine nei meccanismi necessari per lo svolgimento della funzione di trasporto del veicolo.
- 2) Nel caso in cui la risposta alla questione precedente fosse negativa, se si ponga in contrasto con l'articolo 3 della direttiva 2009/103 un'interpretazione che includa nella copertura dell'assicurazione obbligatoria i danni causati dall'incendio di un veicolo, qualora l'incendio non possa essere posto in correlazione con un precedente spostamento del veicolo stesso, in modo tale per cui non possa ritenersi sussistente una connessione con un tragitto compiuto.
- 3) Nel caso in cui la risposta alla seconda questione fosse negativa, se si ponga in contrasto con l'articolo 3 della direttiva 2009/103 un'interpretazione che includa nella copertura dell'assicurazione obbligatoria i danni causati dall'incendio di un veicolo, qualora il veicolo si trovi stazionato in un garage privato chiuso».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità della prima questione

- 26 La Línea Directa sostiene che la prima questione è irricevibile per il fatto che essa solleva una problematica puramente ipotetica. Detta società fa valere che il fatto che l'incendio in questione abbia avuto origine nel circuito elettrico del veicolo in parola è la sola circostanza pacifica accertata dal giudice del rinvio. Per contro, non sarebbe dimostrato che tale incendio abbia avuto origine nei meccanismi necessari per lo svolgimento della funzione di trasporto del veicolo.
- 27 A questo proposito, occorre ricordare che, secondo una consolidata giurisprudenza, le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che esso individua sotto la propria responsabilità, e del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono di una presunzione di rilevanza. Il rifiuto della Corte di statuire su una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia nel procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le vengono sottoposte (sentenza del 24 ottobre 2018, XC e a., C-234/17, EU:C:2018:853, punto 16).
- 28 Orbene, nel caso di specie, non consta in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta nell'ambito della prima questione pregiudiziale non abbia alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia di cui al procedimento principale, ovvero che il problema sia di natura ipotetica. A questo proposito, risulta dalla domanda di pronuncia pregiudiziale che detta interpretazione mira a chiarire la nozione di «circolazione dei veicoli», ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2009/103, da cui dipende la soluzione della controversia di cui al procedimento principale, che verte sul risarcimento di danni causati dall'incendio di un veicolo. Inoltre, il giudice del rinvio ha fornito elementi di fatto e di diritto sufficienti per permettere alla Corte di rispondere in modo utile alle questioni che le vengono sottoposte.

Nel merito

- 29 Con le sue questioni pregiudiziali, che vanno esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio desidera sapere, in sostanza, se l'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103 debba essere interpretato nel senso che rientra nella nozione di «circolazione dei veicoli», contemplata da tale disposizione, una situazione, come quella in discussione nel procedimento principale, nella quale un veicolo parcheggiato in un garage privato di un immobile abbia preso fuoco, provocando un incendio avente origine nel circuito elettrico del veicolo stesso, e abbia causato dei danni a tale immobile, malgrado il fatto che detto veicolo non fosse stato spostato da più di 24 ore prima del verificarsi dell'incendio.
- 30 L'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103 stabilisce che ogni Stato membro adotta tutte le misure appropriate, fatta salva l'applicazione dell'articolo 5 di tale direttiva, affinché la responsabilità civile relativa alla circolazione dei veicoli che stazionano abitualmente nel suo territorio sia coperta da un'assicurazione.
- 31 In via preliminare, occorre rilevare che una vettura, come quella in discussione nel procedimento principale, rientra nella nozione di «veicolo», contemplata all'articolo 1, punto 1, della direttiva 2009/103, secondo cui per tale si intende un «autoveicolo destinato a circolare sul suolo e che può essere azionato da una forza meccanica, senza essere vincolato a una strada ferrata». Inoltre, è pacifico che il veicolo in questione era abitualmente stazionato nel territorio di uno Stato membro e che esso non è interessato da una deroga adottata in applicazione dell'articolo 5 della direttiva sopra citata.
- 32 Per quanto riguarda il punto se una situazione come quella in discussione nel procedimento principale rientri nella nozione di «circolazione dei veicoli», ai sensi dell'articolo 3, primo comma, della direttiva in parola, occorre ricordare che tale nozione non può essere rimessa alla discrezionalità di ciascuno Stato membro, bensì costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione, che deve essere interpretata, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, tenendo conto, in particolare, del contesto di detta disposizione e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (sentenza del 20 dicembre 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, punto 24).
- 33 Orbene, la normativa dell'Unione in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione dei veicoli, di cui fa parte la direttiva 2009/103, mira, da un lato, ad assicurare la libera circolazione sia dei veicoli che stazionano abitualmente nel territorio dell'Unione europea sia delle persone che vi si trovano a bordo, e, dall'altro, a garantire che le vittime degli incidenti causati da tali veicoli beneficino di un trattamento comparabile, indipendentemente dal luogo dell'Unione in cui il sinistro è avvenuto (v., in tal senso, sentenza del 20 dicembre 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, punti 25 e 26).
- 34 Risulta inoltre dall'evoluzione di detta normativa che l'obiettivo di tutela delle vittime di incidenti causati da tali veicoli è stato costantemente perseguito e rafforzato dal legislatore dell'Unione (sentenza del 20 dicembre 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, punto 27).
- 35 Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha statuito che l'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «circolazione dei veicoli» contenuta in tale disposizione non è limitata alle ipotesi di circolazione stradale, vale a dire la circolazione sulla pubblica via, e che in tale nozione rientra qualunque uso di un veicolo che sia conforme alla funzione abituale dello stesso (sentenza del 20 dicembre 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, punto 28).
- 36 La Corte ha precisato che, poiché gli autoveicoli di cui all'articolo 1, punto 1, della di-

- rettiva 2009/103, indipendentemente dalle loro caratteristiche, sono destinati a servire abitualmente come mezzi di trasporto, rientra nella nozione suddetta qualunque uso di un veicolo come mezzo di trasporto (sentenza del 20 dicembre 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, punto 29).
- 37 A questo proposito, occorre rilevare, da un lato, che il fatto che il veicolo coinvolto in un sinistro fosse fermo al momento del verificarsi di quest'ultimo non esclude, di per sé solo, che l'uso di tale veicolo in quel momento possa rientrare nella sua funzione di mezzo di trasporto e, di conseguenza, nella nozione di «circolazione dei veicoli», ai sensi dell'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103 (v., in tal senso, sentenza del 15 novembre 2018, BTA Baltic Insurance Company, C-648/17, EU:C:2018:917, punto 38 e la giurisprudenza ivi citata).
- 38 Neppure la questione se il motore del veicolo in discussione fosse o no acceso nel momento in cui si è verificato il sinistro è determinante (v., in tal senso, sentenza del 15 novembre 2018, BTA Baltic Insurance Company, C-648/17, EU:C:2018:917, punto 39 e la giurisprudenza ivi citata).
- 39 Dall'altro lato, occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, nessuna disposizione della direttiva 2009/103 limita l'estensione dell'obbligo di assicurazione e della tutela che tale obbligo intende garantire alle vittime di sinistri causati da autoveicoli, ai casi in cui tali veicoli siano utilizzati su determinati terreni o su determinate strade (sentenza del 20 dicembre 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, punto 31).
- 40 Ne consegue che la portata della nozione di «circolazione dei veicoli», ai sensi dell'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103, non dipende dalle caratteristiche del terreno sul quale l'autoveicolo è utilizzato e, in particolare, dalla circostanza che il veicolo in questione sia, al momento del sinistro, fermo e si trovi in un parcheggio (v., in tal senso, sentenza del 15 novembre 2018, BTA Baltic Insurance Company, C-648/17, EU:C:2018:917, punti 37 e 40).
- 41 Alla luce di tali circostanze, occorre considerare che lo stazionamento e il periodo di immobilizzazione del veicolo sono delle fasi naturali e necessarie che costituiscono parte integrante dell'utilizzo di quest'ultimo come mezzo di trasporto.
- 42 Infatti, un veicolo viene utilizzato in conformità della sua funzione di mezzo di trasporto allorché si sposta, ma anche, in linea di principio, durante il suo stazionamento tra uno spostamento e l'altro.
- 43 Nel caso di specie, occorre constatare che lo stazionamento di un veicolo in un garage privato costituisce un'utilizzazione del veicolo stesso che è conforme alla sua funzione di mezzo di trasporto.
- 44 Tale conclusione non perde la sua validità per il fatto che il veicolo in questione sia rimasto parcheggiato per più di 24 ore in questo garage. Infatti, lo stazionamento di un veicolo presuppone che quest'ultimo, a volte per un lungo periodo di tempo, rimanga fermo fino al suo prossimo spostamento.
- 45 Per quanto riguarda la circostanza che il sinistro in questione nel procedimento principale deriva da un incendio causato dal circuito elettrico di un veicolo, occorre considerare che, poiché tale veicolo che è all'origine del sinistro risponde alla definizione di «veicolo», ai sensi dell'articolo 1, punto 1, della direttiva 2009/103, non è necessario distinguere, tra le componenti del veicolo in questione, quella che è all'origine dell'evento dannoso, né stabilire le funzioni che tale componente svolge.
- 46 Un'interpretazione siffatta è conforme all'obiettivo della tutela delle vittime di sinistri

causati dagli autoveicoli, che è stato costantemente perseguito e rafforzato dal legislatore dell'Unione, come si è ricordato al punto 34 della presente sentenza.

- 47 Inoltre, occorre rilevare come dall'articolo 13 della direttiva 2009/103 risulti che deve reputarsi senza effetto, per quanto riguarda il ricorso dei terzi vittime di un sinistro, qualsiasi disposizione legale o clausola contrattuale che escluda dalla copertura assicurativa eventuali danni causati dall'utilizzo o dalla guida di un veicolo da parte di una persona che non si sia conformata agli obblighi di legge di ordine tecnico concernenti le condizioni e la sicurezza del veicolo in questione, il che corrobora l'interpretazione suddetta.
- 48 Alla luce delle considerazioni sopra esposte, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103 deve essere interpretato nel senso che rientra nella nozione di «circolazione dei veicoli», contemplata da tale disposizione, una situazione, come quella in discussione nel procedimento principale, nella quale un veicolo parcheggiato in un garage privato di un immobile, utilizzato in conformità della sua funzione di mezzo di trasporto, abbia preso fuoco, provocando un incendio avente origine nel circuito elettrico del veicolo stesso, e abbia causato dei danni a tale immobile, malgrado il fatto che detto veicolo non fosse stato spostato da più di 24 ore prima del verificarsi dell'incendio.

Sulle spese

- 49 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 (Seconda Sezione) dichiara:

L'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, concernente l'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e il controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità, deve essere interpretato nel senso che rientra nella nozione di «circolazione dei veicoli», contemplata da tale disposizione, una situazione, come quella in discussione nel procedimento principale, nella quale un veicolo parcheggiato in un garage privato di un immobile, utilizzato in conformità della sua funzione di mezzo di trasporto, abbia preso fuoco, provocando un incendio avente origine nel circuito elettrico del veicolo stesso, e abbia causato dei danni a tale immobile, malgrado il fatto che detto veicolo non fosse stato spostato da più di 24 ore prima del verificarsi dell'incendio.

CONTENZIOSO NAZIONALE

Maternità surrogata e doppia paternità: la non trascrizione di una sentenza straniera che riconosce il “secondo padre” (padre di intenzione, non biologico)

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI, SENTENZA 8 MAGGIO 2019 N. 12193

IN ALLEGATO: Gli atti defensionali dell’Avvocatura: I. Il ricorso per cassazione - II. La memoria alle Sezioni Unite.

Nella sentenza in rassegna, la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso del Procuratore generale presso la Corte d’Appello di Trento; ha respinto il primo motivo di ricorso proposto dal Ministero dell’Interno e dal Sindaco di Trento in qualità di Ufficiale di Governo (entrambi difesi dall’Avvocatura dello Stato) con il quale era stato eccepito l’eccesso di potere giurisdizionale; ha accolto il secondo e il quarto motivo del ricorso (attinenti alla legittimazione del Ministero dell’Interno e del Sindaco quale Ufficiale di Governo), il terzo motivo di ricorso (con il quale era stato eccepito il difetto di legittimazione attiva del padre intenzionale) e il quinto motivo di ricorso con il quale era stata eccepita la contrarietà all’ordine pubblico della trascrizione in Italia di un atto di nascita di minori nati all’estero da una coppia di due uomini, con la tecnica di procreazione medicalmente assistita (PMA) della maternità surrogata, che nel nostro ordinamento integra un reato, rigettando nel merito la domanda.

Le tre questioni di diritto affermate sono le seguenti:

“9.4. La prima questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite può dunque essere risolta con l'enunciazione dei seguenti principi di diritto:

«Il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano,

se non determinato da vizi formali, dà luogo ad una controversia di stato, da risolversi mediante il procedimento disciplinato dall'art. 67 della legge n. 218 del 1995, in contraddittorio con il Sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile, ed eventualmente con il Ministero dell'interno, legittimato a spiegare intervento nel giudizio, in qualità di titolare della competenza in materia di tenuta dei registri dello stato civile, nonché ad impugnare la relativa decisione».

«Nel giudizio avente ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, il Pubblico Ministero riveste la qualità di litisconsorte necessario, ai sensi dello art. 70, primo comma, n. 3 cod. proc. civ., ma è privo della legittimazione ad impugnare la relativa decisione, non essendo titolare del potere di azione, neppure ai fini dell'osservanza delle leggi di ordine pubblico»».

“12.3. La seconda questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite può quindi essere risolta con l'enunciazione del seguente principio di diritto:

«In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»».

“13.4. L'ultima questione sottoposta all'esame di queste Sezioni Unite può dunque essere risolta mediante l'enunciazione del seguente principio di diritto:

«Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo

al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983»”.

*Wally Ferrante**

CT. 9037/17 Avv. Ferrante

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE
RICORSO PER CASSAZIONE

Per il MINISTERO DELL'INTERNO (C.F. 80014130928), in persona del Ministro pro tempore e per il SINDACO DEL COMUNE DI TRENTO, in qualità di Ufficiale di Governo, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587) per il ricevimento degli atti, FAX 06/96514000 e PEC ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it presso i cui uffici sono per legge domiciliati in Roma, via dei Portoghesi 12

Contro

(..) e (..), entrambi in proprio e quali rappresentanti dei minori (..) e (..) nati entrambi in Ontario (Canada) il (..), rappresentati e difesi dall'Avv. Alexander Schuster ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in Trento, 38122, via Cesare Abba, 8

E NEI CONFRONTI

Del PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE D'APPELLO DI TRENTO, domiciliato per la carica a Trento, 38122, Largo Pigarelli, 1

PER LA CASSAZIONE

dell'ordinanza della Corte d'Appello di Trento n. 87 del 23.2.2017, comunicata il 23.2.2017 e notificata il 24.2.2017.

FATTO

Con atto notificato al sindaco del Comune di Trento, quale ufficiale di Governo, presso l'Avvocatura dello Stato in Trento in data 26 luglio 2016, i ricorrenti in epigrafe indicati hanno adito la Corte d'appello di Trento ai sensi dell'articolo 67 L. n. 218/1995, contestando il diniego di trascrizione loro opposto dal medesimo Sindaco del Comune di Trento in ordine al provvedimento di volontaria giurisdizione del 12 gennaio 2011 con il quale il giudice canadese ha dichiarato che il sig. (..) è *“un padre”* - ossia il secondo padre - dei minori (..) e (..) il cui atto di nascita è stato a suo tempo regolarmente trascritto come figli riconosciuti dal padre (naturale) (..).

I ricorrenti chiedono quindi alla Corte di riconoscere l'efficacia nell'ordinamento giuridico del suddetto provvedimento giudiziale straniero e di ordinare all'ufficiale di stato civile del Comune di Trento di trascriverlo nell'atto di nascita dei minori (..) e (..).

Come viene evidenziato nello stesso ricorso introduttivo, i sigg.ri (..) e (..) formano da tempo una coppia omosessuale e hanno, peraltro, contratto matrimonio in Canada, secondo il diritto ivi vigente, in data 2 dicembre 2008.

Ricorrendo alle possibilità offerte dalla legge canadese in materia di procreazione medica assistita, essi hanno poi ricercato e rinvenuto in quel Paese, nel 2009, una *“donna donatrice*

(*) Avvocato dello Stato, assegnataria della causa in cassazione.

di ovociti e una donna disposta a sostenere una gravidanza per altri”, da cui sono nati il (..) due gemelli dei quali cui, in base alla legge canadese, fu riconosciuto da apposito provvedimento che *“padre e unico genitore era il ricorrente (..)”*.

In tal senso vennero quindi formati - in Canada - gli atti di nascita dei due minori quali figli del padre (..) e come tali regolarmente trascritti nei registri dello stato civile del Comune di Trento.

Successivamente il sig. (..), partner del padre dei menzionati minori, ha chiesto ed ottenuto dal giudice canadese il provvedimento di cui si discute in questa sede e che lo dichiara, sostanzialmente, **secondo padre** dei suddetti minori e di cui, come si è visto, pretende il riconoscimento in Italia ai fini della trascrizione negli atti dello stato civile del Comune di Trento.

Va precisato che è del tutto incontestato che non sussiste alcuna relazione genetica tra il sig. (..) e i minori in questione, che sono invece discendenti biologici del partner (..) e inseriti nella loro vita di coppia e familiare.

I ricorrenti dichiarano inoltre di rifiutare qualsiasi soluzione adottiva e pretendono invece che l'ordinamento italiano, mediante la trascrizione nei registri dello stato civile del contestato provvedimento del giudice canadese, attribuisca al sig. (..) - a tutti gli effetti giuridici - la **piena qualifica di padre** dei suddetti minori, **in aggiunta** al padre biologico già come tale registrato negli atti di nascita registrati presso il Comune di Trento.

Tale richiesta, come accennato, è stata rigettata dall'ufficiale dello stato civile di Trento con la corretta motivazione che essa **contrasta con l'ordine pubblico**.

L'Avvocatura dello Stato si costituiva in giudizio per il Ministero dell'Interno depositando comparsa di intervento e di costituzione, con la quale contestava ogni avversa pretesa.

Il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Trento interveniva nel giudizio eccependo il difetto di legittimazione del ricorrente (..) a rappresentare i minori e, conseguentemente, l'inammissibilità del ricorso in parte qua nonché l'incompetenza della Corte d'Appello adita relativamente all'opposizione al rifiuto di trascrizione dell'atto straniero da parte dell'Ufficiale di Stato Civile di Trento e concludeva per il rigetto nel resto del ricorso.

Con l'ordinanza in questa sede impugnata, la Corte d'appello di Trento, omettendo di pronunciarsi sull'eccezione di difetto legittimazione del ricorrente (..) a rappresentare i minori con conseguente inammissibilità del ricorso in parte qua, ha respinto l'eccezione di incompetenza della Corte d'Appello di Trento sollevata dal Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Trento, ha escluso che il Sindaco, quale Ufficiale di Governo, rivesta la posizione di parte nel procedimento, ha dichiarato inammissibile l'intervento del Ministero dell'Interno non ritenendo che lo stesso sia portatore di un interesse a contraddire nel presente giudizio e ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha riconosciuto l'efficacia nell'ordinamento giuridico italiano del provvedimento emesso in data 12 gennaio 2011 dalla Superior Court of Justice Ontario (Canada) laddove dichiara che *“un padre è (..) e figli sono (..) e (..), nati il (..) in Sarnia Ontario”*, compensando le spese di lite.

Avverso tale ordinanza, ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Trento con atto notificato il 16 marzo 2017.

Avverso la medesima ordinanza, le amministrazioni in epigrafe, propongono

RICORSO PER CASSAZIONE

Da valere come ricorso autonomo e come ricorso incidentale per i seguenti

MOTIVI

1) Difetto assoluto di giurisdizione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 1 c.p.c.

La Corte d'Appello di Trento ha riconosciuto un provvedimento giurisdizionale straniero che consente la trascrizione negli atti dello stato civile di una doppia paternità, senza che al-

cuna norma nell'ordinamento italiano lo consenta, con un intervento creativo che eccede i limiti della giurisdizione ed invade la sfera di discrezionalità politica del legislatore.

Orbene, non pare dubbio che - allo stato attuale dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico nazionale - non possa predicarsi l'ammissibilità di una ipotesi di trascrizione negli atti dello stato civile di una piena bigenitorialità omosessuale giuridicamente valida, così come stabilita dal provvedimento del giudice straniero in base alla legge di quello Stato.

L'ordinamento ha - progressivamente - riconosciuto ed esteso anche alle coppie omosessuali una serie di diritti in prospettiva antidiscriminatoria in vari settori, compresa la materia della genitorialità in senso lato, prospettiva che tuttavia - come è stato precisato sia dalla giurisprudenza costituzionale nazionale che dalle Corti internazionali (CEDU e CGUE) - non obbligatoriamente deve comportare una equiparazione perfetta e completa sotto ogni e qualsiasi profilo, soprattutto in materia familiare.

Per quanto concerne in particolare il tema della filiazione - che interessa in questa particolare sede - deve osservarsi che esso non coincide completamente con quello della genitorialità, potendosi avere (come in effetti vi sono) forme e condizioni giuridiche che, al di là della relazione derivante dalla discendenza biologica (sicuramente privilegiata, allo stato attuale, dall'ordinamento) riconoscono ed istituiscono un rapporto giuridico di responsabilità (oltre che di affettività) di tipo genitoriale.

L'ordinamento nel suo complesso appresta vari strumenti normativi che soddisfano l'esigenza di non discriminazione delle coppie omosessuali nei vari settori della vita, segnando tuttavia anche il limite che l'ordinamento stesso pone - o che comunque ritiene allo stato di voler mantenere fermo - alla equiparazione delle diverse situazioni socio-personali.

Cosa diversa dalla non discriminazione (che non si sostanzia necessariamente in qualsiasi differenza di trattamento) è invece una politica di favore e di sostegno che spetta esclusivamente al legislatore, nell'ambito di un processo democratico di valutazione, di scelta e di formazione della volontà normativa (come avvenuto recentemente con la L. n. 76/2016), e **non al potere giudiziario.**

La Corte d'Appello di Trento ha, pertanto, superato il limite della propria giurisdizione integrando un **eccesso di potere giurisdizionale** per invasione della sfera delle attribuzioni riservata al legislatore, situazione che si ha - secondo **Cass. civ. Sez. Unite n. 20360/2013** - **quando il giudice applichi non la norma esistente bensì una norma da lui creata, esercitando una attività di produzione/abrogazione normativa estranea alla propria competenza** e, quindi, eccedente rispetto al compito interpretativo che gli è proprio di ricercare la *voluntas legis* applicabile al caso concreto.

Tanto vale anche in relazione alla giurisprudenza CEDU invocata ripetutamente dai ricorrenti in primo grado, la quale - come è noto - non è direttamente applicabile ad opera del giudice nazionale ma richiede semmai, in caso di ritenuto contrasto con norme o principi del "diritto vivente" interno, la rimessione alla Corte costituzionale in relazione all'articolo 117, comma 1 Cost.: v. C. Cost. nn. 348 e 349 del 2007.

Ciò in quanto, nel caso di specie non è comunque possibile una semplice "interpretazione convenzionalmente orientata" delle norme nazionali, senza incorrere - in realtà - nel sopra menzionato eccesso di potere giurisdizionale.

Senza considerare peraltro che la CEDU (v. da ultimo sentenza 19 febbraio 2013, ric. n. 19010/2007, Austria; v. anche Cass. I n. 12962/2016) non ha affatto affermato la completa e tassativa equiparazione delle coppie omosessuali in relazione a ogni e qualsiasi aspetto del diritto di famiglia, ammettendo - ad esempio - la legittimità di disparità fondate su "ragioni

serie” come, ad esempio, norme nazionali a tutela della “*famiglia tradizionale*” fondata, notoriamente, sulla diversità di sesso e sulla discendenza biologica.

L’ordinanza impugnata andrà pertanto annullata per difetto assoluto di giurisdizione.

2) Violazione delle norme sulla competenza ai sensi dell’art. 95 D.P.R. n. 396/2000 in relazione all’art. 360 n. 2 c.p.c. essendo competente il Tribunale - Incompetenza per grado.

L’ordinanza impugnata ha ritenuto che esclusivo oggetto del presente procedimento sarebbe il riconoscimento dell’efficacia nell’ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero con il quale si accerta che è stata instaurata una relazione di genitorialità fra (..) (padre) e (..) e (..) (figli) e **si ordina all’ufficiale di stato civile di “emendare” l’atto di nascita di questi ultimi cosicché (..) “sia aggiunto come genitore e risulti quale padre dei bambini”**. Secondo la Corte d’appello, la richiesta di cui al punto B delle conclusioni del ricorso: “*per gli effetti ordinare all’Ufficiale di Stato civile del Comune di Trento di trascrivere il suddetto provvedimento*” ai sensi dell’art. 28, comma 2 lett. e) non avrebbe invece natura di autonoma domanda ma si limiterebbe a mettere in luce le conseguenze che deriverebbero dalla richiesta pronuncia di riconoscimento e non introdurrebbe quindi davanti alla Corte d’appello un giudizio di opposizione al rifiuto dell’Ufficiale di Stato civile di trascrivere l’atto, “**giudizio che, come condivisibilmente sottolineato dal Procuratore Generale, vedrebbe competente non già questa Corte ma il Tribunale di Trento ex art. 95 del d.p.r. n. 396 del 2000**”.

Tale statuizione, direttamente connessa a quella attinente alla legittimazione ad intervenire nel presente giudizio - ed anzi ad esserne parte necessaria - del Sindaco del Comune di Trento quale Ufficiale di stato civile e, per esso, del Ministero dell’Interno, non può essere condivisa.

I ricorrenti presentavano richiesta di trascrizione ai sensi dell’art. 28, comma 2, lett. e) D.P.R. 396/2000, che si riferisce specificamente alle “*sentenze straniere e i provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione in materia di nascita*” e instauravano il presente giudizio per impugnare il rifiuto dell’ufficiale dello stato civile di procedere alla trascrizione del provvedimento giurisdizionale emesso in data 12 gennaio 2011 dalla Superior Court of Justice Ontario (Canada).

L’azione integra chiaramente un’opposizione al rifiuto di trascrizione, contro cui è proponibile ricorso giurisdizionale ex art. 95 del D.P.R. 396/2000, il quale stabilisce la competenza per tale giudizio del “*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*”.

Al riguardo, si evidenzia la contraddittorietà della condotta processuale delle controparti che, pur richiamando le norme in materia di trascrizioni di cui al suddetto D.P.R., non hanno poi seguito la specifica procedura ivi prevista.

In proposito, la Corte d’Appello assume che la domanda chiaramente formulata nelle conclusioni del ricorso introduttivo sub B, con la quale si chiede **espressamente** di ordinare all’Ufficiale di Stato civile del Comune di Trento di trascrivere il suddetto provvedimento giurisdizionale straniero negli atti di nascita dei due minori e **che costituisce peraltro il fulcro dell’interesse sostanziale fatto valere dagli odierni resistenti**, non avrebbe natura di “autonoma domanda”, ritenendo quindi di non dover provvedere sulla stessa - dando luogo quindi anche al vizio di *infra petita* che è semmai interesse degli odierni resistenti eccipire con ricorso incidentale - in quanto, asseritamente, si limiterebbe a mettere in luce le conseguenze che deriverebbero dal riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero.

È vero invece, ed emerge *per tabulas* dalla mera lettura del ricorso introduttivo, che oggetto del presente giudizio è **anche** l’opposizione al rifiuto dell’Ufficiale di Stato civile di trascrivere l’atto, senza il quale il presente giudizio non avrebbe avuto ragion d’essere.

Gli odierni resistenti, quindi, avrebbero dovuto impugnare innanzi al Tribunale il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di eseguire la trascrizione del richiamato provvedimento giurisdizionale straniero, come previsto dal predetto art. 95.

Ne deriva l'incompetenza per grado della Corte d'Appello adita con conseguente nullità della sentenza.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360, comma 1 n. 4 c.p.c. - infra petita.

Come si è accennato, la Corte d'Appello ha ommesso di pronunciarsi sull'eccezione di difetto legittimazione del ricorrente (..) a rappresentare i minori con conseguente inammissibilità del ricorso in parte qua.

La sentenza impugnata è pertanto affetta dal vizio di infra petizione e andrà per tale motivo annullata.

È evidente peraltro che (..) è privo di legittimazione a rappresentare i due minori ricorrenti in quanto, per l'ordinamento italiano, egli non è titolare della responsabilità genitoriale sui medesimi e, anzi, tale questione è proprio l'oggetto controverso del presente giudizio. Ne consegue che il ricorso introduttivo andrà dichiarato inammissibile in parte qua.

4) Violazione e falsa applicazione degli articoli 101 c.p.c. 702 bis c.p.c. e dell'art. 67 L. n. 218/1995 in relazione all'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c. - Violazione del principio del contraddittorio e della legittimatio ad causam.

La Corte d'appello, avendo erroneamente ritenuto inesistente la domanda sub B) delle conclusioni del ricorso introduttivo, come già dedotto nel secondo motivo del presente ricorso, ha conseguentemente affermato, contro ogni evidenza processuale, che **non verrebbe in considerazione, nel presente procedimento, l'interesse alla regolare tenuta dei registri dello stato civile** dedotto dal Ministero dell'Interno a sostegno dell'ammissibilità del proprio intervento, né rileverebbe la posizione di subordinazione del Sindaco, nella veste di Ufficiale di Stato civile, rispetto al Ministero dell'Interno.

La Corte ha inoltre contraddittoriamente escluso che il Sindaco, quale Ufficiale di Governo, rivesta la posizione di parte nel procedimento **benché il ricorso introduttivo sia stato formalmente notificato a quest'ultimo dai ricorrenti.**

Tali statuizioni non possono essere condivise in quanto errate e contraddittorie.

Orbene, gli stessi ricorrenti, a p. 7 del ricorso introduttivo affermano: *“Residua, quindi la questione circoscritta al profilo di legittimazione a contraddire dell'ufficiale di stato civile **in riferimento all'unica domanda proposta nel presente giudizio ad esso indirizzata: l'ordine di trascrizione in sé**”.*

La Corte d'Appello, peraltro, nel decreto di fissazione di udienza, ha espressamente assegnato il termine di 20 giorni per la notifica del ricorso e del pedissequo decreto alle eventuali parti controinteressate.

Ciò detto, si evidenzia che l'articolo 67 L. n. 218/1995, invocato nell'epigrafe del ricorso introduttivo, disciplina il caso di *“**mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento di volontaria giurisdizione**”* e, quindi, contempla necessariamente la **natura contenziosa** del procedimento che non può che avere necessariamente una **controparte**, la quale è da individuarsi evidentemente nel soggetto che **“non ottempera”** o **“contesta”**. Nel caso di specie il ricorso avverso è conseguito direttamente al **rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di riconoscere direttamente** il provvedimento straniero ai sensi dell'articolo 66 L. n. 218 ai fini della trascrizione sull'atto di nascita.

Ai sensi degli articoli 67 L. n. 218/1995 e 30 D.Lgs. n. 150/2011, il giudizio è regolato

dal **rito sommario di cognizione** ex articolo 702/bis c.p.c., che è un rito **necessariamente contenzioso**, sicchè la Corte ha **errato a considerarlo - sostanzialmente - di volontaria giurisdizione**, ossia in assenza di contraddittorio.

Ne risulta pertanto violato l'articolo 101 c.p.c. che sancisce il principio del contraddittorio.

La stessa ordinanza (v. pag. 8) mette in rilievo che la decisione di riconoscere il provvedimento straniero avrebbe come conseguenza, per l'appunto, l'obbligo dell'ufficiale dello stato civile di procedere alla relativa trascrizione.

Lo dichiara peraltro espressamente la stessa parte ricorrente, quale giustificazione del proprio interesse a ricorrere, nella premessa in fatto (pagg. 1-3 del ricorso).

Ciò precisato, il PM, evidentemente, non può essere considerato controparte dei ricorrenti (al posto del Ministero ovvero dell'Ufficiale dello stato civile), essendo semplice interveniente ai sensi dell'articolo 70, comma 1, n. 3 c.p.c.

Né può ritenersi, come ipotizzato dai ricorrenti, che vi sarebbe una duplicazione di parti processuali a tutela dello stesso interesse in quanto il Sindaco quale Ufficiale dello stato civile e per esso il Ministero dell'Interno è deputato **alla cura della corretta tenuta dei registri dello stato civile** mentre il Pubblico Ministero interviene ai sensi dell'art. 70 comma 1, n. 3 c.p.c. nelle **“cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone”**.

Entrambi, certamente, quali portatori dei suddetti interessi, debbono tener presente il limite dell'ordine pubblico, palesemente violato dalla Corte d'appello di Trento, come si vedrà nel quarto motivo di ricorso.

Il Sindaco del Comune di Trento, infatti, agendo come ufficiale dello stato civile, ha esercitato **funzioni di ufficiale di Governo** in materia anagrafica che, com'è noto, fa capo all'amministrazione dello Stato e, per esso, al Ministero dell'Interno (articolo 31 DPR n. 3/L/2005; articolo 54 D.Lgs. n. 267/2000; articolo 1 DPR n. 396/2000).

Quale titolare della funzione amministrativa esercitata dal Sindaco, il Ministero dell'Interno ha quindi un evidente *legittimatio ad causam* nel presente giudizio a difesa del provvedimento assunto dal primo nella sua veste di ufficiale di Governo e, in particolare, a sostegno di quello che esso ritiene il più corretto esercizio delle attribuzioni e degli adempimenti che la legge prevede in materia di stato civile.

Sul rapporto - in materia di adempimenti dello stato civile - tra il Sindaco e gli organi statali, si veda anche la recente sentenza Cons. Stato, III, n. 4899/2015.

Non sembra quindi poter sussistere alcun dubbio circa la sussistenza dell'interesse del deducente Ministero nel presente giudizio a sostegno delle ragioni della negata trascrizione del provvedimento giudiziale straniero per le **ragioni di contrarietà all'ordine pubblico** enunciate dal Sindaco nell'esercizio di quella specifica funzione di ufficiale di Governo.

Del tutto apoditticamente poi la Corte d'appello afferma (p. 10 dell'ordinanza) che il Ministero dell'Interno non potrebbe trarre argomenti contrari richiamando precedenti giurisprudenziali riguardanti procedimenti, asseritamente diversi (ed in realtà identici), **di opposizione al rifiuto di trascrizione del certificato di nascita estero negli atti dello stato civile (Cass. n. 19599 del 2016)**.

Invero, proprio tale precedente, riguardante situazione processuale di rifiuto da parte dell'ufficiale di stato civile di trascrivere un atto di nascita estero negli atti dello stato civile (sebbene diverse sono le circostanze in fatto, come si vedrà) dovrebbe al contrario confortare la piena legittimazione del Ministero ad essere parte, e parte necessaria, del presente procedimento, come dimostra il fatto che in quella sentenza, emessa all'esito di due distinti ricorsi per cassazione proposti dal Procuratore Generale e dal Ministero dell'Interno, non sono stati

mai ed in alcun modo messi in discussione l'interesse e la legittimazione del Ministero dell'Interno ad essere parte del giudizio e ad impugnare una decisione ritenuta violativa delle norme in materia di tenuta dei registri dello stato civile.

5) Violazione e falsa applicazione degli artt. 16 e 65 della legge n. 218 del 1995; 18 D.P.R. n. 396 del 2000 e 5 e 12, commi 2 e 6 della legge n. 40 del 2005 in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.

La Corte d'Appello ha affermato che nella valutazione di compatibilità dell'atto straniero con l'ordine pubblico, il giudice deve verificare l'esigenza di tutelare diritti fondamentali quali l'interesse superiore del minore che, nel caso di specie, si sostanzia nel diritto del minore di conservare lo status di figlio riconosciuto in un atto validamente formato in un altro Stato.

La sentenza impugnata viola l'art. 16 della legge n. 218 del 1995 secondo il quale la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico, l'art. 65 della medesima legge a norma del quale hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia purché non siano contrari all'ordine pubblico e l'art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000 in base al quale gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico.

Il limite dell'ordine pubblico è posto, quindi, dal legislatore quale barriera all'entrata nel nostro ordinamento di qualsivoglia provvedimento straniero che si ponga in contrasto con lo stesso.

Considerata dunque la sua preminente funzione, il problema che si pone ogni qual volta venga in rilievo il concetto di ordine pubblico, e che si pone di centrale importanza anche ai fini della risoluzione del caso di specie, è comprendere quale contenuto riconoscere allo stesso ed entro quali limiti esso sia destinato ad operare, precludendo l'applicazione di provvedimenti e norme straniere con esso in contrasto.

Solo la risposta ad un tale quesito è, infatti, in grado di far comprendere se, in un caso *sui generis* come quello di specie, un atto di nascita, quali quelli dei minori resistenti, attestante l'attribuzione agli stessi di una doppia paternità, possa legittimamente trovare ingresso nel nostro ordinamento o se ciò sia assolutamente precluso.

Nella soluzione accolta dal giudice *a quo* nella sentenza oggi *sub iudice*, il contenuto attribuito al concetto di ordine pubblico è stato, ad avviso di questa difesa, eccessivamente ampliato al punto tale da consentire di addivenire alla conclusione di ritenere perfettamente conforme con lo stesso la trascrizione degli atti di nascita dei minori resistenti.

Una simile conclusione non può essere condivisa.

È evidente infatti che l'accoglimento di un'interpretazione così estensiva della nozione di ordine pubblico come quella fornita nel caso di specie dalla Corte d'Appello di Trento, finirebbe per svuotare di ogni significato la stessa norma con la quale quel limite è stato introdotto dal legislatore italiano, rendendola assolutamente inutile e superflua.

Come già sottolineato, invero, lo scopo precipuo della norma con la quale il legislatore impedisce la trascrizione di atti esteri contrari all'ordine pubblico è quello di **salvaguardare quell'insieme di principi e valori ritenuti fondamentali nel nostro ordinamento al punto da essere considerati parte integrante e imprescindibile del sostrato giuridico nazionale.**

Si tratta dunque di quei principi immanenti nel nostro patrimonio giuridico tali per cui la tutela degli stessi **impone di precludere ogni efficacia** ai provvedimenti o alle norme straniere che con essi si pongano in contrasto.

Ciò premesso, è senz'altro vero che codesta Corte, in alcune precedenti pronunce, nel delineare il contenuto della nozione di ordine pubblico, ne abbia escluso un'interpretazione eccessivamente restrittiva, affermando che *“nell'ambito del diritto internazionale privato la nozione*

di ordine pubblico, in forza della quale deve disapplicarsi la norma dell'ordinamento straniero contrastante con essa, non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'ordinamento interno, racchiudendo i principi fondamentali della Costituzione ovvero quegli altri principi che rispondono all'esigenza universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, la cui lesione determina uno stravolgimento dei valori fondanti dell'ordinamento. In sostanza, con l'espressione "ordine pubblico internazionale" deve intendersi quel complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, o comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo" (Cass. civ. Sez. III, 22 agosto 2013, n. 19405).

Al contempo, però, non può non considerarsi che, in una recente sentenza pronunciata in materia di maternità surrogata, codesta Corte abbia meglio chiarito il significato da attribuire a tale concetto, specificando che *"È certamente esatto che l'ordine pubblico non si identifica con le semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico; è invece inesatto che tali principi si identifichino, come sostengono i ricorrenti, con "i valori condivisi della comunità internazionale che il prudente apprezzamento del Giudice non può trascurare, armonizzandoli con il sistema interno". L'ordine pubblico internazionale, infatti, è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili"* (Cass. civ. Sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001).

Alla luce di ciò è di centrale importanza considerare che, in materia di filiazione, non può negarsi l'esistenza, nel nostro ordinamento, di principi "fondamentali" e "irrinunciabili", "superabili" soltanto con un diverso approccio legislativo interno e non scardinabili dall'esistenza, in altri Paesi, di discipline legislative rappresentative di principi diversi e contrari.

In materia, invero, il concetto di ordine pubblico si sostanzia di tutta una serie di previsioni a livello codicistico e legislativo che, nel caso in oggetto, verrebbero evidentemente violate, svuotando di tenuta i loro principi ispiratori.

Tra questi, un principio fondamentale è senza dubbio quello inerente **la nozione di filiazione** che il nostro ordinamento intende esclusivamente **quale discendenza da persone di sesso diverso**.

Principio, questo, chiaramente desumibile dalle norme inderogabili dettate dal legislatore in materia di filiazione dalle quale si deduce l'imprescindibilità della differenza di sesso tra i genitori quale requisito indispensabile per il riconoscimento di un rapporto di filiazione tra gli stessi e un terzo soggetto.

A fronte di tale principio è dunque di tutta evidenza la contrarietà all'ordine pubblico di un atto di nascita, quali quelli dei minori odierni resistenti, attestanti l'esistenza di un rapporto di filiazione tra i medesimi e due soggetti dello stesso sesso.

D'altro canto, non può negarsi che tale principio, per l'importanza che ad esso è stata attribuita, abbia significativamente influito su tutta la legislazione nazionale nel tempo dettata in materia di filiazione, **tra cui anche quella specificamente rilevante nel caso di specie concernente le differenti tecniche di fecondazione assistita**.

Come noto, infatti, in materia di fecondazione assistita il legislatore nazionale ha posto un chiaro limite di carattere soggettivo alla possibilità di accedere alle suddette tecniche, prevedendo espressamente all'art. 5 della L. 40/2004 che *"possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi"*.

È evidente che un tale limite altro non è se non palese espressione di quel principio, an-

cora oggi pienamente attuale e consolidato nel nostro ordinamento, che intende la filiazione quale discendenza da persone di sesso diverso.

Né assume rilevanza al riguardo la recente pronuncia della Corte costituzionale (n. 162 del 2014) con cui è stato dichiarato illegittimo il divieto all'utilizzo di tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo di cui all'art. 4, comma 3 della L. 40/2004.

Sebbene, infatti, tale divieto sia stato oggi eliminato, nulla è mutato quanto ai requisiti soggettivi richiesti per l'accesso alle suddette tecniche dal summenzionato art. 5.

Tale norma continua, infatti, a trovare piena applicazione anche dopo la dirompente novità introdotta dalla sentenza della Corte costituzionale, **consentendo l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita - oggi anche eterologa - ma alle sole coppie di sesso diverso.**

La sentenza costituzionale richiamata non può dunque in alcun modo incidere sulla situazione sottesa al caso degli odierni resistenti, dal momento che, ad oggi, nel nostro ordinamento, non può considerarsi legittimo il tipo di fecondazione assistita dagli stessi praticata in un altro Stato in quanto riguardante coppia di persone dello stesso sesso.

A conferma di ciò, il co. 2, dell'art. 12 della L. 40/2004, continua a prevedere l'irrogazione di sanzioni a carico di *“chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero **che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi**”*.

Per quanto riguarda la **surrogazione di maternità**, l'art. 12, comma 6 della L. n. 40/2004 punisce addirittura con la reclusione chiunque, in qualsiasi forma la realizzi.

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita cui sono ricorsi gli odierni resistenti **integra quindi una fattispecie di reato nel nostro ordinamento**, avendo il legislatore ritenuto contrario ai principi di tutela della dignità della donna le c.d. pratiche di affitto (o prestito) dell'utero.

Né tantomeno il fatto in sé che l'utilizzo di tali tecniche da parte di coppie composte da individui dello stesso sesso sia prevista e tutelata nelle discipline legislative di altri Paesi può in alcun modo mutare i termini della questione, incidendo sulla diversa disciplina dettata in materia dal legislatore nazionale.

In forza, dunque, della legislazione attualmente vigente nel nostro ordinamento e dell'intangibile principio ad essa sotteso concernente la nozione di filiazione quale discendenza da persone di sesso diverso, **non può negarsi la palese contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di un atto di nascita, quali quelli oggetto del presente giudizio, che riconoscano ad un soggetto una duplice paternità.**

Conviene, inoltre, evidenziare che non appare pertinente al caso di specie la giurisprudenza richiamata dalla Corte d'appello.

Si è già messo in rilievo, prima di tutto, che in **nessuna** delle pronunce della CEDU si postula la **piena ed integrale** equiparazione delle coppie omosessuali al trattamento normativo riservato alla c.d. “famiglia tradizionale” basata sulla diversità di sesso dei *partners* e sulla **natura biologica della filiazione.**

Le pronunce menzionate dalla Corte d'appello, infatti, riguardano sostanzialmente quasi esclusivamente l'applicazione dell'istituto della **adozione** e, dunque, il rapporto di **genitorialità civile.**

Anche le sentenze d'appello richiamate, a loro volta, trattano fundamentalmente dell'estensione alle coppie omosessuali degli istituti previsti dalla legge italiana in materia di **adozione**, ed in particolare di quella contemplata agli articoli 44 segg. L. n. 184/1983 (v. C. App. Napoli 5 aprile 2016; Trib. minorenni Roma 23 dicembre 2015; Cass. civ. I n. 12962/2016).

Quanto al caso deciso dalla Corte di cassazione con la citata sentenza n. 19599/16, si deve - da un lato - rimarcare che essa riguardava direttamente una ipotesi di diniego della trascrizione dell'atto di nascita del minore (atti che invece nel caso nostro risultano **già regolarmente trascritti** in capo ai minori ed al padre biologico (..)) e - dall'altro lato - sottolineare la **peculiarità del caso di specie** e delle **conseguenze personali negative** che il rifiuto della trascrizione comportava per il minore in questione.

A parte la considerazione che nel suddetto caso l'una delle due *partners* aveva donato gli ovuli e l'altra aveva portato avanti la gravidanza, la Corte - discutendosi per l'appunto della trascrizione dello stesso atto di nascita - ha tenuto in considerazione non (tanto) le esigenze di "genitorialità" della copia, ma piuttosto **l'interesse esclusivo del minore** interessato.

La Corte ha infatti evidenziato che la mancata trascrizione dell'atto di nascita (ché, come osservato, di ciò si trattava, **diversamente** dal caso oggi in discussione) avrebbe limitato e compresso il diritto all'identità personale del minore e "*il suo status nello Stato Italiano*" e avrebbe inoltre comportato che sul territorio italiano il minore non avrebbe avuto "*alcuna relazione parentale*" né con la madre genetica (donatrice dell'ovulo e cittadina italiana) né con i parenti della stessa.

Inoltre, posto che le ricorrenti si erano divorziate (in Spagna) e che ad entrambe le parti era stata affidata la condivisione della responsabilità genitoriale, il minore in questione "*non avrebbe un esercente la responsabilità genitoriale e nessuno potrebbe esercitarne la rappresentanza con riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche, ricreative... etc.*" e sarebbe **privato della cittadinanza italiana** che gli deriverebbe *iure sanguinis* dalla madre italiana.

Appare del tutto **evidente la differenza** rispetto al caso che forma oggetto della presente controversia, nella quale - ripetiamo - **non** si discute della trascrizione dell'**atto di nascita** (regolarmente avvenuta nel 2010 secondo le **risultanze** del certificato a suo tempo rilasciato in Canada), bensì della pretesa del sig. (..) di essere trascritto negli atti dello stato civile come **(secondo) padre** dei minori in questione per il solo fatto della sua relazione di coppia con il padre degli stessi e del loro inserimento nella vita familiare.

L'esigenza di tutelare l'interesse superiore del minore che poteva quindi ritenersi preminente nel caso deciso da codesta Suprema Corte con la sentenza n. 19599/16 non può essere invocato nella fattispecie in cui i minori sono già cittadini italiani e già risultano figli del padre biologico (..) dagli atti dello stato civile.

Deve osservarsi, peraltro, che l'accoglimento della pretesa del resistente (..), ed il suo riconoscimento come "pieno padre" dei minori ai sensi delle norme del codice civile in materia di filiazione, comporta altresì che si instaurino tra i suoi parenti e i minori in parola dei **veri e propri rapporti di parentela** ai sensi degli **articoli 74 segg. c.c.**, con tutto ciò che ne consegue, ad esempio, sotto il **profilo successorio** o dei **Doveri di assistenza**.

Non pare quindi che i richiami giurisprudenziali operati dalla Corte d'Appello possano assumere valore di precedente ai fini del **caso odierno** a sua volta del tutto **peculiare**.

La presente vicenda non può essere fondatamente affrontata, sotto il profilo della ricostruzione dei principi fondamentali che reggono la materia della **filiazione** (in senso stretto) e più in generale della **genitorialità** in senso più ampio - e dunque ai fini dell'individuazione dei connessi **limiti di ordine pubblico** che si frappongono al riconoscimento nell'ordinamento italiano della **piena qualifica giuridica del (..) di padre** dei minori in aggiunta al **già esistente** padre biologico - senza prendere in considerazione la recente **L. n. 76/2016** che ha regolato, tra le altre, le **"unioni civili tra persone dello stesso sesso"**.

Orbene, è vero che la legge ha - da un lato - operato un'ampia estensione dei diritti e dei

doveri connessi con l'istituto del matrimonio a tale nuova tipologia di vita familiare, stabilendo (all'articolo 1, comma 20) che *“al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti ed il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le **disposizioni che si riferiscono al matrimonio** e le disposizioni **contenenti le parole «coniuge» o termini equivalenti**, ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, **si applicano anche ad ognuna** delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.”*

Ma è altrettanto vero che la medesima disposizione precisa, tuttavia, che tale estensione *“**non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente** nella presente legge, nonché alle **disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983 n. 184**. Resta **fermo** quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”*.

Il successivo comma 26, comma 1, lettera b) dispone poi *“**L'applicazione della disciplina dell'unione civile** tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano **contratto all'estero matrimonio**, unione civile o altro istituto analogo”,* con ciò evidenziando che nell'ordinamento nazionale la posizione delle parti **non potrà comunque andare oltre** i limiti segnati dalla disciplina sulle unioni civili.

Ebbene, la L. n. 76/2016 configura il punto di equilibrio cui è - attualmente - giunto l'ordinamento italiano nel **bilanciamento** tra i vari istituti del diritto familiare, dal quale non si può prescindere quando si tratta di verificare quella linea di demarcazione rappresentata dalla clausola generale della *“**contrarietà all'ordine pubblico**”* che pone un argine alla **riconoscibilità** in Italia di provvedimenti giudiziari stranieri e da intendersi come **complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico**.

Ebbene, il legislatore della L. n. 76/2016, laddove esplicitamente ha voluto - da un lato - circoscrivere l'applicazione alle unioni civili delle sole norme del codice civile **espressamente richiamate** e - dall'altro - ha **escluso** l'applicabilità alle stesse delle disposizioni della L. n. 184/1983, mantenendo fermo unicamente quanto già consentito dalle norme vigenti in materia di adozione, ha chiaramente segnalato all'interprete che:

a) **non si applicano** ai rapporti familiari tra persone dello stesso sesso, tra l'altro, le **norme sulla filiazione** di cui agli **articoli 231 segg.** del codice civile e le disposizioni di carattere attuativo **strettamente connesse**, tra cui - primariamente e necessariamente - quelle in materia di stato civile;

b) i soggetti uniti in unione civile tra persone dello stesso sesso possono in materia di adozione beneficiare unicamente delle disposizioni già ritenute a loro applicabili a *“**legislazione invariata**”*.

Con la previsione ulteriore che gli eventuali **matrimoni omosessuali** contratti all'estero, perché ivi consentiti dalla legge del Paese, avranno automaticamente in Italia la disciplina e la rilevanza giuridica dell'**unione civile** tra persone dello stesso sesso, si **esclude** a sua volta che possa (attualmente) trovare ingresso nel nostro ordinamento una **equiparazione piena ed integrale con il matrimonio** (e dunque con la c.d. “famiglia tradizionale”).

E da tanto discende altresì che le persone dello stesso sesso che abbiano contratto matrimonio all'estero, non solo non potranno invocare la sua trascrizione come tale negli atti dello stato civile, ma non potranno nemmeno pretendere l'estensione delle **norme sulla filiazione e sulla responsabilità genitoriale** che nell'ordinamento nazionale derivano per l'ap-punto - direttamente o indirettamente - dal **matrimonio**.

Orbene, emerge chiaramente dalle **norme codicistiche sulla filiazione** che nell'ordina-

mento italiano ai fini della definizione del concetto giuridico di **padre** assume rilievo decisivo l'elemento della **discendenza genetica**.

Ne sono palese dimostrazione le norme del codice civile in materia di reclamo dello stato di figlio (articolo 230 c.c.), di contestazione dello stato di figlio (articolo 240 c.c.), di disconoscimento della paternità (articolo 243/bis c.c.), di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (articolo 263 c.c.) e di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità (articolo 269 c.c.), dalle quali emerge che l'ordinamento considera fondamentale ed essenziale come substrato sostanziale dell'attribuzione giuridica della paternità il **rapporto genetico** di discendenza quale **fatto oggettivo accertabile** in sede giudiziale (e, come noto, sulla base di ormai incontrovertibili indicatori scientifici).

L'assunzione della posizione giuridica di **padre**, in altri termini, è nel nostro ordinamento essenzialmente di carattere oggettivo-genetico e non, invece, volitivo-negoziale: di qui, ad esempio, anche la possibilità della impugnazione del riconoscimento (atto di per sé sicuramente volontario) per difetto di veridicità.

Ne segue altresì, sul piano logico-giuridico, che tale posizione giuridica assume - nel nostro ordinamento - altresì i caratteri della **esclusività**, nel senso che, per l'appunto, non vi possono essere **due padri** aventi rispetto al figlio quella **medesima piena relazione giuridica** (alla cui certificazione pubblica sono funzionalmente destinati, tra gli altri, gli atti dello stato civile).

Ed è proprio ciò che invece ha affermato la Corte d'Appello (in relazione alla posizione del sig. (...)) **in contrasto** con il ricordato **principio fondamentale** del nostro ordinamento (peraltro comune a quello della maggior parte degli altri ordinamenti) integrante un **limite di ordine pubblico**.

Cosa del tutto diversa è, invece, l'estensione del **concetto di genitorialità** inteso come **responsabilità e capacità di cura** degli interessi materiali e morali del minore e come **relazione affettiva-familiare** con lo stesso.

L'ordinamento conosce una serie di istituti che consentono di **disgiungere** - ove necessario - la situazione della **paternità/maternità** (come derivante dalla filiazione basata sulla discendenza genetica) da quella della genitorialità (intesa come rapporto familiare di cura e di affettività).

Ne segue che **non è indispensabile** al fine dell'instaurazione di un rapporto di **genitorialità** che tra i soggetti intercorra necessariamente una **relazione di paternità** come intesa nel nostro ordinamento e nella generalità degli ordinamenti stranieri (così come **non è sufficiente** per aversi un rapporto di genitorialità la presenza di una **mera relazione di paternità**, come dimostrano i vari istituti di protezione presenti nel diritto minorile).

Si deve perciò concludere che il riconoscimento del provvedimento del giudice canadese che, di conseguenza, comporta che il sig. (...) sia iscritto negli atti dello stato civile quale (**secondo**) **padre** dei minori (...) e (...) **già figli**, ai sensi dell'atto di nascita regolarmente trascritto, del **padre** (...), sia **contrario all'ordine pubblico**.

Non vi è dubbio infatti che un margine di apprezzamento debba essere riconosciuto ai singoli Stati in una materia tanto delicata e problematica, quale quella del riconoscimento di un rapporto di filiazione tra un soggetto e due individui dello stesso sesso, proprio in virtù dei diversi principi e valori che possono caratterizzare ed ispirare i vari ordinamenti interni.

Principi che, fino a quando continueranno ad essere considerati i pilastri fondanti di un determinato patrimonio giuridico nazionale, dovranno essere preservati, impedendo l'ingresso nello stesso di norme e provvedimenti stranieri che con essi si pongano in conflitto.

P.T.M.

L'Amministrazione in epigrafe chiede che la Suprema Corte adita, in accoglimento del presente ricorso, voglia dichiarare il difetto assoluto di giurisdizione e, in subordine voglia dichiarare la nullità dell'ordinanza impugnata e, in ulteriore subordine, voglia annullarlo, con ogni conseguente statuizione anche in ordine alle spese di lite.

Ai fini della prenotazione a debito, si dichiara che la presente causa è esente dal contributo unificato ai sensi dell'art. 10, comma 1, del D.P.R. 30.5.2002, n. 115.

(...)

Roma, 22 aprile 2017

Wally Ferrante
Avvocato dello Stato

CT. 9037/17 Avv. Ferrante

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI
R.G. 10101/17- UDIENZA 6.11.2018
MEMORIA

Per il MINISTERO DELL'INTERNO (C.F. 80014130928), in persona del Ministro pro tempore e per il SINDACO DEL COMUNE DI TRENTO, in qualità di Ufficiale di Governo, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587) per il ricevimento degli atti, FAX 06/96514000 e PEC ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it presso i cui uffici sono per legge domiciliati in Roma, via dei Portoghesi 12

ricorrenti

Contro

(..) e (..), entrambi in proprio e quali rappresentanti dei minori (..) e (..) nati entrambi in Ontario (Canada) il (..), rappresentati e difesi dall'Avv. Alexander Schuster ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in Trento, 38122, via Cesare Abba, 8

resistenti

E NEI CONFRONTI

Del PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE D'APPELLO DI TRENTO, domiciliato per la carica a Trento, 38122, Largo Pigarelli, 1

ricorrente

PER LA CASSAZIONE

dell'ordinanza della Corte d'Appello di Trento n. 87 del 23 febbraio 2017, comunicata il 23 febbraio 2017 e notificata il 24 febbraio 2017.

** * * *

La presente causa riguarda la richiesta di trascrizione in Italia di un atto di nascita di due gemelli - nati con la tecnica di procreazione medicalmente assistita della maternità surrogata - formato in Canada recante l'indicazione di due padri.

Nel richiamare integralmente quanto già dedotto con il ricorso per cassazione e con la memoria in data 30 dicembre 2017, si intende con la presente memoria approfondire le questioni giuridiche sottoposte all'attenzione delle Sezioni Unite di codesta Suprema Corte a seguito dell'ordinanza interlocutoria della prima sezione civile del 22 febbraio 2018, n. 4382.

Con detta ordinanza, la prima sezione della Corte di cassazione ha chiesto la rimessione alle Sezioni Unite Civili per la soluzione delle questioni di massima di particolare importanza attinenti: 1) alla legittimazione ad impugnare, nella materia *de quo*, del Ministero dell'Interno (essendo stata invece ritenuta sussistente quella del Sindaco quale Ufficiale di Governo) e del Procuratore Generale (punto 4.2); 2) alla estensione da attribuire alla nozione di "ordine pubblico" (punto 5.1); 3) alla sussistenza di un eccesso di potere giurisdizionale (punti 6 e 6.1).

1) Sulla legittimazione del Ministero dell'Interno e del Procuratore Generale:

1.1. Come si è accennato, con l'ordinanza interlocutoria n. 4382 del 2018, la Corte di cassazione ha ritenuto sussistente la legittimazione del Sindaco del Comune di Trento, affermando che: "venendo qui in rilievo il ruolo del Sindaco come Ufficiale dello Stato civile di quel Comune, per l'adempimento della richiesta di correzione dello *status familiae* di tutti i protagonisti di questa vicenda, ben si giustifica la notifica anche a Lui del ricorso introduttivo (indipendentemente dalla volontà che oggi i controricorrenti manifestano solo come <<*denuntiatio litis*>>) e il suo potere impugnatorio in Cassazione, per quanto Egli non si sia costituito nella fase di merito".

La legittimazione del Sindaco quale ufficiale di stato civile nella presente controversia deve pertanto ritenersi acquisita.

La prima sezione civile della Corte di Cassazione ha invece rimesso alla valutazione delle Sezioni Unite, trattandosi di questione di massima di particolare importanza, quella riguardante la legittimazione del Ministero dell'Interno e la legittimazione del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello.

Per quanto concerne il Ministero dell'Interno, nella predetta ordinanza interlocutoria si osserva correttamente, a fronte dell'esclusione di detta legittimazione da parte della Corte d'Appello di Trento: "ma è pur vero che il giudizio **deve assicurare anche l'interesse dell'organizzazione pubblica alla uniforme tenuta dei registri dello Stato civile delle persone** sicché al suo soddisfacimento non basta la legittimazione del Sindaco concretamente responsabile nel Comune ove la richiesta di annotazione abbia luogo **essendo ravvisabile anche uno specifico interesse del Ministero dell'Interno**, atteso che quest'ultimo, per ovvie ragioni (ossia la **indubbia polverizzazione della figura sindacale nell'ambito del territorio nazionale**), **ha interesse a dare direttive** e a conformare l'altrimenti spontanea iniziativa ed orientamento (variegato) di coloro che rivestono la carica".

Invero, la funzione amministrativa esercitata dal Sindaco quale ufficiale di Governo fa capo all'amministrazione dello Stato e, per esso, al Ministero dell'Interno (articolo 31 DPR n. 3/L/2005; articolo 54 D.Lgs. n. 267/2000; articolo 1 DPR n. 396/2000).

Pertanto, il Ministero dell'Interno si è costituito nel presente giudizio quale Amministrazione **titolare della funzione amministrativa statale** nell'ambito della quale è stato assunto l'atto di diniego del riconoscimento - ai fini della trascrizione nei registri dello stato civile - del provvedimento giudiziale straniero che forma oggetto del presente giudizio ex articolo 67 L. n. 218/1995.

Il Ministero è dunque ampiamente legittimato ad impugnare il provvedimento della Corte d'Appello per sostenere il proprio **interesse istituzionale ad un corretto esercizio della funzione amministrativa di cui è titolare in materia di stato civile ed al rispetto delle norme che vi presiedono.**

La particolare posizione istituzionale del Ministero dell'Interno nella materia dello stato civile trova peraltro preciso riscontro nella relativa disciplina normativa.

L'articolo 9, comma 1, DPR n. 396/2000 stabilisce espressamente che **"l'ufficiale dello**

stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'Interno"; a norma del successivo articolo 12 *"gli atti dello stato civile sono redatti secondo le formule e le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'Interno"*.

Al riguardo, le Sezioni Unite di codesta Suprema Corte hanno recentemente chiarito i termini del rapporto tra il Sindaco in qualità di ufficiale di stato civile e Ministero dell'Interno nella materia della tenuta dei registri di stato civile.

Con le sentenze del 27 giugno 2018, n. 16957 - 16958 e 16959, le Sezioni Unite hanno parzialmente respinto i ricorsi per cassazione delle parti private avverso le sentenze del Consiglio di Stato n. 4897-4898-4899 del 2015, in tema di trascrizione in Italia di matrimoni celebrati all'estero tra persone omosessuali.

In particolare, la Suprema Corte ha respinto il motivo di ricorso con il quale era stato eccepito l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore laddove il Consiglio di Stato aveva ritenuto legittima la Circolare del Ministro dell'Interno del 7 ottobre 2014, n. 10863 nella parte in cui aveva invitato i Prefetti ad annullare le trascrizioni dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso, effettuate dal Sindaco del Comune di Roma nella qualità di ufficiale di stato civile.

La Suprema Corte ricorda che il giudice di primo grado aveva negato al prefetto il potere di annullare d'ufficio la trascrizione di matrimoni di persone dello stesso sesso contratti all'estero, ancorché avesse considerato le trascrizioni stesse illegittime, e ciò sul rilievo che la potestà di annullamento sarebbe riservata in via esclusiva al giudice ordinario per effetto del combinato disposto degli artt. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000 e dell'art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000.

La Corte di cassazione rammenta inoltre che il Consiglio di Stato ha proceduto a verificare la fondatezza della tesi del Ministero appellante, per cui il potere gerarchico di sovraordinazione del prefetto al sindaco, quale ufficiale di governo delegato alla tenuta dei registri di stato civile comprenderebbe anche quello generale di autotutela sugli atti adottati *contra legem* dall'organo subordinato, dando a tale quesito, sulla base di una ricostruzione normativa e sistematica variamente articolata, risposta affermativa.

In proposito, affermano le Sezioni Unite: *"quella posta in essere dal Consiglio di Stato costituisce, ad avviso del Collegio, null'altro che attività interpretativa, alla quale è estranea la pretesa di sostituirsi al legislatore per creare una regula iuris da applicare in una fattispecie non regolamentata. In particolare, il giudice amministrativo ha preso le mosse dall'art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000 che, sotto la rubrica "Attribuzioni del sindaco in materia di competenza statale", al comma 3, dispone che "Il sindaco, quale ufficiale del Governo, sovrintende, altresì, alla tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e agli adempimenti demandatigli dalle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica" e al comma 12 che "Il Ministro dell'interno può adottare atti di indirizzo per l'esercizio delle funzioni previste dal presente articolo da parte del sindaco". Ha poi osservato che la potestà di sovraordinazione dell'Amministrazione centrale sull'organo per legge delegato all'esercizio di una sua funzione si esplica per mezzo dell'assegnazione al Prefetto, che esercita istituzionalmente l'autorità del Ministero dell'interno sul territorio, dei poteri di vigilanza sulla tenuta degli atti dello stato civile (art. 9, comma 2, d.P.R. n. 396 del 2000) e di sostituzione al Sindaco, in caso di sua inerzia nell'esercizio di taluni compiti (art. 54, comma 11, d.lgs. n. 267 del 2000).*

*Ne ha quindi desunto che si tratta di un sistema coerente e coordinato di disposizioni **che configurano la relazione interorganica in questione come di subordinazione del sindaco al Ministero dell'interno, e, per esso, al prefetto, e che assoggettano, quindi, il primo ai poteri di direttiva e di vigilanza del secondo.** Con l'ulteriore precisazione che il potere di annullamento*

di atti dello stato civile adottati dal sindaco trova il proprio fondamento nelle funzioni di direzione (art. 54, comma 12, cit.), sostituzione (art. 54, comma 11, cit.) e vigilanza (art. 9, comma 2, d.P.R. n. 396 del 2000), trattandosi di potestà necessariamente implicata in tali funzioni”.

La Suprema Corte ha quindi concluso affermando che, *“il ragionamento sviluppato dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata lungi dal dare luogo alla creazione di una norma, con conseguente invasione della sfera di discrezionalità riservata al legislatore, integra esercizio di attività interpretativa che non deborda dall’ambito del potere attribuito al giudice”.*

Non può esservi perciò alcun ragionevole dubbio circa il fatto che la posizione che l’ordinamento assegna al Ministero dell’Interno nell’ambito della materia dello stato civile lo legittima ad impugnare il provvedimento oggetto del presente giudizio quale Amministrazione cui fa istituzionalmente e funzionalmente riferimento il sindaco quale ufficiale di Governo.

D’altronde giova mettere in rilievo che il Ministero dell’Interno è stato pacificamente parte nella veste di ricorrente nel giudizio deciso con la sentenza della Cassazione n. 19599/2016.

Tale precedente, riguardante il rifiuto da parte dell’ufficiale di stato civile di trascrivere un atto di nascita estero riportante due madri negli atti dello stato civile conforta la piena legittimazione del Ministero ad essere parte, e parte necessaria, del presente procedimento, come dimostra il fatto che in quella sentenza, emessa all’esito di due distinti ricorsi per cassazione proposti dal Procuratore Generale e dal Ministero dell’Interno, **non sono stati mai ed in alcun modo messi in discussione l’interesse e la legittimazione del Ministero dell’Interno ad essere parte del giudizio e ad impugnare una decisione ritenuta violativa delle norme in materia di tenuta dei registri dello stato civile.**

Deve pertanto concludersi nel senso che il Ministero dell’Interno, intervenuto nel giudizio di primo grado, sia parte necessaria del processo, al pari del Sindaco quale ufficiale di Governo, in quanto deputato dalla legge alla regolare tenuta dei registri dello stato civile.

*** **

1.2. Quanto alla legittimazione ad impugnare del Procuratore Generale presso la Corte d’Appello, l’ordinanza interlocutoria n. 4382 del 2018 afferma: “Così anche il P.G., a cui la Corte territoriale ha senza dubbio attribuito l’interesse ad essere presente nel giudizio instaurato, quello volto ad evitare che, nel nostro ordinamento giuridico, trovino ingresso provvedimenti contrari all’ordine pubblico in materia di stato delle persone; interesse direttamente tutelato dall’intervento del P.G. che, pur non imposto nella detta materia processuale (dopo l’abrogazione dell’art. 796 u.co. c.p.c., ad opera dell’art. 73 della L. n. 218 del 1995 sul DIP), sarebbe consentito dal tipo di controversia involgente lo stato delle persone e dei minori”.

Dopo aver richiamato il noto precedente delle Sezioni Unite n. 27145 del 2008 sul caso Englaro, con il quale la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione del P.G. presso la Corte d’Appello, la citata ordinanza interlocutoria ha precisato che “È pur vero che, ai **sensi dell’art. 73** (Attribuzioni generali del pubblico ministero), u. co., della legge di ord. giud. (R.D. n. 12 del 1941) **il PM <<ha pure azione diretta per fare eseguire ed osservare le leggi d’ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato>>**. L’esercizio di un tale potere, pertanto, riguarda proprio le <<leggi di ordine pubblico>> ed il loro novero da delimitare, sì che il problema, la cui soluzione si propone di rimettere all’esame delle Sezioni Unite civili di questa Corte, s’intreccia proprio con la discussione, ampiamente svolta in questa sede, in ordine al presunto contrasto del provvedimento dell’autorità giudiziaria canadese, di cui si è dato l’*exequatur*, con l’ordine pubblico interno”.

In realtà, tali affermazioni si fondano sull’equivoco, ampiamente alimentato dalle con-

troparti, che oggetto del presente giudizio sia (o sia solamente) la richiesta di exequatur della sentenza straniera, per la quale, a seguito dell'abrogazione degli artt. 796 e ss. c.p.c. sul procedimento di delibazione di sentenza straniera, ad opera della legge n. 219 del 1995 di riforma del diritto internazionale privato, il riconoscimento avviene *de plano* salvo che vi sia una contrarietà all'ordine pubblico interno.

Invero, come dedotto con il secondo motivo di ricorso per cassazione, oggetto del presente procedimento è anche (e soprattutto) **la richiesta di ordinare all'ufficiale di stato civile di "emendare" l'atto di nascita dei due minori cosicché (..) "sia aggiunto come genitore e risulti quale padre dei bambini", richiesta formalizzata al punto B delle conclusioni del ricorso introduttivo.**

I ricorrenti presentavano infatti richiesta di trascrizione ai sensi dell'art. 28, comma 2, lett. e) D.P.R. 396/2000, che si riferisce specificamente alle "*sentenze straniere e i provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione in materia di nascita*" e instauravano il presente giudizio per impugnare il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di procedere alla trascrizione del provvedimento giurisdizionale emesso in data 12 gennaio 2011 dalla Superior Court of Justice Ontario (Canada).

L'azione integra chiaramente un'opposizione al rifiuto di trascrizione, contro cui è proponibile ricorso giurisdizionale ex art. 95, comma 1 del D.P.R. 396/2000, in base al quale "*chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale di 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*".

Ai sensi del secondo comma della citata norma, "**Il Procuratore della Repubblica può in ogni tempo promuovere il procedimento di cui al comma 1**".

Si ricorda, al riguardo che gli atti di nascita dei due minori erano stati già trascritti nei registri dello stato civile del Comune di Trento con il nominativo del padre biologico e che oggetto del presente giudizio è la richiesta e il conseguente rifiuto dell'ufficiale di stato civile di **rettificare** detti atti di nascita aggiungendovi il nominativo di un secondo padre.

Appare evidente quindi che la pretesa azionata è perfettamente inquadrabile nell'azione di cui all'art. 95 D.P.R. 396/2000, **esperibile sia da chiunque vi abbia interesse (comma 1), sia dal pubblico ministero (comma 2).**

Al riguardo, si evidenzia la contraddittorietà della condotta processuale delle controparti che, pur richiamando le norme in materia di trascrizioni di cui al suddetto D.P.R., non hanno poi seguito la specifica procedura ivi prevista.

In proposito, la Corte d'Appello assume che la domanda chiaramente formulata nelle conclusioni del ricorso introduttivo sub B, con la quale si chiede **espressamente** di ordinare all'ufficiale di stato civile del Comune di Trento di trascrivere il suddetto provvedimento giurisdizionale straniero negli atti di nascita dei due minori e che **costituisce peraltro il fulcro dell'interesse sostanziale fatto valere dagli odierni resistenti**, non avrebbe natura di "autonoma domanda".

È vero invece, ed emerge *per tabulas* dalla mera lettura del ricorso introduttivo, che oggetto del presente giudizio è anche l'opposizione al rifiuto dell'ufficiale di stato civile di trascrivere l'atto, senza il quale la presente controversia non avrebbe avuto ragion d'essere.

Da quanto sopra, emerge chiaramente che non si tratta affatto di rivisitare l'orientamento enunciato dalle Sezioni Unite nella richiamata sentenza n. 27145 del 2008 in quanto in detta pronuncia la Suprema Corte aveva chiarito che "*il potere di impugnazione spetta al P.M.*

*presso il giudice 'a quo' solo contro le sentenze emesse nelle cause previste dall'art. 72, commi 3 e 4 c.p.c. **nonché in quelle che egli stesso avrebbe potuto proporre (art. 69 c.p.c.)**, non invece nelle cause in cui deve intervenire a pena di nullità, pur se relative allo stato e alla capacità delle persone, tenuto conto che il potere di impugnazione 'nell'interesse della legge' spetta solo al P.G., ai sensi dell'art. 363 c.p.c.'".*

Detto autorevole arresto conferma quindi che, nel caso di specie, **in cui il pubblico ministero può esercitare l'azione civile ai sensi del combinato disposto degli articoli 69 c.p.c. e 95, comma 2 D.P.R. n. 396/2000, allo stesso spetta anche il potere di impugnazione.**

Detta soluzione è suffragata sia dal citato precedente di codesta Suprema Corte n. 19599 del 2016, in caso del tutto simile a quello oggetto del presente giudizio (riguardante tuttavia due madri), che si è pronunciata sui due ricorsi per cassazione del Ministero dell'Interno e del Procuratore Generale della Corte d'Appello, dando per scontata la loro legittimazione ad impugnare, sia dalla sentenza di codesta Suprema Corte n. 12962 del 2016 in materia di *step child adoption* del figlio biologico di una donna da parte di altra donna, legata alla stessa da una relazione sentimentale e di convivenza, in cui la Suprema Corte si è pronunciata sul ricorso per cassazione del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Roma, anche quindi dando per scontata l'ammissibilità del ricorso medesimo sotto il profilo della legittimazione ad impugnare del P.G.

Ad ulteriore conforto del potere di azione del pubblico ministero nella materia *de quo*, si evidenzia che, con ricorso ex art. 95 D.P.R. 396 del 2000 del 27 luglio 2018, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma ha chiesto la rettificazione di un atto dello stato civile dal quale risulta che una minore, nata in Canada, è figlia di due padri: un cittadino italiano, padre biologico e un cittadino argentino, unito civilmente al padre biologico a Roma, per effetto della trascrizione dell'atto di nascita effettuata dal Sindaco del Comune di Roma nella qualità di ufficiale dello stato civile. Per la discussione del ricorso è stata fissata l'udienza del 12 dicembre 2018.

Deve concludersi pertanto nel senso che il potere di impugnazione del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello deriva dal fatto che trattasi di causa che lo stesso avrebbe potuto proporre ai sensi del combinato disposto degli articoli 69 c.p.c. e 95, comma 2 D.P.R. n. 396/2000, a prescindere quindi dal richiamo all'art. 73, u. co. R.D. n. 12 del 1941, ai sensi del quale il PM ha pure azione diretta per far eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato.

2) Sulla estensione da attribuire alla nozione di ordine pubblico:

Con l'ordinanza interlocutoria n. 4382 del 2018 la prima sezione di codesta Suprema Corte investe le Sezioni Unite del problema relativo alla estensione da attribuire al concetto di ordine pubblico, rinvenendosi sia un orientamento (**Cass. n. 19599 del 2016**) che attribuisce a tale nozione **un carattere più circoscritto**, attinente **"ai soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale** (e fra questi anche di quello relativo all'interesse superiore del minore, che avrebbero trovato riconoscimento e tutela nell'ordinamento internazionale e in quello interno), **non anche in base alle norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa** (quali ad es. la disciplina sulle unioni civili di cui alla legge n. 76 del 2016 o quella relativa alla fecondazione assistita, con i suoi divieti, di cui alla legge n. 40 del 2004), in materie connesse o direttamente implicate", sia un orientamento che sembra "avere in parte dissentito dal menzionato arresto di questa sezione, con una pronuncia (**n. 16601 del 2017**), resa a proposito della possibilità di dare ingresso in Italia anche a decisioni, contenenti statuizioni positivamente date, circa i <<danni punitivi>>, che non sono previsti dall'ordinamento italiano e che non corrispondono alla nostra tradizione giuridica".

La questione di diritto sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite consiste quindi nella determinazione del limite costituito dalla contrarietà dell'atto di trascrizione *de quo* all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 16 della legge n. 218 del 1995 secondo il quale la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico, dell'art. 65 della medesima legge a norma del quale hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia purché non siano contrari all'ordine pubblico e dell'art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000 in base al quale gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico.

In particolare nella citata pronuncia n. 19599/2016, la Corte di Cassazione ha ricostruito l'evoluzione del concetto di "ordine pubblico internazionale" nel senso che *"Il giudice deve avere riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera o alla correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano, bensì "ai suoi effetti" (come ribadito da Cass. n. 9483 del 2013), in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento. Si tratta di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari"*.

La nozione di ordine pubblico "ristretta" al rispetto dei valori costituzionali primari è stata fatta propria anche dalla sentenza della Corte di cassazione n. 14878 del 2017.

Quanto alla sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite n. 16601 del 2017, che avrebbe parzialmente dissentito da tale orientamento, si osserva che, al contrario, detta pronuncia sembrerebbe aver confermato l'accezione ristretta da assegnare al limite dell'ordine pubblico, tanto che non è stato giudicato *"ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi"*.

Tuttavia, va rimarcato che la citata sentenza si è occupata di un caso ben diverso attinente a **questioni meramente patrimoniali** - riguardante la compatibilità con l'ordine pubblico di sentenze straniere che condannino al pagamento dei c.d. danni punitivi di tradizione anglosassone - nonché all'estensione da attribuire alla nozione di **ordine pubblico processuale** ed ai connessi diritti all'equo processo, al diritto di difesa e al contraddittorio che, nella fattispecie in questione, non sono minimamente in discussione.

Il precedente citato deve pertanto ritenersi non del tutto conferente atteso che la nozione di ordine pubblico, laddove l'oggetto del contendere involga questioni attinenti ai diritti fondamentali della persona, quali il rapporto di filiazione e il rapporto di genitorialità, di cui non sfugge la portata eticamente sensibile, assume una valenza ben diversa e più pregnante, a difesa dei principi, dei valori e delle tradizioni etico-culturali di un Paese rispetto a quello che può assumere in relazione a controversie di natura meramente patrimoniale.

Più pertinente al caso di specie appare invece Cass, sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001 che, in materia di maternità surrogata, ha chiarito il significato da attribuire al concetto di ordine pubblico, specificando che *"È certamente esatto che l'ordine pubblico non si identifica con le semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico; è invece inesatto che tali principi si identifichino, come sostengono i ricorrenti, con "i valori condivisi della comunità internazionale che il prudente apprezzamento del Giudice non può trascurare, armonizzandoli con il sistema interno". L'ordine pubblico internazionale, infatti, è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; dunque non*

può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purchè fondamentali e (perciò) irrinunciabili”.

Alla luce di ciò, appare di centrale importanza considerare che, in materia di filiazione, non può negarsi l'esistenza, nel nostro ordinamento, di principi “fondamentali” e “irrinunciabili”, superabili soltanto con un diverso approccio legislativo interno e non scardinabili dall'esistenza, in altri Paesi, di discipline legislative rappresentative di principi diversi e contrari.

Invero, una nozione di ordine pubblico internazionale limitata alle sole disposizioni costituzionali o addirittura ai valori costituzionali primari ed alle norme dei trattati internazionali **non ha alcuna base normativa espressa**.

Si tratta, invero, di una definizione **estremamente riduttiva** della nozione di ordine pubblico, che lo fa praticamente coincidere - esclusivamente - con l'**illegittimità costituzionale** della norma straniera da applicare ad opera del giudice nazionale o in base alla quale è stato adottato il provvedimento di cui si chiede il riconoscimento nell'ordinamento interno.

Sembra tuttavia che in tale maniera la stessa nozione di ordine pubblico, ripetutamente richiamata dalla L. n. 218/1995, diventi praticamente **inutile e superflua**, posto che il limite della “incostituzionalità” ha carattere generale e si impone automaticamente da sé, sicché non necessiterebbe di essere appositamente richiamato quale preclusione alla riconoscibilità di norme o atti stranieri.

L'interpretazione che ci fornisce la sentenza in esame, in altre parole, finisce per produrre - sostanzialmente - un **effetto abrogativo** dello stesso limite dell'ordine pubblico, sostituendolo con un limite, quello della conformità “ai valori costituzionali primari”, che è palesemente **già implicito** nell'ordinamento senza alcun bisogno di espresso richiamo da parte del legislatore nella disciplina del diritto internazionale privato.

Deve invece ritenersi che, per dare un senso positivo alla nozione (autonoma) di ordine pubblico, l'incostituzionalità sia certamente **uno degli aspetti** di quest'ultimo, ma che l'ordine pubblico **non si esaurisca** in quest'ultimo profilo, potendo estendersi anche a **scelte valoriali di fondo** che il legislatore - pur nella discrezionalità che sul punto gli consente il quadro costituzionale interno - ha ritenuto, in un determinato momento storico, **di adottare o di mantenere** in certi settori **socialmente e/o eticamente sensibili**.

E tanto - come si dirà *infra* - deve valere in particolare in relazione alla contrarietà all'ordine pubblico, correttamente inteso (ossia non neutralizzato attraverso una lettura talmente riduttiva da risolversi in una sostanziale *interpretatio abrogans*) della **pratica della maternità surrogata**, nella quale rientra pienamente la fattispecie per cui è causa (a differenza di quella decisa invece da Cass. n. 19599/2016).

Come osservato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma nel citato ricorso ex art. 95 D.P.R. 396 del 2000, “la nozione di “ordine pubblico internazionale”, che assume rilievo nella specie, **non può non individuarsi anche nei principi fondamentali del nostro sistema ordinamentale, cioè in quelli ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità, principi che sono normalmente alla base anche della legislazione ordinaria e nelle disposizioni che delineano gli istituti giuridici più importanti del nostro ordinamento, e, nel caso in esame, il diritto di famiglia e la filiazione.**

L'“ordine pubblico”, proprio in quanto **clausola generale “aperta”, che consente al giudice di filtrare i contenuti irrinunciabili dell'ordinamento giuridico in un determinato momento storico, non può prescindere anche dalla legislazione ordinaria vigente, ed in ogni caso deve garantire la coerenza del sistema giuridico.**

Se invece, dovesse accedersi alla non condivisibile opinione che lo individua solo nelle

disposizioni costituzionali e dei trattati internazionali, **allora l'ordine pubblico internazionale perderebbe il suo carattere di filtro**. E ciò per un duplice ordine di ragioni: da un lato le costituzioni moderne dei paesi di tradizione democratico-liberale si somigliano proprio in relazione ai principi ed ai diritti fondamentali, di modo che **sarebbe difficile immaginare un atto formato legittimamente in uno Stato, che non possa essere riconosciuto anche in quello che lo dovrebbe recepire**; dall'altro si "cristallizzerebbe" e "fisserebbe" per sempre il contenuto dell'ordine pubblico, proprio perché **lo si farebbe coincidere solo con le norme sovraordinate e tendenzialmente non modificabili, in tal modo snaturando il senso della clausola generale "aperta" o "elastica"**.

D'altra parte ci si domanda quale sarebbe la norma costituzionale (o dei trattati euro-unitari o internazionali) che vieterebbe il riconoscimento di una filiazione con più di due genitori, ad esempio due madri e due padri. L'implausibilità delle conseguenze cui porterebbe una tale interpretazione del limite dell'ordine pubblico internazionale depone per la sua insostenibilità logico-giuridica.

Pare dunque preferibile e più consono al ruolo di filtro, cui è deputato il concetto di ordine pubblico, l'orientamento maggioritario di codesta Suprema Corte che ne ha fornito una nozione più ampia, idonea a ricomprendervi anche la legislazione ordinaria purché espressione di principi fondamentali dell'ordinamento in un determinato momento storico.

Secondo tale orientamento, l'ordine pubblico risulta formato *"da quell'insieme di principi, desumibili della Carta Costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale siccome immanenti ai più importanti istituti giuridici quali risultano dal complesso delle norme inderogabili provviste del carattere di fondamentalità che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative, tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia"* (Cass. 13 dicembre 1999, n. 13928; Cass. 6 dicembre 2002, n. 17349; Cass. 26 novembre 2004, n. 22332; Cass. 7 dicembre 2005, n. 26976; Cass. 23 febbraio 2006, n. 4040), *i quali devono essere rispettati "sempre", anche se il rapporto è sottoposto ad una legge straniera, costituendo il limite "generale" all'applicazione di detta legge conseguente al normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato ed avendo la funzione di evitare l'inserimento nel diritto interno dei valori giuridici, stranieri appunto, in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento* (Cfr. Cass. 27592/2006).

Orbene, alla luce di quanto sopra, va ricordato che la doppia paternità presuppone necessariamente la maternità surrogata, tecnica di procreazione medicalmente assistita **non solo vietata nel nostro ordinamento ma anche punita penalmente** sia per le coppie eterosessuali che per le coppie omosessuali (art. 12, comma 6 l. n. 40 del 2004).

Al riguardo, è opportuno ricordare che **la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 272/2017**, in relazione alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso, **fornisce un giudizio severamente negativo della tecnica dell'utero in affitto** che non può che far propendere per la contrarietà all'ordine pubblico della stessa.

La Corte costituzionale si è infatti espressa sottolineando: *"l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata - come già sopra rilevato - da apposita disposizione penale"*, rimarcando che si tratta di una: *"... una pratica che*

offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”.

Al riguardo, codesta Suprema Corte, nella citata sentenza n. 24001 del 2014 ha affermato che: *“Il divieto di surrogazione della maternità comminato dall’art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40 **esprime un principio di ordine pubblico internazionale**, in quanto fondamentale ed irrinunciabile per l’ordinamento italiano, per la ragione che esso è assistito da sanzione penale, **protegge la dignità costituzionalmente tutelata della gestante e salvaguarda l’istituto dell’adozione, al quale soltanto l’ordinamento affida - attraverso una disciplina governata da regole poste a tutela di tutti gli interessati, **in primo luogo dei minori - la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato**. Pertanto, l’atto di nascita formato all’estero, che indichi come genitori del bambino procreato attraverso tale tecnica la donna e l’uomo che vi abbiano fatto ricorso (peraltro, senza alcun legame genetico con il nato) è **privo di effetti in Italia perché contrario all’ordine pubblico ...**”***

Come ha ancora sottolineato la Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 24001 del 2014, *“le aperture, registrate in dottrina, verso alcune forme di maternità surrogata solitamente **non riguardano la surrogazione eterologa, quella cioè realizzata mediante ovociti non appartenenti alla donna committente, che è priva perciò anche di legame genetico con il nato...**”*.

Invece, nel caso che ci occupa nel presente giudizio, siamo di fronte alla filiazione ottenuta dalla prestazione materiale di due donne anonime - una che ha donato l’ovulo e l’altra che ha portato avanti la gestazione - che rimangono del tutto estranee al quadro familiare degli odierni ricorrenti e la cui unica funzione è stata quella “strumentale” di far nascere i minori “per conto terzi”, il tutto in una prospettiva esclusivamente “adultocentrica”.

In tale quadro, la citata sentenza della Suprema Corte n. 19599 del 2016 non appare pertinente (e tanto meno decisiva) in ordine alla questione che forma invece oggetto della presente controversia.

Sotto un primo profilo, in quel giudizio si trattava del rifiuto dell’ufficiale dell’anagrafe di registrare in Italia lo **stesso atto di nascita** del minore che l’autorità spagnola aveva rilasciato indicando il bambino come **figlio di due madri**, di cui una (di cittadinanza spagnola) l’aveva partorito e l’altra (di cittadinanza italiana) aveva donato l’ovulo.

Come la stessa Suprema Corte ha sottolineato più volte nella sentenza, il figlio aveva quindi un **preciso rapporto biologico-genetico con entrambe le donne**, divenendo di conseguenza - in base a tale collegamento - titolare di un diritto fondamentale alla tutela della propria **identità personale**, soprattutto anche nei confronti di colei che, pur non avendolo partorito, ne è comunque la **madre genetica** in quanto è nato dal suo ovulo.

Si tratta dunque di un caso **totalmente diverso** da quello odierno, posto che l’atto di nascita (rilasciato dalle autorità canadesi) dei minori (..) e (..) è stato a suo tempo regolarmente trascritto nei registri dello stato civile del Comune di Trento.

L’atto di nascita canadese, in particolare, indica i suddetti minori come figli di (..), evidentemente sul presupposto che lo stesso ne sia il **padre genetico** (avendo conferito il gamete maschile), e come tali essi risultano già regolarmente nei registri dello stato civile italiano.

Non si pone quindi, nei confronti di tali minori, nessuna delle questioni che rilevavano nel giudizio deciso da Cass. n. 19599/2016, essendo pienamente rispettata, sul piano giuridico, la loro identità personale in relazione al rapporto con il padre genetico e alle conseguenze in ordine, ad esempio, dell’acquisito della **cittadinanza italiana**, e a tutto ciò che esso comporta anche in termini di libera presenza e circolazione sul territorio nazionale (profilo, com’è noto, fortemente valorizzato dalla sentenza succitata).

L’interesse dei minori - nel nostro caso - risulta quindi già **pienamente garantito e**

tutelato proprio nei termini e nella prospettiva in cui è stato **in concreto** valorizzato da Cass. n. 19599/2016.

L'atto straniero di cui controparte pretende il riconoscimento in Italia, infatti, attiene al **riconoscimento puramente giuridico-formale della paternità** (c.d. secondo padre) in capo al sig. (...), come consentito dal diritto canadese.

È pacifico che tra quest'ultimo e i due minori (...) non sussista **alcun tipo di rapporto biologico-genetico** (come quello di cui ha tenuto conto la menzionata sentenza della Suprema Corte), pretendendo gli odierni ricorrenti unicamente la statuizione, attraverso il riconoscimento in Italia del provvedimento canadese, di una mera paternità giuridico-formale, a prescindere dalla (e in contrasto con la) paternità genetica già affermata nei confronti del sig. (...) in base all'atto di nascita regolarmente trascritto.

Viene quindi in considerazione esclusivamente l'interesse personale del sig. (...) al riconoscimento di una qualità giuridica - di "secondo padre" - sulla base del suo rapporto personale-familiare con il sig. (...), padre naturale dei minori (...) e (...), e senza alcun rapporto genetico-biologico con i minori medesimi.

Tipologia di rapporto che risulta invece del tutto centrale nell'argomentazione della sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016 ai fini dell'individuazione del **prevalente interesse del minore** alla trascrizione dell'atto contestato.

Nel caso di specie, per contro, un siffatto interesse - tale da potersi considerare **prevalente** sui limiti derivanti dalle preclusioni di ordine pubblico di cui si è già detto - non sussiste in capo ai minori, con i quali il sig. (...) non ha **alcun rapporto proprio**, giuridicamente e/o geneticamente rilevante, se non quello di mero fatto derivante dalla **convivenza con il loro padre naturale**.

Peraltro occorre evidenziare, allo stato, che il **rapporto di convivenza familiare** tra i due adulti, nel cui contesto sono inseriti i minori in questione, **non risulta riconosciuto** in Italia sia perché del **matrimonio omosessuale** concluso in Canada non è possibile ottenere la trascrizione in Italia (si veda da ultimo Cass., 14 maggio 2018, n. 11696), sia perché non pare neppure costituita tra gli stessi una **unione civile** ai sensi della recente L. n. 76/2016.

La richiesta delle controparti non ha quindi, attualmente, nemmeno una base giuridico-familiare **certa e riconosciuta**, fondandosi in realtà su una mera situazione di **convivenza di fatto** tra i due adulti dello stesso sesso nella quale sono presenti due figli naturali di uno dei due *partners*.

Nella presente controversia siamo quindi di fronte ad un atto - quello adottato dal giudice canadese - che realizza esclusivamente o comunque prevalentemente **l'interesse dell'adulto** a vedersi attribuire un **rapporto di filiazione** con i due minori esclusivamente in base alla propria soggettiva volontà negoziale (di essere il loro "secondo padre"), senza tuttavia alcun substrato genetico-biologico, che costituisce pur sempre il **fondamento del concetto giuridico di paternità** non solo nel nostro ordinamento, ma nella stragrande maggioranza degli ordinamenti stranieri.

Non sussiste, pertanto, nel caso di specie, un interesse prevalente dei minori che possa prevalere sulle norme fondamentali interne - ed anche internazionali - in materia di definizione della paternità.

Tanto più che il rigetto della domanda avversaria non priverebbe né il sig. (...), né i due minori della possibilità di avere e mantenere le **relazioni affettive e di cura** - latamente familiari e genitoriali - comunque sorte nell'ambito del rapporto di convivenza di fatto instaurato.

Sul punto giova richiamare la recente sentenza della **Corte costituzionale n. 225 del 2016** che ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità, nella specie, dell'articolo 337-ter

cod. civ., in relazione ad un caso analogo di convivenza omosessuale tra due *partners* in cui erano presenti i figli di una delle due, affermando che l'interesse del minore ad un rapporto significativo instaurato e intrattenuto - nell'ambito di tale convivenza - con soggetti che non siano parenti, è comunque **già tutelato e tutelabile** in base alla disciplina vigente, sicché - a tale riguardo - non sussiste **alcun vuoto di tutela dell'interesse del minore** in situazioni del genere.

La sentenza Cass. n. 19599/2016 lascia poi chiaramente intendere che considererebbe in contrasto con l'ordine pubblico - perfino nella sua accezione ridottissima fatta propria in sentenza - la pratica della maternità surrogata e gli effetti giuridici eventualmente prodotti in base ad essa.

La Suprema Corte, invero, ha fatto proprio l'orientamento della CEDU secondo cui gli adulti-genitori, che hanno fatto ricorso a tale pratica considerata inaccettabile dalla maggioranza degli ordinamenti, non possono invocare l'articolo 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) per pretendere la salvezza degli effetti prodotti con essa, ma che ciò è - semmai - possibile/doveroso solamente quando lo richieda strettamente l'interesse superiore del bambino messo al mondo con siffatta procedura e sul quale non possono ricadere le conseguenze negative della condotta illecita degli adulti.

In altri e più chiari termini, i genitori come tali non possono vantare alcun diritto fondamentale in relazione alla situazione che essi stessi hanno creato con il ricorso alla maternità surrogata.

Né può ravvisarsi un interesse dei due bambini ad avere un "*secondo padre*" in termini meramente giuridici e morali, tale da poter essere considerato superiore e prevalente rispetto ai limiti di ordine pubblico-costituzionale che si frappongono al riconoscimento pieno ed il-limitato della pratica della maternità surrogata e dei suoi effetti.

Quanto al "*best interest of the child*", secondo la formula rinvenibile nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989, va ricordato che codesta Corte di cassazione (**Cass. 20 marzo 2018, n. 6963**), in relazione alla delicata questione relativa al diritto dell'adottato di conoscere i genitori biologici ha affermato che il diritto a conoscere le proprie origini costituisce "*un'espressione essenziale del diritto all'identità personale*" idonea a determinare "*lo sviluppo equilibrato delle personalità individuale e relazionale*", con ciò confermando quanto già affermato **dalla CEDU con la sentenza del 25 agosto 2012, Godelli c. Italia.**

Va considerato inoltre che le filiazioni biologicamente staccate dalle radici naturali generazionali sembrano esposte al rischio di possibili conseguenze sul piano sanitario, stante l'impossibilità per il figlio di avere conoscenza dell'eventuale esistenza di malattie ereditarie sia di natura fisica che psichica, con evidente danno per le prospettive di cura e di futuro per il minore stesso, all'oscuro della storia sanitaria della propria ascendenza.

Sul punto, si veda quanto osservato dalla **Corte Costituzionale nella sentenza n. 278 del 2013**: *«Sul piano più generale, una scelta per l'anonimato che comporti una rinuncia irreversibile alla "genitorialità giuridica" può, invece, ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla "genitorialità naturale": ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost.*

...Ciò, d'altra parte, risulta sulla base degli stessi rilievi, in sostanza, formulati dalla Corte EDU nella richiamata "sentenza Godelli".

In essa - come accennato e nei termini di seguito precisati - si è stigmatizzato che la normativa italiana non darebbe «alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla

nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto», a differenza di quanto, invece, previsto nel sistema francese, scrutinato, in parte qua, nella sentenza 13 febbraio 2003, nel "caso Odièvre".

... Altrettanto evidente che debba, inoltre, essere assicurata la tutela del diritto alla salute del figlio, anche in relazione alle più moderne tecniche diagnostiche basate su ricerche di tipo genetico».

Nel caso di specie, non risulta che la donatrice dell'ovulo sia nota ai ricorrenti, con conseguente compromissione dell'interesse dei minori a conoscere le proprie origini genetiche.

Del resto al Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 272 del 2017, ha chiarito: "Se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza **di verità della filiazione** si imponga in modo automatico **sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro.**

Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore.

Si è già visto come la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, **non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione** e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela".

Alla luce di tali principi, codesta Suprema Corte non potrà non tener conto, nel valutare la compatibilità della maternità surrogata con l'ordine pubblico - inteso nel senso ampio tale da ricomprendere i principi fondamentali dell'ordinamento interno anche rinvenibili nella legislazione ordinaria di un dato momento storico - delle serie ripercussioni che tale pratica, gravemente lesiva della dignità della donna e idonea a renderla vittima della mercificazione della sua stessa capacità procreativa, potrebbe avere ove non ritenuta contraria all'ordine pubblico.

3) Sull'eccesso di potere giurisdizionale:

Con l'ordinanza interlocutoria n. 4382 del 2018, la prima sezione di codesta Suprema Corte precisa che il problema dell'estensione del concetto di ordine pubblico "suppone che sia del pari risolta la questione, sollevata, con il primo motivo del ricorso incidentale, dal Sindaco di Trento e dal Ministro dell'Interno, i quali contestano l'esistenza al proposito di un potere giurisdizionale in difetto di una norma e men che mai di una sua non consentita interpretazione <<convenzionalmente orientata>> (neppure sostenibile in base alla stessa giurisprudenza della CEDU), contenuta nel provvedimento impugnato e data dalla Corte *a quo*, che avrebbe in tal modo superato il limite della propria giurisdizione, incorrendo in un eccesso di potere giurisdizionale per invasione alla sfera delle attribuzioni del legislatore (con richiamo alla sentenza delle sezioni unite n. 20360 del 2013). Tale mezzo di cassazione (proposto ex art. 360 n. 1 c.p.c.) ... è infatti di esclusiva pertinenza delle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, 1 co, c.p.c. e comporta una rimessione necessitata alla cognizione di tale organo".

Le norme del nostro ordinamento in tema di filiazione trovano fondamento nella bigenitorialità fondata sulla diversità di genere: si consideri - ad esempio - il disposto dell'art. 250 c.c., per cui "il figlio nato fuori dal matrimonio può essere riconosciuto ... dalla madre e dal padre"; l'art. 243 bis c.c. secondo il quale "l'azione di disconoscimento della paternità del

figlio nato fuori dal matrimonio può essere esercitata dal marito, dalla madre e dal figlio medesimo"; gli artt. 246 e 247 c.c., nei quali si fa espresso riferimento al presunto "padre" o "madre"; l'art. 262 c.c., che contiene disposizioni circa il cognome che deve assumere il figlio e nelle quali il riferimento è sempre ad un padre e ad una madre.

Non pare quindi possibile procedere alla creazione, per via giurisprudenziale, di una nuova forma di genitorialità e di filiazione non contemplata dalla legge.

Come correttamente osservato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma nel citato ricorso ex art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000 "La filiazione, invece, nel nostro ordinamento, può essere: 1) biologica, matrimoniale o naturale, tra persone di sesso diverso; 2) adottiva, tramite procedimento giurisdizionale, in assenza di legame biologico; 3) tramite procreazione medicalmente assistita (PMA), con legame biologico ovvero senza legame biologico (dopo la sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale che ha rimosso il divieto per la fecondazione c.c. eterologa), ma sempre tra persone di sesso diverso.

Non esistono altri tipi di filiazione. **Non esiste in rerum natura la possibilità di una filiazione biologica tra persone dello stesso sesso. Non esiste, per espresso divieto di legge, la possibilità di accedere alla filiazione adottiva o medicalmente assistita, e, quindi, senza legame biologico, tra persone dello stesso sesso.**

L'interpretazione che qui si contesta non sarebbe, dunque, praeter legem, ma addirittura contra legem, non potendosi ipotizzare alcun vuoto normativo nella materia in oggetto. Si pone, in estrema sintesi, una questione relativa **al limite della giurisdizione** rispetto a materie regolate dalla legge in un determinato modo, che può apparire condivisibile o meno, ma che non può dirsi incostituzionale, e che, quindi, il giudice deve rispettare.

Laddove il giudice, invece, dovesse ritenere la legge ordinaria, che disciplina in maniera chiara la materia della filiazione (biologica e non), pone un chiaro ed espresso divieto alla possibilità di percorrere la via della maternità surrogata (art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004), ovvero che pone il divieto della fecondazione medicalmente assistita tra coppie omosessuali (art. 5 della legge n. 40/2004), ovvero, ancora, che pone il divieto di adozione da parte di persone dello stesso sesso legate in unioni civili (art. 1, comma 20, della legge n. 76/2016), contraria alla Costituzione, la sola via da percorrere sarebbe quella di sollevare la questione di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale delle citate disposizioni davanti alla Corte Costituzionale, giudice delle leggi.

La Corte d'Appello di Trento ha, pertanto, superato il limite della propria giurisdizione integrando un **eccesso di potere giurisdizionale** per invasione della sfera delle attribuzioni riservata al legislatore, situazione che si ha - secondo **Cass. civ. Sez. Unite n. 20360/2013 - quando il giudice applichi non la norma esistente bensì una norma da lui creata, esercitando una attività di produzione/abrogazione normativa estranea alla propria competenza** e, quindi, eccedente rispetto al compito interpretativo che gli è proprio di ricercare la *voluntas legis* applicabile al caso concreto.

La Costituzione italiana peraltro non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli e la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia **non implica che la libertà in esame possa esplicitarsi senza limiti** (Corte Cost., **sentenze n. 162 del 2014**, punto 6 del *Considerato in diritto*; n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990).

La stessa giurisprudenza della CEDU non pare confortare l'esistenza di un indiscriminato diritto ad essere genitore.

Con riferimento al parametro interposto di cui agli artt. 8 e 14 della CEDU, **la sentenza**

della CEDU, **Grande camera del 1° aprile 2010, n. 57813/00, nel caso S.H. c. Austria**, ha affermato che il parziale divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge austriaca non configura una violazione dell'articolo 8 della CEDU, poiché non eccedente il margine di discrezionalità garantito agli Stati, dal che la normativa non configurerebbe un'indebita ingerenza della Pubblica Autorità nel diritto al rispetto alla vita privata e familiare.

Ancora, **la sentenza della CEDU, Grande Camera del 24 gennaio 2017, nel caso Paradiso e Campanelli c. Italia**, in relazione alla decisione di allontanamento del minore per un caso di maternità surrogata, caratterizzato dall'assenza di legame biologico tra i genitori intenzionali e il minore, ha affermato che una coppia, nella specie eterosessuale, non può riconoscere un figlio come suo se il bambino è stato generato senza alcun legame biologico con i due aspiranti genitori e grazie ad una maternità surrogata.

La Corte di Strasburgo ha precisato, in tale contesto, che le disposizioni dell'articolo 8 "*non garantiscono né il diritto di fondare una famiglia né il diritto di adottare*", e che - inoltre - la Convenzione "*non tutela il semplice desiderio di fondare una famiglia*".

Nel caso allora deciso, l'interesse prevalente del minore era venuto in considerazione perché era stato non solo negato in radice il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita *tout court*, ma si era anche provveduto ad allontanare il minore dai genitori e, quindi, ad interrompere un rapporto familiare *de facto* che aveva già avuto una sua durata significativa.

D'altronde, secondo la CEDU, l'interesse superiore del minore configura pur sempre una deroga alle preclusioni derivanti dalla contrarietà all'ordine pubblico e va, pertanto, applicato nei limiti in cui ciò risulti strettamente indispensabile a tutelarlo, **secondo un principio di proporzionalità e di bilanciamento**.

Si ricava dalla citata sentenza della CEDU che la prevalenza dell'interesse del minore **non è assoluta**, ma che - in un'ottica di proporzionalità - occorre tenere conto di tale profilo decisivo "*in maniera sufficiente*" (v. § 78 sent. Paradiso cit.), dovendosi garantire "**un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e gli interessi privati in gioco**" (§ 75).

Nel negare che vi sia stata nella fattispecie una violazione dell'art. 8 della Convenzione, la Corte EDU ha affermato che: "***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 sviluppo 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***".

Nel caso oggetto della presente causa, tuttavia, non è minimamente in gioco il principio secondo cui "*per un genitore e suo figlio, stare insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare*" (v. § 74 CEDU cit.), posto che nessuno mette in discussione la permanenza del concreto quadro di convivenza familiare in cui i minori svolgono la loro vita di relazione, **né il diniego opposto dall'ufficiale dello stato civile è idoneo a pregiudicarlo**.

Ancora la già citata Cass. I, n. 24001/2014 ha perspicacemente puntualizzato che la Corte europea dei diritti dell'uomo "**ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento**

discrezionale ai singoli Stati sul tema della maternità surrogata, in considerazione dei delicati interrogativi di ordine etico posti da tale pratica, disciplinata in maniera diversa nell'ambito dei paesi membri del Consiglio d'Europa".

In conclusione, non ricorre nella presente vicenda alcun superiore interesse dei minori al riconoscimento in Italia del provvedimento canadese per cui è giudizio, tale da poter prevalere e derogare al limite dell'ordine pubblico che - indubbiamente - si frappone al riconoscimento in Italia degli effetti della pratica illecita della maternità surrogata.

L'intervento creativo della Corte d'Appello di Trento non trova quindi giustificazione nemmeno sulla base di una lettura "convenzionalmente orientata" della legislazione italiana che sanziona penalmente la pratica dell'"utero in affitto", traducendoci in un'indebita invasione della sfera riservata alle scelte politiche del legislatore, con conseguente eccesso di potere giurisdizionale.

Si richiamano le conclusioni già rassegnate.

Roma, 30 ottobre 2018

*Wally Ferrante
Avvocato dello Stato*

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 8 maggio 2019 n. 12193 - Pres. G. Mammone, Rel. G. Mercolino - Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di appello di Trento; Ministero dell'Interno, Sindaco di Trento (avv. gen. Stato) c. (...) (avv. G. Perin, A. Schuster).

FATTI DI CAUSA

1. (...) e (...) in proprio e nella qualità di genitori esercenti la responsabilità nei confronti dei minori (...) proposero ricorso alla Corte d'appello di Trento, per sentir riconoscere, ai sensi dell'art. 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218, l'efficacia nell'ordinamento interno del provvedimento emesso il 12 gennaio 2011 dalla Superior Court of Justice dell'Ontario (Canada), con cui era stato accertato il rapporto di genitorialità tra il (...) ed i minori, e per sentirne ordinare la trascrizione negli atti di nascita di questi ultimi da parte dell'ufficiale di stato civile del Comune di Trento.

Premesso di aver contratto matrimonio il 2 dicembre 2008 in Canada, i ricorrenti esposero che i minori, nati in quel Paese il 23 aprile 2010, erano stati generati mediante procreazione medicalmente assistita, a seguito del reperimento di una donatrice di ovociti e di un'altra donna disposta a sostenere la gravidanza; riferirono che, dopo un primo provvedimento giudiziale, regolarmente trascritto in Italia, con cui il Giudice canadese aveva riconosciuto che la gestante non era genitrice dei minori e che l'unico genitore era il (...), l'ufficiale di stato civile, con atto del 31 maggio 2016, aveva rifiutato di trascrivere quello oggetto della domanda, con cui era stata riconosciuta la cogenitorialità del (...) e disposto l'emendamento degli atti di nascita; precisò inoltre che la loro unione era produttiva di effetti nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 1, comma 28, lett. b), della legge 20 maggio 2016, n. 76 e che i minori erano cittadini sia italiani che canadesi, aggiunsero di aver assunto entrambi il ruolo di padre fin dalla nascita dei bambini e di essere stati riconosciuti come tali non solo dai figli, ma anche nella cerchia degli amici, familiari e colleghi.

Si costituì il Procuratore generale della Repubblica, ed eccepì l'incompetenza della Corte,

ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, chiedendo in ogni caso il rigetto della domanda, per contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento adottato dal Giudice canadese.

Nel giudizio, spiegò intervento il Ministero dell'interno, a difesa del provvedimento emesso dal Sindaco di Trento in qualità di ufficiale di governo, affermando anch'esso che, in assenza di una relazione biologica tra il (..) ed i minori, il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento emesso dal Giudice canadese si poneva in contrasto con l'ordine pubblico.

1.1. Con ordinanza del 23 febbraio 2017, la Corte d'appello di Trento ha accolto la domanda.

Premesso che il procedimento ha ad oggetto esclusivamente il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento emesso dal Giudice straniero, rispetto al quale la richiesta di trascrizione non costituisce un'autonoma domanda, idonea ad introdurre un giudizio di opposizione al rifiuto dell'ufficiale di stato civile, la Corte ha escluso da un lato la propria incompetenza, dallo altro la legittimazione all'intervento del Sindaco e del Ministero, osservando che il primo non rivestiva la qualità di parte, nonostante la notificazione del ricorso, mentre il secondo non poteva considerarsi portatore di un interesse attuale all'intervento, né in relazione alla regolare tenuta dei registri dello stato civile, tenuto conto dell'oggetto dell'accertamento da compiere, né in qualità di organo sovraordinato al Sindaco, né in relazione ad ipotetiche future pretese risarcitorie per danni da attività provvedimentale illegittima. Ha affermato che l'unico interesse pubblico rilevante nel caso in esame, costituito dall'esigenza di evitare l'ingresso nell'ordinamento di provvedimenti contrari all'ordine pubblico, doveva considerarsi tutelato dall'intervento del Procuratore generale, non richiesto in via generale nelle cause di riconoscimento dell'efficacia di sentenze straniere, ma legittimato dalle norme del codice di rito che prevedono la partecipazione del Pubblico Ministero a specifiche tipologie di controversie, come quelle in materia di stato delle persone.

Precisato poi che nel caso di specie l'unico requisito in contestazione ai fini del riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero era costituito dalla compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, la Corte ha richiamato la più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui il contenuto di tale nozione va desunto esclusivamente dai principi supremi e/o fondamentali della Carta costituzionale, ovverosia da quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario, restando escluso il contrasto con l'ordine pubblico in caso di difformità della norma straniera da norme del diritto nazionale con cui il legislatore abbia esercitato la propria discrezionalità in una determinata materia, con la conseguenza che, ai fini della relativa valutazione, il giudice deve verificare se l'atto straniero contrasti con l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla CEDU. Ciò posto, ha ritenuto che nella specie dovesse attribuirsi rilievo alla tutela dell'interesse superiore del minore, articolato in diverse situazioni giuridiche che hanno trovato riconoscimento sia nell'ordinamento internazionale che in quello interno, ed individuabile in particolare nel diritto del minore alla conservazione dello *status* di figlio riconosciuto in un atto validamente formato in un altro Stato, come conseguenza diretta del *favor filiationis* emergente dagli artt. 13, comma terzo, e 33, commi primo e secondo, della legge n. 218 del 1995 ed implicitamente riconosciuto dall'art. 8, par. 1, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. Ha osservato infatti che il mancato riconoscimento del predetto *status* avrebbe determinato un evidente pregiudizio per i minori, precludendo il riconoscimento in Italia di tutti i diritti che ne derivavano nei confronti del (..) indipendentemente dalla possibilità di farli valere nei confronti dell'altro genitore, impedendo al (..) di assumere la responsabilità

genitoriale nei loro confronti, e privando di rilievo giuridico nel nostro ordinamento l'identità familiare ed i legami familiari legittimamente acquisiti in Canada.

Pur rilevando che, a differenza di quella canadese, la disciplina vigente in Italia non consente il ricorso alla maternità surrogata, in quanto la legge 19 febbraio 2004, n. 40 limita alle coppie di sesso diverso la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita, prevedendo sanzioni amministrative in caso di ricorso alle relative pratiche da parte di coppie composte da soggetti dello stesso sesso e sanzioni penali per chi in qualsiasi forma realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o embrioni, mentre la legge 20 maggio 2016, n. 76 esclude l'applicabilità alle unioni civili delle disposizioni della legge 4 maggio 1983, n. 184, la Corte ha ritenuto che ciò non costituisca un ostacolo al riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento interno del provvedimento canadese che aveva accertato il rapporto di filiazione tra il (...) e i due minori generati attraverso la maternità surrogata. Premesso infatti che, in presenza di questioni che pongano delicati interrogativi di ordine etico in ordine ai quali non vi sia consenso su scala europea, la Corte EDU ha riconosciuto al legislatore statale un ampio margine di apprezzamento, confermato anche dalla Corte costituzionale in occasione della dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004, la Corte ha affermato che la disciplina positiva della procreazione medicalmente assistita non costituisce espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, ma il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo nella tutela degli interessi fondamentali coinvolti in tale materia. Ha aggiunto che le conseguenze della violazione dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 non possono ricadere su chi è nato, il quale ha il diritto fondamentale alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero, non rappresentando un ostacolo l'insussistenza di un legame genetico tra i minori ed il (...) dal momento che nel nostro ordinamento non esiste un modello di genitorialità fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato: ha evidenziato in proposito 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 accordata dall'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia anche attraverso l'istituto dell'adozione, e la possibile assenza di una relazione biologica con uno dei genitori nel caso di ricorso a tecniche di fecondazione eterologa consentite dalla legge. Ha rilevato che l'assenza di un legame biologico con il minore non riveste portata determinante neppure nella giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 8 della CEDU, la quale, anche nei casi in cui ha escluso la configurabilità di una vita familiare, ha attribuito rilievo preminente alla breve durata della relazione ed alla precarietà del legame giuridico con i genitori, derivante dalla condotta di questi ultimi, contraria al diritto italiano. Ha infine escluso che nella specie l'interesse dei minori possa trovare una tutela più adeguata attraverso un'adozione disposta ai sensi dell'art. 44, lett. b), della legge n. 184 del 1983, non essendo pacifica l'ammissibilità del ricorso a tale forma di adozione da parte delle coppie omosessuali.

2. Avverso la predetta ordinanza hanno proposto ricorso per cassazione il Pubblico Ministero, per due motivi, nonché il Ministero dell'interno ed il Sindaco di Trento, in qualità di ufficiale di governo, per cinque motivi, illustrati anche con memoria. Il (...) ed il (...) hanno resistito con controricorso, anch'essi illustrato con memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo d'impugnazione, il Pubblico Ministero denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 16 e 65 della legge n. 218 del 1995 e dell'art. 18 del d.P.R. n. 396

del 2000, censurando l'ordinanza impugnata per aver riconosciuto efficacia nell'ordinamento interno ad un provvedimento contrario all'ordine pubblico, in quanto avente ad oggetto l'accertamento di un rapporto genitoriale con persone del medesimo sesso, sulla base di norme straniere scelte dagli stessi ricorrenti e sul presupposto indimostrato della rispondenza di tale situazione all'interesse dei minori. Precisato che la questione non ha ad oggetto l'equiparazione di una paternità non biologica a quella biologica, ma l'ammissibilità di un rapporto genitoriale di coppia in capo a persone dello stesso sesso, sostiene che la riduttiva nozione di ordine pubblico accolta dall'ordinanza impugnata si pone in contrasto con il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la stessa va desunta non solo dai valori consacrati nelle norme costituzionali, ma anche dagli altri principi e regole che, pur non trovando collocazione nella Carta fondamentale, informano l'intero ordinamento, in quanto immanenti ai più importanti istituti giuridici ed emergenti dal complesso delle norme inderogabili che caratterizzano l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato momento storico. In quanto difforme da tali principi, l'ordinanza impugnata intacca la sovranità statale, consentendo l'ingresso nell'ordinamento di istituti apertamente contrastanti con i principi che informano un intero settore di rapporti in un determinato momento storico, la cui individuazione compete al legislatore ordinario, nel rispetto della Costituzione: la nozione di genitori da quest'ultima emergente non può infatti considerarsi *gender neutral*, trovando specificazione nei concetti di paternità e maternità risultanti dagli artt. 30, ultimo comma, e 31 e nell'istituto del matrimonio previsto dall'art. 29, che postula l'unione tra persone di sesso diverso; la bigenitorialità fondata sulla diversità di genere costituisce inoltre il presupposto dell'intera disciplina civilistica dei rapporti di famiglia e delle successioni, nonché di quella della procreazione medicalmente assistita, consentita soltanto a coppie di sesso diverso.

2. Con il secondo motivo, il Pubblico Ministero deduce, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4 cod. proc. civ., la nullità dell'ordinanza impugnata, per violazione dell'art. 111 Cost. e degli artt. 132, quarto comma, e 134 cod. proc. civ., osservando che il provvedimento è sorretto da una motivazione meramente apparente, in quanto priva dell'esposizione delle ragioni giuridiche a sostegno dell'affermata compatibilità con l'ordine pubblico di un rapporto di filiazione con doppia paternità e di un rapporto genitoriale di coppia fra persone dello stesso sesso. Premesso che la relativa verifica è sottratta alla disponibilità delle parti, dovendo aver luogo d'ufficio, contesta la pertinenza delle argomentazioni svolte nell'ordinanza, rilevando che le stesse riguardano esclusivamente l'ammissibilità di un rapporto genitoriale privo di collegamento biologico, che non era stata mai posta in discussione, risultando positivamente prevista e disciplinata dalle norme in materia di adozione. Aggiunge che l'assenza di considerazioni riguardanti la compatibilità con l'ordine pubblico è resa ancor più grave, nella specie, dalla totale carenza di motivazione del provvedimento straniero, che rappresenta di per sé stessa una causa ostativa al riconoscimento dell'efficacia dello stesso nell'ordinamento interno. Afferma infine che, nel conferire rilievo decisivo all'esistenza di un progetto di genitorialità dei ricorrenti, la Corte territoriale si è limitata ad un enunciato meramente assertivo, senza indicare gli elementi da quali ha tratto il relativo convincimento.

3. Con il primo motivo del loro ricorso, il Ministero ed il Sindaco lamentano il difetto assoluto di giurisdizione, sostenendo che, nel riconoscere efficacia ad un provvedimento straniero che prevede la trascrizione nei registri dello stato civile di una doppia paternità, in assenza di una norma interna che lo consenta, l'ordinanza impugnata ha ecceduto i limiti della giurisdizione, invadendo la sfera di discrezionalità politica riservata al legislatore. Premesso che l'estensione di una serie di diritti alle coppie omosessuali, in prospettiva antidiscrimina-

toria, non comporta necessariamente un'equiparazione perfetta e completa sotto ogni profilo, soprattutto in materia familiare, osservano che, in tema di filiazione, l'ordinamento appresta, indipendentemente dalla discendenza biologica, strumenti normativi idonei all'istituzione di un rapporto di responsabilità di tipo genitoriale, la cui previsione segna tuttavia anche il limite all'equiparazione delle diverse situazioni socio-personali. Tale limite risulta superato dall'ordinanza impugnata, la quale costituisce espressione di un'attività di produzione normativa estranea alla competenza della Corte territoriale, anche con riguardo al richiamo della giurisprudenza della Corte EDU, non applicabile direttamente dal giudice nazionale, e comunque inidonea a giustificare una completa equiparazione delle coppie omosessuali in relazione ad ogni aspetto del diritto di famiglia.

4. Con il secondo motivo, il Ministero ed il Sindaco denunciano, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 2 cod. proc. civ., la violazione dell'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000, osservando che, nell'individuare l'oggetto del procedimento esclusivamente nel riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero, l'ordinanza impugnata non ha tenuto conto della ragion d'essere del giudizio, costituita dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla trascrizione del provvedimento emesso dal Giudice canadese, e delle conclusioni formulate dai ricorrenti, in cui questi ultimi chiedevano espressamente di ordinarne la trascrizione negli atti di nascita dei minori. La Corte territoriale ha ommesso di rilevare la contraddittorietà della condotta processuale degli istanti, i quali, pur richiamando le norme in materia di trascrizione, non hanno seguito la procedura dalle stesse prevista, rimessa alla competenza del tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale dev'essere eseguito l'adempimento richiesto.

5. Con il terzo motivo, il Ministero ed il Sindaco deducono, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4 cod. proc. civ., la violazione e la falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ., rilevando che l'ordinanza impugnata ha ommesso di pronunciare in ordine all'eccezione d'inammissibilità del ricorso proposto dal (...), da essi sollevata in relazione al difetto di legittimazione del ricorrente, non investito del potere di rappresentanza dei minori, in quanto non titolare della responsabilità genitoriale sugli stessi, secondo l'ordinamento italiano.

6. Con il quarto motivo, il Ministero ed il Sindaco lamentano, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4 cod. proc. civ., la violazione e la falsa applicazione degli artt. 101 e 702-*bis* cod. proc. civ. e dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995, censurando l'ordinanza impugnata nella parte in cui ha escluso la loro legittimazione, senza tener conto della vicenda da cui trae origine il procedimento, contrassegnata dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla trascrizione del provvedimento straniero, e della richiesta di trascrizione espressamente formulata nel ricorso introduttivo, nonché della natura contenziosa del procedimento disciplinato dall'art. 67 cit., assoggettato alle forme del rito sommario di cognizione ed avente necessariamente come controparte il soggetto che si oppone alla richiesta di trascrizione. Tale soggetto non è identificabile nel Pubblico Ministero, legittimato esclusivamente ad intervenire nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone, ai sensi dell'art. 70, primo comma, n. 3 cod. proc. civ., ma nel Sindaco, al quale spetta, in qualità di ufficiale dello stato civile, la corretta tenuta dei relativi registri, e per esso nel Ministero, al quale fa capo il Sindaco nell'esercizio delle funzioni di ufficiale di governo.

7. Con il quinto motivo, il Ministero ed il Sindaco denunciano la violazione e la falsa applicazione degli artt. 16 e 65 della legge n. 218 del 1995, dell'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000 e degli artt. 5 e 12, commi secondo e sesto, della legge n. 40 del 2004, osservando che, nell'escludere il contrasto tra il provvedimento emesso dal Giudice canadese e l'ordine pubblico,

l'ordinanza impugnata ha fornito un'interpretazione eccessivamente estensiva di tale nozione, il cui accoglimento finirebbe per svuotare di ogni significato gli artt. 16 e 65 cit., che la pongono come limite all'ingresso di provvedimenti stranieri contrastanti con quell'insieme di principi e valori ritenuti fondamentali nel nostro ordinamento, al punto da essere considerati parte integrante e imprescindibile del sostrato giuridico nazionale. Nel richiamare i principi enunciati dalla più recente giurisprudenza di legittimità, la Corte territoriale ha trascurato la precisazione, da quest'ultima emergente, secondo cui, in quanto posto a salvaguardia della coerenza interna dell'ordinamento nazionale, l'ordine pubblico non è riducibile ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri dell'ordinamento interno, purché fondamentali ed irrinunciabili. Tra gli stessi va senz'altro incluso il principio, chiaramente desumibile dalle norme inderogabili in materia di filiazione, che postula, quale requisito imprescindibile per il riconoscimento del relativo rapporto, la differenza di sesso tra i genitori, avendo quest'ultima influito significativamente su tutta la legislazione nazionale introdotta nel tempo, ivi compresa quella concernente le diverse tecniche di fecondazione assistita; tale principio è rimasto inalterato anche a seguito della dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004, che nulla ha mutato con riguardo ai requisiti prescritti per l'accesso alle predette tecniche, non essendo venute meno le sanzioni comminate per l'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie composte da soggetti dello stesso sesso e per la surrogazione di maternità. Ad avviso dei ricorrenti, non può dunque dubitarsi della contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di un atto di nascita che preveda una duplice paternità, la cui ammissibilità non può essere desunta né dalle pronunce della Corte EDU che, ai fini dell'adozione, hanno sancito la piena equiparazione delle coppie omosessuali alla famiglia tradizionale, né dalla recente pronuncia di legittimità che ha disposto la trascrizione di una duplice maternità, dal momento che le prime hanno ad oggetto esclusivamente il rapporto di genitorialità civile, mentre la seconda, oltre a riferirsi ad un caso diverso da quello in esame, ha conferito rilievo non già alle esigenze di genitorialità della coppia, ma all'interesse esclusivo del minore, non invocabile utilmente nel caso in esame, in quanto i minori sono già in possesso della cittadinanza italiana e risultano già figli del padre biologico. Quanto alla legge n. 76 del 2016, la stessa, nel dettare tra l'altro la disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, applicabile anche alle coppie che abbiano contratto matrimonio all'estero, ha ampiamente esteso a queste ultime i diritti e i doveri derivanti dal matrimonio, ma ha escluso l'operatività delle disposizioni della legge n. 184 del 1983, ferme restando quelle già ritenute applicabili in materia di adozione, in tal modo segnando il punto di equilibrio cui l'ordinamento è giunto nel bilanciamento tra i vari istituti del diritto familiare, dal quale non può prescindere nella valutazione della conformità all'ordine pubblico dei provvedimenti giudiziali stranieri; tale disciplina impedisce di estendere alle coppie formate da persone dello stesso sesso le norme sulla filiazione e la responsabilità genitoriale, ai fini delle quali assume rilievo decisivo il rapporto di discendenza genetica, quale fatto oggettivo accertabile in sede giudiziale, indipendentemente dall'aspetto volitivo-negoziale; ciò comporta l'esclusività della posizione giuridica di padre, la quale va tenuta distinta dal concetto di genitorialità, intesa come relazione affettivo-familiare con il minore e come responsabilità e capacità di cura degli interessi dello stesso, che può trovare realizzazione anche attraverso altri istituti previsti dall'ordinamento.

8. Con ordinanza del 22 febbraio 2018, la Prima Sezione civile di questa Corte ha disatteso le eccezioni d'improcedibilità delle impugnazioni, sollevate dalla difesa dei ricorrenti in rela-

zione al mancato deposito della copia notificata del provvedimento impugnato, dando atto dell'avvenuta effettuazione di tale adempimento da parte del Ministero, con efficacia anche nei confronti del Pubblico Ministero.

Rilevato inoltre che i controricorrenti hanno contestato l'ammissibilità di entrambi i ricorsi, per difetto di legittimazione dei ricorrenti, sostenendo che il Sindaco non ha mai assunto formalmente la qualità di parte del giudizio di merito, in quanto il ricorso introduttivo gli è stato notificato soltanto a titolo di *litis denuntiatio*, mentre il Pubblico Ministero ha rivestito la mera posizione d'interventore, essendo privo del potere di proporre l'azione, ha affermato che la risoluzione della prima questione implica la definizione della nozione d'interessato, ai sensi dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995, in relazione all'oggetto del giudizio, costituito non solo dal riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ma anche dalla richiesta di ordinarne la trascrizione negli atti dello stato civile, rispetto alla quale difficilmente può escludersi la legittimazione del Sindaco, in qualità di ufficiale di stato civile. Ha ritenuto poi di dover sollevare d'ufficio la questione concernente la legittimazione del Ministro dell'interno, portatore, in qualità di titolare della funzione amministrativa esercitata dal Sindaco in materia di tenuta dei registri anagrafici, di uno specifico interesse all'uniforme tenuta di tali registri, osservando invece, relativamente alla legittimazione del Pubblico Ministero, che, nonostante l'indubbio interesse ad evitare che possano trovare ingresso nel nostro ordinamento giuridico provvedimenti contrari all'ordine pubblico riguardanti lo stato delle persone, in tale materia egli non è titolare del potere d'impugnazione, limitato alle cause previste dall'art. 72, terzo e quarto comma, cod. proc. civ. ed a quelle che egli stesso avrebbe potuto proporre. Premesso tuttavia che, ai sensi dell'art. 73 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, il Pubblico Ministero ha azione diretta per far osservare le leggi di ordine pubblico, ha rilevato che la questione di legittimazione s'intreccia nella specie con quella che costituisce oggetto dei ricorsi, evidenziando la diversità delle nozioni di ordine pubblico emergenti da recenti pronunce di legittimità.

Precisato infine che la denuncia dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni del legislatore comporta obbligatoriamente la rimessione della causa alle Sezioni Unite, la Prima Sezione ha ritenuto che tale provvedimento sia imposto nella specie anche dalla complessità e dalla rilevanza delle censure proposte con i motivi di ricorso, il cui esame implica, per l'attinenza a delicatissimi profili di diritto, la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza.

9. Rigettata pertanto l'eccezione d'improcedibilità delle impugnazioni, la prima questione da esaminare concerne l'ammissibilità di entrambi i ricorsi, contestata dai controricorrenti sotto il profilo della legittimazione all'impugnazione, a loro avviso non spettante né al Sindaco, in quanto non evocato formalmente in giudizio e non costituitosi nella precedente fase processuale, né al Pubblico Ministero, in quanto convenuto in qualità di parte necessaria del giudizio di merito, ma privo del potere d'impugnare la relativa sentenza. Tale questione è strettamente collegata a quella della *legitimatio ad causam* del Sindaco e del Ministero dell'interno, dagli stessi riproposta con il quarto motivo del loro ricorso, nel senso che la mancata citazione del primo, cui l'atto introduttivo del giudizio sarebbe stato notificato a mero titolo di *litis denuntiatio*, in tanto potrebbe considerarsi idonea ad escluderne la legittimazione all'impugnazione, in quanto, come affermato dalla sentenza impugnata, egli non avesse titolo a partecipare al giudizio: in caso contrario, la mancanza della *vocatio in jus* si risolverebbe in un mero vizio del ricorso introduttivo, la cui notificazione dovrebbe essere considerata sufficiente a far assumere al Sindaco la qualità di parte, legittimata ad impugnare la sentenza, in

quanto risultata soccombente nel merito. Com'è noto, infatti, la legittimazione a proporre l'impugnazione o a resistervi spetta a chi abbia rivestito formalmente la posizione di parte nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata, e dev'essere desunta da quest'ultima, intesa sia nella parte dispositiva che in quella motiva, indipendentemente dalla correttezza di tale individuazione e dalla sua corrispondenza alle risultanze processuali, nonché dalla titolarità (attiva o passiva) del rapporto sostanziale controverso (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. V, 30/05/2017, n. 13584; Cass., Sez. VI, 2/10/2014, n. 20789; 29/07/2014, n. 17234; Cass., Sez. III, 14/07/2006, n.16100).

9.1. La legittimazione a contraddire del Sindaco e del Ministero è stata esclusa dalla Corte di merito sulla base di tre distinte ragioni, fondate rispettivamente sull'oggetto della domanda, identificato non già nella trascrizione del provvedimento straniero, ma nel riconoscimento della sua efficacia nell'ordinamento italiano, sulla non configurabilità nel presente giudizio di un interesse alla regolare tenuta dei registri dello stato civile, e sull'estraneità alla materia del contendere di pretese risarcitorie per danni cagionati da attività provvedimento illegittima.

La tesi secondo cui, in quanto avente carattere meramente accessorio e consequenziale rispetto alla domanda di riconoscimento, e quindi inidonea ad introdurre un procedimento di rettificazione ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000, la richiesta di trascrizione del provvedimento risulterebbe insufficiente a giustificare la legittimazione del Sindaco, in qualità di ufficiale di stato civile, è stata disattesa da una recente pronuncia di legittimità, che in tema di riconoscimento dell'efficacia di una sentenza straniera di adozione ha ravvisato proprio nel rifiuto opposto dal Sindaco alla richiesta di trascrizione (anche in quel caso riproposta con il ricorso introduttivo del giudizio) quella «contestazione» che l'art. 67 della legge n. 218 del 1995 richiede ai fini dell'insorgenza della controversia: premesso infatti che, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'espressione «chiunque vi abbia interesse», con cui la predetta disposizione individua i soggetti legittimati a ricorrere alla corte d'appello, non si riferisce esclusivamente alle parti del processo che ha dato luogo alla sentenza da eseguire, tale pronuncia ha affermato, richiamando anche l'ordinanza interlocutoria emessa nel presente giudizio, che in presenza del predetto rifiuto la nozione di «interessato» al riconoscimento del provvedimento straniero difficilmente potrebbe condurre a negare la qualità di parte del Sindaco come ufficiale di stato civile (cfr. Cass., Sez. I, 31/05/2018, n. 14007).

Il rilievo in tal modo conferito al rifiuto di trascrizione ed alla riproposizione della relativa richiesta nel procedimento di riconoscimento impone un approfondimento del rapporto intercorrente tra quest'ultimo ed il procedimento previsto dall'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000 per la rettificazione degli atti di stato civile nel caso in cui, come nella specie, la richiesta di trascrizione trovi fondamento in una sentenza o un provvedimento giurisdizionale straniero del quale il richiedente intenda far valere l'efficacia nel nostro ordinamento. Non appare necessario, in questa sede, soffermarsi sulle differenze strutturali tra i due istituti, già evidenziate dalla dottrina in riferimento al procedimento di delibazione disciplinato dagli artt. 796 e ss. cod. proc. civ. ed a quello di rettificazione previsto dal r.d. 9 luglio 1939, n. 1238, poi sostituiti da quelli in esame, e ribadite anche in relazione a questi ultimi, soprattutto con riguardo al tipo di giurisdizione (contenziosa o volontaria) di cui ciascuno di essi costituisce espressione ed ai limiti entro i quali le relative decisioni sono destinate a spiegare efficacia di giudicato. Giova piuttosto sottolineare la diversa funzione dei due rimedi, il primo dei quali è volto a risolvere contestazioni in ordine all'efficacia di provvedimenti giurisdizionali stranieri o a consentirne l'esecuzione nel nostro ordinamento, laddove il secondo mira ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, quale è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione

di legge, e quella risultante dai registri dello stato civile, a causa di un vizio comunque originatosi nel procedimento di formazione dei relativi atti (cfr. Cass., Sez. I, 2/10/2009, n. 21094; 27/03/1996, n. 2776; 30/10/1990, n. 10519). La più ampia portata del procedimento di delibazione, riguardante sentenze e provvedimenti di qualsiasi genere e finalizzato alla produzione di effetti non limitati alla trascrizione nei registri dello stato civile, aveva indotto, in passato, parte della dottrina ad affermarne la prevalenza su quello di rettificazione, e ciò in coerenza con il sistema previsto dal codice di rito, che subordinava in via generale alla pronuncia di delibazione la possibilità di far valere nel nostro ordinamento i provvedimenti stranieri; tale opinione, che ha trovato seguito anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 218 del 1995, non può essere ritenuta più condivisibile, alla luce del radicale mutamento di prospettiva da quest'ultima determinato: in quanto imperniato sul principio del riconoscimento automatico (art. 64), applicabile anche ai provvedimenti in materia di stato e capacità delle persone (art. 65) ed a quelli di volontaria giurisdizione (art. 66), il regime da essa introdotto rende infatti superfluo, almeno in prima battuta, il ricorso al procedimento previsto dall'art. 67, consentendo di procedere direttamente alla trascrizione nei registri dello stato civile, e rimettendo quindi all'ufficiale di stato civile la verifica dei requisiti prescritti dalla legge. Soltanto nel caso in cui tale verifica abbia esito negativo, ovvero nel caso in cui l'efficacia del provvedimento straniero debba essere fatta valere anche ad altri fini, si rende necessaria la procedura di riconoscimento, la cui applicabilità non può ritenersi esclusa dalla possibilità di proporre opposizione ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000, configurandosi quest'ultima come un rimedio concorrente, ma avente una portata più limitata rispetto a quella del procedimento di cui all'art. 67 della legge n. 218 del 1995: la funzione della rettificazione resta infatti strettamente collegata con quella pubblicitaria propria dei registri dello stato civile e con la natura meramente dichiarativa delle annotazioni ivi riportate, aventi l'efficacia probatoria privilegiata prevista dall'art. 451 cod. civ., ma non costitutive dello *status* cui i fatti da esse risultanti si riferiscono; esula pertanto dal suo ambito applicativo l'ipotesi in cui, come nella specie, il predetto stato emerga dal provvedimento straniero, la cui trascrivibilità nei registri dello stato civile venga contestata non già per un vizio di carattere formale, ma per l'insussistenza dei requisiti di carattere sostanziale cui gli artt. 64-66 della legge n. 218 del 1995 subordinano l'ingresso nel nostro ordinamento. Tale contestazione, investendo la stessa possibilità di ottenere il riconoscimento dello *status* accertato o costituito dal provvedimento straniero, dà luogo ad una controversia di stato, per la cui risoluzione, com'è noto, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente escluso l'applicabilità del procedimento di rettificazione, in virtù dell'osservazione che tale questione deve essere necessariamente risolta nel contraddittorio delle parti, in un giudizio contenzioso avente ad oggetto per l'appunto lo *status* (cfr. Cass., Sez. I, 21/12/1998, n. 12746; 27/03/1996, n. 2776; 26/01/1993, n. 951).

Se ciò è vero, peraltro, deve riconoscersi per un verso che la richiesta di trascrizione, non proponibile nelle forme previste dall'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000, può ben essere avanzata contestualmente alla domanda di riconoscimento, rispetto alla quale non riveste carattere meramente accessorio e consequenziale, per altro verso che la proposizione di tale domanda esige l'instaurazione del contraddittorio nei confronti dell'organo il cui rifiuto di trascrivere il provvedimento straniero ha dato origine alla controversia, non potendosi negare a quest'ultimo la qualifica di «interessato», nel senso previsto dall'art. 67 della legge n. 218 del 1995, non spettante esclusivamente ai soggetti che hanno assunto la veste di parti nel giudizio in cui il provvedimento è stato pronunciato, ma anche a quelli direttamente coinvolti nella sua attuazione (cfr. Cass., Sez. I, 8/01/2013, n. 220). L'ordine di procedere alla trascrizione nei registri

dello stato civile non è infatti configurabile come una mera conseguenza della pronunzia di riconoscimento, la cui funzione non si esaurisce nell'attribuzione degli effetti specificamente previsti dall'art. 451 cod. civ., ma investe l'efficacia del provvedimento straniero in tutti i suoi aspetti; esso si inserisce nel *petitum* della domanda come oggetto dotato di una propria autonomia concettuale e giuridica, essendo volto a rimuovere l'ostacolo frapposto dall'organo competente, al quale, come destinatario del provvedimento richiesto dall'istante, va pertanto riconosciuta la posizione di legittimo contraddittore nel relativo procedimento.

9.2. Nell'esercizio delle funzioni di ufficiale dello stato civile, il Sindaco agisce poi, ai sensi dell'art. 1 del d.P.R. n. 396 del 2000, in qualità di ufficiale del governo, e quindi non già come organo di vertice e legale rappresentante dell'Amministrazione comunale, bensì come organo periferico della Amministrazione statale, dalla quale dipende ed alla quale sono pertanto imputabili gli atti da lui compiuti nella predetta veste, nonché la responsabilità per i danni dagli stessi cagionati (cfr. Cass., Sez. I, 25/03/2009, n. 7210; Cass., Sez. III, 6/08/2004, n. 15199; 14/02/2000, n. 1599). Com'è noto, la competenza in materia di tenuta dei registri dello stato civile, già spettante al Ministero della giustizia, ai sensi dell'art. 13 del r.d. n. 1238 del 1939, è stata in seguito trasferita al Ministero dell'interno, al quale l'art. 9 del d.P.R. n. 396 del 2000 attribuisce il potere di impartire istruzioni agli ufficiali dello stato civile, nonché la vigilanza sui relativi uffici, da esercitarsi attraverso il prefetto: pur non essendo certo che questi poteri costituiscano espressione di un rapporto di gerarchia in senso proprio, tale da consentire al Ministero di annullare gli atti compiuti dagli ufficiali di stato civile (cfr. le contrastanti pronunce del Giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. III, 1/12/2016, n. 5047; 4/11/2015, n. 5043; 26/10/2015, nn. 4897 e 4899), è pacifico che le predette istruzioni rivestono carattere vincolante per questi ultimi, ai quali è espressamente imposto l'obbligo di uniformarvisi, e ciò al fine di assicurare il regolare svolgimento del servizio e l'unità d'indirizzo nell'interpretazione di disposizioni dalla cui applicazione discendono effetti determinanti per la tutela dei diritti sia personali che patrimoniali. La circostanza che la corretta ed uniforme applicazione delle predette disposizioni risponda ad un'esigenza obiettiva dell'ordinamento, nel cui perseguimento l'Amministrazione non agisce in qualità di parte, non consente quindi di escludere la configurabilità di un autonomo interesse, concreto ed attuale, tale da legittimare l'intervento del Ministero nel giudizio avente ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero e la correlata richiesta di trascrizione, indipendentemente dalla proposizione, contestuale o paventata, di una domanda di risarcimento dei danni cagionati dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile.

9.3. In quanto collegato alla funzione amministrativa specificamente esercitata dal Ministero, il predetto interesse non coincide con quello che legittima la partecipazione al giudizio del Pubblico Ministero, riconducibile invece alla natura del rapporto controverso ed all'indisponibilità delle situazioni giuridiche fatte valere, da cui deriva l'esigenza di garantire che, pur nel rispetto del principio dispositivo, gli strumenti processuali apprestati per la tutela delle predette situazioni operino in funzione della puntuale applicazione della legge. Correttamente, nella specie, l'ordinanza impugnata ha confermato la legittimazione del Pubblico Ministero ad intervenire nel giudizio dinanzi a sé, avuto riguardo alla natura della questione sollevata dagli istanti, che, in quanto avente ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento straniero attributivo di uno *status*, è qualificabile, come si è detto, come controversia di stato, con la conseguente applicabilità dell'art. 70, primo comma, n. 3 cod. proc. civ., che attribuisce all'organo in questione la qualità di parte necessaria nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone, prescrivendone l'intervento a pena di nullità rilevabile d'ufficio. Il

riferimento alla predetta disposizione implica tuttavia l'esclusione del potere di impugnare la decisione emessa dalla Corte d'appello, non essendo la controversia annoverabile né tra quelle per le quali la legge riconosce al Pubblico Ministero il potere di azione né tra quelle matrimoniali, e non trovando pertanto applicazione né il primo comma dell'art. 72 cod. proc. civ., che in riferimento alla prima categoria di controversie attribuisce al predetto organo, in caso d'intervento, gli stessi poteri che competono alle parti, né il terzo ed il quarto comma del medesimo articolo, che in riferimento al secondo gruppo di controversie attribuiscono al Pubblico Ministero il potere d'impugnazione.

Non può condividersi, in proposito, la tesi sostenuta dal Procuratore generale, secondo cui la legittimazione all'impugnazione del Pubblico Ministero, apparentemente esclusa dalle norme citate, potrebbe essere ricavata dall'art. 95, secondo comma, del d.P.R. n. 396 del 2000, che, riconoscendo al Procuratore della Repubblica la facoltà di promuovere in ogni tempo il procedimento di rettificazione, contemplerebbe proprio quel potere di azione dalla cui titolarità il primo comma dell'art. 72 cod. proc. civ. fa dipendere il potere d'impugnazione, ovvero dagli artt. 64-66 della legge n. 218 del 1995, che, subordinando il riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti stranieri alla condizione che gli stessi non risultino contrari all'ordine pubblico, lascerebbero spazio all'iniziativa del Pubblico Ministero, cui l'art. 73 del r.d. n. 12 del 1941 attribuisce l'azione diretta per far osservare le leggi di ordine pubblico. L'esclusione della possibilità di avvalersi del procedimento di cui all'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000 per la risoluzione di controversie di stato, e la conseguente necessità di promuovere la procedura di cui all'art. 67 della legge n. 218 del 1995 per ottenere la dichiarazione di efficacia del provvedimento straniero, anche ai fini della trascrizione nei registri dello stato civile, impediscono infatti di estendere il potere di iniziativa riconosciuto al Pubblico Ministero ai fini della rettificazione oltre l'ambito in riferimento al quale è specificamente previsto, ostandovi la natura stessa della controversia, intrinsecamente disomogenea rispetto a quelle che possono dar luogo al procedimento di rettificazione, ed il chiaro dettato dell'art. 70, primo comma, n. 3 cod. proc. civ., che in riferimento alle controversie di stato si limita ad attribuire al Pubblico Ministero un potere d'intervento. È proprio la predetta disomogeneità a spiegare l'asimmetria del sistema segnalata dal Procuratore generale, e consistente nell'attribuzione al Pubblico Ministero di un potere d'iniziativa (e quindi d'impugnazione) limitato a controversie che, pur coinvolgendo l'interesse pubblico alla corretta applicazione della legge in una materia delicata come quella riguardante la formazione e la registrazione degli atti di stato civile, rivestono una portata più circoscritta rispetto a quelle riguardanti direttamente lo stato delle persone. In realtà, il potere di azione previsto dall'art. 95, secondo comma, del d.P.R. n. 396 del 2000 costituisce un retaggio del sistema previgente, in cui gli uffici dello stato civile facevano capo al Ministero della giustizia e l'art. 182 del r.d. n. 1238 del 1939 attribuiva al Pubblico Ministero, posto alle dipendenze del Ministro, la vigilanza sul regolare svolgimento del servizio e sulla tenuta dei relativi registri; il suo mantenimento da parte della nuova disciplina appare coerente con la natura non contenziosa del procedimento di rettificazione, la cui instaurazione costituirebbe altrimenti appannaggio esclusivo degli interessati, ma non risulta sufficiente a giustificare l'estensione ad un procedimento contenzioso qual è quello di riconoscimento, che ha come controparte, secondo la formula adottata dall'art. 67 della legge n. 218 del 1995, «chiunque vi abbia interesse», ivi compresi, come si è detto, l'ufficiale di stato civile ed il Ministero dell'interno. Il richiamo all'art. 73 dell'ord. giud. non tiene invece conto dell'antiorità di tale disposizione rispetto alla disciplina introdotta dal codice civile (art. 2907) e dal codice di procedura civile (art. 69), che

concordemente limitano l'iniziativa del Pubblico Ministero in materia civile ai soli casi stabiliti dalla legge, in tal modo delineando un sistema ispirato a canoni di rigida tipizzazione, nell'ambito del quale risulta assente qualsiasi riferimento all'osservanza delle «leggi d'ordine pubblico»; tale sistema trova il suo completamento negli artt. 70-72 del codice di rito, che distinguono puntualmente le ipotesi in cui al predetto organo spetta il potere di azione da quelle in cui è titolare di un mero potere d'intervento, includendo nella seconda categoria le controversie di stato, e limitando espressamente alle prime la legittimazione all'impugnazione. L'assoggettamento della fattispecie a disposizioni di ordine pubblico costituirebbe d'altronde un criterio di applicazione tutt'altro che agevole ai fini dell'individuazione del potere di azione del Pubblico Ministero, avuto riguardo alle difficoltà che s'incontrano nella definizione della stessa nozione di «ordine pubblico», e nella conseguente delimitazione di tale categoria di disposizioni, il riferimento alla quale risulterebbe foriero di non poche incertezze, in un settore in cui appare invece primaria l'esigenza di garantire la corretta ed uniforme applicazione della legge; significativa, in proposito, è la circostanza che, proprio in tema di controversie di stato, la giurisprudenza di legittimità abbia più volte escluso la possibilità d'individuare nel carattere imperativo della disciplina applicabile il fondamento di un interesse tale da legittimare l'esercizio dell'azione da parte del Pubblico Ministero, affermando che l'iniziativa spetta ai soli soggetti privati che abbiano un interesse individuale qualificato (concreto, attuale e legittimo) sul piano del diritto sostanziale, di carattere patrimoniale o morale, all'essere o al non essere dello *status*, del rapporto o dell'atto dedotto in giudizio, e concludendo quindi che, in mancanza di una deroga esplicita, trova applicazione la regola generale prevista dall'art. 70, primo comma, n. 3 cod. proc. civ. (cfr. Cass., Sez. I, 16/03/1994, n. 2515; 18/10/1989, n. 4201).

Quanto infine alla possibilità, prospettata in via alternativa dal Procuratore generale, di desumere il potere d'impugnazione del Pubblico Ministero dalla mera partecipazione alla precedente fase processuale, configurabile come intervento adesivo volontario, e quindi idonea a giustificare la proposizione dell'impugnazione indipendentemente dal ricorso all'art. 72 cod. proc. civ., è appena il caso di evidenziare la portata esaustiva della disciplina dettata da tale disposizione, che, nel limitare il potere d'impugnazione del Pubblico Ministero che abbia spiegato intervento nel giudizio alle cause che avrebbe potuto proporre, ovverosia alle ipotesi di cui all'art. 70, primo comma, n. 1, ed alle cause matrimoniali, escluse quelle di separazione dei coniugi, non introduce, relativamente alle altre ipotesi, alcuna distinzione tra quelle in cui l'intervento ha carattere obbligatorio, essendo prescritto a pena di nullità rilevabile d'ufficio, e quelle in cui l'intervento ha carattere facoltativo, in quanto fondato su una valutazione del pubblico interesse rimessa allo stesso Pubblico Ministero.

9.4. La prima questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite può dunque essere risolta con l'enunciazione dei seguenti principi di diritto:

«Il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, se non determinato da vizi formali, dà luogo ad una controversia di stato, da risolversi mediante il procedimento disciplinato dall'art. 67 della legge n. 218 del 1995, in contraddittorio con il Sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile, ed eventualmente con il Ministero dell'interno, legittimato a spiegare intervento nel giudizio, in qualità di titolare della competenza in materia di tenuta dei registri dello stato civile, nonché ad impugnare la relativa decisione».

«Nel giudizio avente ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giu-

risdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, il Pubblico Ministero riveste la qualità di litisconsorte necessario, ai sensi dello art. 70, primo comma, n. 3 cod. proc. civ., ma è privo della legittimazione ad impugnare la relativa decisione, non essendo titolare del potere di azione, neppure ai fini dell'osservanza delle leggi di ordine pubblico».

In applicazione dei predetti principi, il ricorso del Pubblico Ministero va dichiarato inammissibile, mentre risulta ammissibile quello proposto dal Sindaco e dal Ministero dello interno, del quale vanno altresì accolti il secondo ed il quarto motivo.

10. Va altresì accolto il terzo motivo del predetto ricorso, concernente la legittimazione del (...) ad agire anche nella veste di legale rappresentante dei minori, dal momento che, indipendentemente dal conflitto d'interessi con i rappresentati, eventualmente configurabile in relazione all'oggetto della domanda, la sussistenza del potere rappresentativo nella specie doveva ritenersi subordinata proprio al riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero, dal quale dipendeva la possibilità di attribuire rilievo allo *status filiationis* anche nell'ambito dell'ordinamento italiano.

11. Con riguardo alle altre censure, occorre innanzitutto escludere che, come sostengono i ricorrenti, attraverso il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento emesso dal Giudice canadese, ed in particolare mediante l'affermazione della conformità all'ordine pubblico dell'accertamento di un rapporto di filiazione non fondato su un legame biologico, l'ordinanza impugnata sia incorsa nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore. A tale fattispecie, com'è noto, questa Corte ha attribuito un rilievo eminentemente teorico, ritenendola configurabile soltanto qualora il giudice non si sia limitato ad applicare una norma giuridica esistente, ma ne abbia creata una nuova, in tal modo esercitando un'attività di produzione normativa estranea alla sua competenza. Essa non è ravvisabile nel caso in esame, avendo la Corte d'appello giustificato la propria decisione attraverso il richiamo a una pluralità di indici normativi, collegati tra loro ed interpretati alla luce dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Corte EDU, dai quali ha tratto la convinzione che il modello di genitorialità cui s'ispira il nostro ordinamento nell'attuale momento storico non possa più considerarsi fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato, ma debba tener conto di nuove fattispecie contrassegnate dalla costituzione di un legame familiare con quest'ultimo, in conseguenza della consapevole assunzione da parte del primo della responsabilità di allevarlo ed accudirlo, nel quadro di un progetto di vita della coppia costituita con il genitore biologico.

In quanto ancorato alla disciplina vigente, sia pure interpretata secondo criteri evolutivi, il percorso logico-giuridico seguito per giungere alla decisione risulta immune dal vizio lamentato, la cui individuazione presupporrebbe d'altronde la possibilità di distinguere, nell'ambito del predetto *iter*, l'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice da quella interpretativa a lui normalmente affidata: operazione, questa, piuttosto disagiata, in quanto, come la Corte ha già avuto modo di rilevare, l'interpretazione non svolge una funzione meramente euristica, ma si sostanzia nell'enunciazione della *regula juris* applicabile al caso concreto, con profili innegabilmente creativi. È proprio alla luce di tale considerazione che va ribadita la portata eminentemente astratta e teorica dell'eccesso di potere, certamente non configurabile quando, come nella specie, il giudice si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la predetta regola attraverso la ricostruzione della *voluntas legis*, anche se la stessa non sia stata desunta dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dal loro coordinamento sistematico, in quanto tale operazione non può tradursi nella violazione

dei limiti esterni della giurisdizione, ma può dar luogo, al più, ad un *error in iudicando* (cfr. Cass., Sez. Un., 27/06/2018, n. 16974; 12/12/2012, n. 22784; 28/01/2011, n. 2068).

12. Nell'escludere la contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento con cui il Giudice canadese ha riconosciuto a (..) già dichiarati figli di (..) il medesimo *status* nei confronti di (..) con il quale i minori non hanno alcun legame biologico, l'ordinanza impugnata ha richiamato una recente pronuncia di legittimità, che identifica la predetta nozione con il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria» (cfr. Cass., Sez. I, 30/09/2016, n. 19599). Premesso che, a differenza di quanto previsto dalla legge canadese, che ammette il ricorso alla maternità surrogata, purché a titolo gratuito, la disciplina della procreazione medicalmente assistita vigente nel nostro ordinamento non lo consente, la Corte di merito ha ritenuto che il divieto posto dalla legge n. 40 del 2004 non precluda il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero con cui è stato accertato il rapporto di filiazione tra i minori generati attraverso la suddetta pratica ed il genitore intenzionale, trattandosi di disposizioni che non costituiscono espressione di principi vincolanti per il legislatore ordinario, ma dell'ampio margine di apprezzamento di cui quest'ultimo gode nella regolamentazione di una materia in ordine alla quale non vi è consenso a livello europeo, per i delicati interrogativi di ordine etico che la stessa suscita. Precisato inoltre che il nostro ordinamento non prevede un modello di genitorialità fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato, ha conferito rilievo da un lato all'interesse superiore dei minori, identificato nel diritto a conservare lo *status* di figli loro riconosciuto dall'atto validamente formato all'estero, dall'altro alla consapevole decisione di accudirli ed allevarli, nell'ambito del progetto familiare avviato con l'altro genitore.

12.1. Il richiamo ai principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento interno nell'attuale momento storico, quale parametro di riferimento della valutazione prescritta ai fini del riconoscimento, costituisce espressione dell'orientamento da tempo affermato nella giurisprudenza di legittimità, che, abbandonando la precedente concezione difensiva dell'ordine pubblico quale limite all'ingresso nel nostro ordinamento di norme ed atti provenienti da altri sistemi e ritenuti contrastanti con i valori sottesi alla vigente normativa interna, ha attribuito alla predetta nozione una diversa funzione, eminentemente promozionale, che circoscrive l'ambito del giudizio di compatibilità ai valori tutelati dalle norme fondamentali, ponendo in risalto il collegamento degli stessi con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale, dei quali mira a favorire la diffusione, congiuntamente all'armonizzazione tra gli ordinamenti.

In passato, la giurisprudenza di legittimità si era infatti uniformata ad una nozione di ordine pubblico fortemente orientata alla salvaguardia dell'identità e della coerenza interna dell'ordinamento, nonché alla difesa delle concezioni morali e politiche che ne costituivano il fondamento, definendolo come il complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico e dei principi inderogabili immanenti ai più importanti istituti giuridici (cfr. Cass., Sez. I, 12/03/1984, n. 1680; 14/04/1980, n. 2414; 5/12/1969, n. 3881): pur distinguendo concettualmente tra ordine pubblico internazionale, riferibile ai soli rapporti caratterizzati da profili transnazionali e preclusivo del richiamo alla legge straniera applicabile in base ai criteri stabiliti dalle norme di diritto internazionale privato, ed ordine pubblico interno, attinente invece alla libera esplicazione dell'autonomia privata nei rapporti tra soggetti appartenenti al medesimo ordinamento (cfr. Cass., Sez. lav., 25/05/1985, n. 3209; Cass., Sez. I, 3/05/1984, n. 2682; Cass., Sez. II,

19/02/1970, n. 389), il predetto indirizzo faceva sostanzialmente coincidere le due nozioni, ravvisando nella prima null'altro che un aspetto della seconda, fino ad affermare esplicitamente che essa non doveva essere intesa in senso astratto ed universale, ma andava riferita all'ordinamento giuridico nazionale ed ai suoi più elevati interessi, dei quali era volta ad assicurare il rispetto (cfr. Cass., Sez. I, 9/01/1976, n. 44; 14/04/1972, n. 1266; 24/04/1962, n. 818). Tale orientamento, estendendo il parametro di riferimento della valutazione prescritta ai fini della delibazione ai principi informatori dei singoli istituti, quali si desumono dalle norme imperative che li disciplinano, finiva tuttavia per lasciare ben poco spazio all'efficacia dei provvedimenti stranieri, la cui attuazione nel territorio dello Stato risultava in definitiva subordinata alla condizione che la disciplina dagli stessi applicata non differisse, almeno nelle linee essenziali, da quella dettata dall'ordinamento interno.

L'apertura di quest'ultimo al diritto sovranazionale ed il recepimento dei principi introdotti dalle convenzioni internazionali cui il nostro Paese ha prestato adesione, oltre ad influire sull'interpretazione della normativa interna, ha peraltro determinato una modificazione del concetto di ordine pubblico internazionale, caratterizzato, nelle formulazioni più recenti, da un sempre più marcato riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale ed alla tutela dei diritti fondamentali, al quale fa inevitabilmente riscontro un affievolimento dell'attenzione verso quei profili della disciplina interna che, pur previsti da norme imperative, non rispondono ai predetti canoni. Emblematica di tale evoluzione è l'affermazione di ordine generale secondo cui i principi di ordine pubblico vanno individuati in quelli fondamentali della nostra Costituzione o in quelle altre regole che, pur non trovando in essa collocazione, 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 dell'intero assetto ordinamentale (cfr. Cass., Sez. lav., 26/05/2008, n. 13547; 23/02/2006, n. 4040; 26/11/2004, n. 22332). Significativa è anche la precisazione, conforme alle critiche mosse al precedente orientamento, che l'ordine pubblico internazionale non è identificabile con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, con la conseguenza che resterebbe cancellata la diversità tra sistemi giuridici e diverrebbero sostanzialmente inutili le stesse regole del diritto internazionale privato (cfr. Cass., Sez. lav., 4/05/2007, n. 10215). La conclusione che se ne trae è che non vi è coincidenza tra le norme inderogabili dell'ordinamento italiano ed i principi di ordine pubblico rilevanti come limitazione all'applicazione di leggi straniere, dal momento che questi ultimi non vanno enucleati soltanto dal quadro normativa interno, ma devono essere ricavati da esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia e tutela dei diritti fondamentali, o da valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale (cfr. Cass., Sez. III, 22/08/2013, n. 19405; Cass., Sez. lav., 19/07/2007, n. 16017).

In tale mutato contesto s'inserisce anche il precedente richiamato dalla ordinanza impugnata, avente ad oggetto il riconoscimento dell'atto straniero di nascita di un minore generato da due donne, una delle quali aveva fornito l'ovulo necessario al concepimento mediante procreazione medicalmente assistita, mentre l'altra lo aveva partorito: tale pronuncia, nel ribadire la nozione di ordine pubblico dianzi riportata, si pone in rapporto di continuità con il nuovo orientamento, affermando a chiare lettere che «il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche, laddove compatibili con essa, dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti

dell'Uomo»; essa precisa che «un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario», e conclude pertanto che «il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico» (cfr. Cass., Sez. I, 30/09/2016, n. 19599, cit.). Nella medesima ottica, una successiva pronuncia, riguardante la rettifica dell'atto di nascita di un minore generato da due donne mediante il ricorso alla fecondazione assistita, ha affermato che la contrarietà dell'atto estero all'ordine pubblico internazionale dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi della nostra Costituzione, ma anche, tra l'altro, di quelli consacrati nella Dichiarazione ONU dei Diritti dell'Uomo, nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nei Trattati Fondativi e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché, con particolare riferimento alla posizione del minore e al suo interesse, tenendo conto della Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, della Convenzione ONU dei Diritti del Fanciullo e della Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore (cfr. Cass., Sez. I, 15/06/2017, n. 14878).

Il risalto in tal modo conferito ai principi consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ai quali viene attribuita una portata complementare a quella dei principi sanciti dalla nostra Costituzione, non trova smentita nella recente sentenza emessa da questa Corte a Sezioni Unite e richiamata nell'ordinanza di rimessione (cfr. Cass., Sez. Un., 5/07/2017, n. 16601), la quale, nell'escludere la sussistenza di un'incompatibilità antologica tra l'istituto dei danni punitivi e l'ordinamento italiano, non ha affatto inteso rimettere in discussione il predetto orientamento, ma si è limitata a richiamare l'attenzione sui principi fondanti del nostro ordinamento, con i quali il giudice investito della domanda di riconoscimento è pur sempre tenuto a confrontarsi. A fronte degli effetti sovente innovativi della mediazione esercitata dalle carte sovranazionali ai fini dell'ingresso di istituti provenienti da altri ordinamenti, essa ha ribadito l'essenzialità del controllo sui principi essenziali della *lex fori* in materie presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della repubblica, affermando che «Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancor vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca». Ha quindi chiarito che la sentenza straniera applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi «con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»; nel contempo, ha precisato che la valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico non può essere limitata alla ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri ed istituti italiani, ma deve estendersi alla verifica dell'eventuale contrasto tra l'istituto di cui si chiede il riconoscimento e l'intreccio di valori e norme rilevanti ai fini della delibazione.

12.2. Viene in tal modo evidenziato un profilo importante della valutazione di compatibilità, rimasto forse in ombra nelle enunciazioni di principio delle precedenti decisioni, ma dalle

stesse tenuto ben presente nell'esame delle fattispecie concrete, ovverosia la rilevanza della normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione, e la conseguente necessità di tener conto, nell'individuazione dei principi di ordine pubblico, del modo in cui i predetti valori si sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti. Significativo, in proposito, risulta l'ampio *excursus* dedicato dalla prima delle sentenze richiamate alle norme di legge ordinaria che conferiscono rilievo all'interesse superiore del minore ed a quelle che disciplinano l'acquisto dello *status* di figlio e la procreazione medicalmente assistita. Così come va sottolineata l'attenzione costantemente prestata, in tema di riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti stranieri, all'opera di sintesi e ricomposizione attraverso la quale la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità sono pervenute all'estrapolazione dei principi fondamentali, sulla base non solo dei solenni enunciati della Costituzione e delle Convenzioni e Dichiarazioni internazionali, ma anche dell'interpretazione della legge ordinaria, che dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindersi nella ricostruzione dell'ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico. Caratteristica essenziale della nozione di ordine pubblico è infatti la relatività e mutevolezza nel tempo del suo contenuto, soggetto a modificazioni in dipendenza dell'evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali, e quindi inevitabilmente destinato ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quella evoluzione costituiscono espressione, e che contribuiscono a loro volta a tenere vivi e ad arricchire di significati i principi fondamentali dell'ordinamento.

Il segnalato processo di armonizzazione tra gli ordinamenti, di cui costituisce espressione il riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale, non esige d'altronde la realizzazione di un'assoluta uniformità nella disciplina delle singole materie, spettando alla discrezionalità del legislatore l'individuazione degli strumenti più opportuni per dare attuazione a quei valori, compatibilmente con i principi ispiratori del diritto interno, senza che ciò consenta di declassare automaticamente a mera normativa di dettaglio le disposizioni a tal fine adottate. In tal senso depongono anche gli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, i quali, nel disciplinare l'ingresso nel nostro ordinamento di atti e provvedimenti formati all'estero, non prevedono affatto il recepimento degli istituti ivi applicati, così come sono disciplinati dagli ordinamenti di provenienza, ma si limitano a consentire la produzione dei relativi effetti, nella misura in cui gli stessi risultino compatibili con la delineata nozione di ordine pubblico.

12.3. La seconda questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite può quindi essere risolta con l'enunciazione del seguente principio di diritto:

«In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico».

13. Tale profilo non ha costituito oggetto di adeguato apprezzamento da parte dell'ordinanza impugnata, la quale si è limitata a far proprie le enunciazioni di principio della sentenza n. 19599 del 2016, ritenendole suscettibili di automatica trasposizione alla fattispecie da essa esaminata, senza tener conto delle profonde differenze intercorrenti tra la stessa e quella presa

in considerazione dal precedente di legittimità, ed omettendo conseguentemente di valutare il diverso modo di atteggiarsi dei principi richiamati, alla stregua della disciplina ordinaria specificamente applicabile.

La domanda proposta nel presente giudizio ha infatti ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento emesso all'estero, che ha attribuito ai minori lo *status* di figli di uno dei due istanti, con il quale essi non hanno alcun rapporto biologico, essendo stati generati mediante gameti forniti dall'altro, già dichiarato loro genitore con un precedente provvedimento regolarmente trascritto in Italia, con la cooperazione di due donne, una delle quali ha donato gli ovociti, mentre l'altra, in virtù di un accordo validamente stipulato ai sensi della legge straniera, ha portato avanti la gravidanza, rinunciando preventivamente a qualsiasi diritto nei confronti dei minori. Il giudizio nel quale è stata pronunciata la sentenza richiamata aveva invece ad oggetto la trascrizione nei registri dello stato civile italiano di un atto di nascita formato all'estero e riguardante un minore generato da due donne, a ciascuna delle quali egli risultava legato da un rapporto biologico, in quanto una di esse lo aveva partorito, mentre l'altra aveva fornito gli ovuli necessari per il concepimento mediante procreazione medicalmente assistita. Le due fattispecie hanno in comune il fatto che il concepimento e la nascita del minore hanno avuto luogo in attuazione di un progetto genitoriale maturato nell'ambito di una coppia omosessuale, con l'apporto genetico di uno solo dei *partner*, differenziandosi invece per il numero di terzi estranei (due, anziché uno) che hanno cooperato al predetto scopo, e soprattutto per il contributo fornito da uno di essi, che risulta però determinante ai fini della individuazione della disciplina applicabile.

Come rilevato da questa Corte, la tecnica fecondataiva esaminata dalla precedente sentenza è assimilabile per un verso alla fecondazione eterologa, alla quale è accomunata dalla necessità dell'apporto genetico di un terzo donatore del gamete per la realizzazione del progetto genitoriale proprio di una coppia che, essendo dello stesso sesso, si trovi in una situazione analoga a quella di una coppia di persone di sesso diverso cui sia diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta e irreversibile, per altro verso alla fecondazione omologa, con la quale condivide il contributo genetico fornito da un *partner* all'altro nell'ambito della stessa coppia. La fattispecie non è pertanto riconducibile alla surrogazione di maternità, in quanto priva della caratteristica essenziale di tale figura, costituita dal fatto che una donna presta il proprio corpo (ed eventualmente gli ovuli necessari al concepimento) al solo fine di aiutare un'altra persona o una coppia sterile a realizzare il proprio desiderio di avere un figlio, assumendo l'obbligo di provvedere alla gestazione ed al parto per conto della stessa, ed impegnandosi a consegnarle il nascituro. È per tale motivo che la predetta sentenza ha potuto agevolmente escludere l'applicabilità dell'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, che vieta «la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità», comminando una sanzione penale per «chiunque, in qualsiasi forma», la «realizza, organizza o pubblicizza»; nel contempo, essa ha evidenziato la minore portata del divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, imposto dall'art. 5 alle coppie dello stesso sesso, osservando che, ai sensi del comma secondo dell'art. 12, lo stesso è presidiato esclusivamente da una sanzione amministrativa; ed ha dato atto della diversità della fattispecie anche dalla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per il fatto che l'ovulo è fornito dal *partner* della gestante, ritenendo quindi non pertinente il richiamo all'art. 9, comma terzo, della medesima legge, che, in caso di violazione del divieto di cui all'art. 4, comma terzo, preclude al donatore di gameti l'acquisizione di qualsiasi relazione giuridica parentale con il nato e la possibilità di far valere nei confronti dello stesso alcun diritto o assumere alcun obbligo.

La fattispecie che costituisce oggetto del presente giudizio è invece annoverabile a pieno titolo tra le ipotesi di maternità surrogata, caratterizzandosi proprio per l'accordo intervenuto con una donna estranea alla coppia genitoriale, che ha provveduto alla gestazione ed al parto, rinunciando tuttavia ad ogni diritto nei confronti dei nati: essa non è pertanto assimilabile in alcun modo a quella esaminata dal precedente citato, e neppure a quella che ha costituito oggetto della successiva sentenza n. 14878 del 2017, riguardante la rettifica dell'atto di nascita di un minore, formato all'estero e già trascritto in Italia, a seguito della modifica apportata dall'ufficiale di stato civile straniero, che aveva indicato il nato come figlio non solo della donna che lo aveva partorito, ma anche di un'altra donna, con essa coniugata, con cui il minore non aveva alcun legame biologico; nell'escludere la contrarietà della rettifica all'ordine pubblico, quest'ultima sentenza ha infatti equiparato la fattispecie alla fecondazione eterologa, ricordando da un lato che il divieto del ricorso a tale pratica è venuto parzialmente meno per effetto della sentenza n. 162 del 2014, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004, e richiamando dall'altro i principi enunciati dalla sentenza n. 19599 del 2016. Tale ragionamento non è tuttavia suscettibile di estensione al caso in esame, il cui unico punto di contatto con la fecondazione eterologa è rappresentato dall'estraneità alla coppia di uno dei soggetti che hanno fornito i gameti necessari per il concepimento, dal momento che la gestazione ed il parto non hanno avuto luogo nell'ambito della coppia, ma con la cooperazione di un quarto soggetto.

13.1. In quanto manifestatosi nelle forme tipiche della surrogazione di maternità, l'intervento di quest'ultimo rende la vicenda assimilabile a quella presa in considerazione da una più risalente sentenza, con cui questa Corte, nel pronunciare in ordine allo stato di adattabilità di un minore nato all'estero mediante il ricorso alla predetta pratica, ha ritenuto contrastante con l'ordine pubblico il riconoscimento dell'efficacia dell'atto di nascita formato all'estero, in cui erano indicati come genitori due coniugi italiani, i quali si erano avvalsi della maternità surrogata senza fornire alcun apporto biologico (cfr. Cass., Sez. I, 11/11/2014, n. 24001). Nel ribadire che l'ordine pubblico internazionale è «il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna», e dunque «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili», tale sentenza ha ritenuto pacifica l'applicabilità del divieto della surrogazione di maternità risultante dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, osservando che tale disposizione è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, posta di regola a presidio di beni fondamentali; ha precisato che «vengono qui in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»; ed ha escluso che tale divieto si ponga in contrasto con l'interesse superiore del minore, tutelato dall'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, ritenendolo espressione di una scelta non irragionevole, compiuta dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità, e volta a far sì «che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando [...] all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico».

Rispetto alla fattispecie presa in considerazione dalla predetta sentenza, quella esaminata dall'ordinanza impugnata si distingue soltanto per il fatto che la surrogazione di maternità non si è realizzata mediante gameti interamente forniti da soggetti estranei alla coppia, ma con il contributo genetico di uno dei componenti della stessa; nella specie, tuttavia, l'assenza di un legame genetico tra i minori e l'altro *partner* è stata ritenuta inidonea ad impedire il riconoscimento del rapporto genitoriale accertato con il provvedimento del Giudice canadese, in virtù dell'affermazione che il modello di genitorialità cui s'ispira il nostro ordinamento non è fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato. Per giungere a tale conclusione, la Corte di merito ha escluso innanzitutto la possibilità di considerare l'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004 come una norma di ordine pubblico, negando che la disciplina della procreazione medicalmente assistita costituisca espressione di principi fondamentali e costituzionalmente obbligati, non modificabili ad opera del legislatore ordinario, e ravvisandovi piuttosto «il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo nella tutela dei differenti interessi fondamentali che vengono in considerazione nella materia»; ha conseguentemente ritenuto che la predetta disciplina non possa prevalere sull'interesse superiore dei minori, identificato in quello alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito allo estero, che risulterebbe pregiudicato dall'impossibilità di far valere i relativi diritti nei confronti del genitore intenzionale, nonché dalla mancata assunzione dei corrispondenti obblighi da parte di quest'ultimo.

13.2. Nella parte in cui esclude che il divieto della surrogazione di maternità costituisca un principio di ordine pubblico, il ragionamento seguito dalla Corte territoriale si pone in evidente contrasto con l'orientamento precedentemente riportato della giurisprudenza di legittimità, che assegna a tale disposizione una funzione essenziale di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, trascurando altresì le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale, che vi ravvisa il risultato di un bilanciamento d'interessi attuato dallo stesso legislatore.

Com'è noto, infatti, la Corte costituzionale ha da tempo riconosciuto nella legge n. 40 del 2004 una legge «costituzionalmente necessaria», osservando che essa rappresenta la prima legislazione organica relativa ad un delicato settore che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa (cfr. Corte cost., sent. n. 45 del 2005; v. anche sent. n. 151 del 2009); pur escludendo che detta legge abbia un contenuto costituzionalmente vincolato, ha affermato che le questioni da essa affrontate toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore (cfr. Corte cost., sent. n. 347 del 1998). Premesso che «la determinazione di avere o meno un figlio, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali», e precisato che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato dall'ordinamento giuridico, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione», la Corte da un lato ha riconosciuto che «il dato della provenienza genetica non costituisce un requisito imprescindibile della famiglia», dall'altro ha tenuto però a chiarire che «la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti» (cfr. Corte cost., sent. n. 162 del 2014). Tra questi limiti va indubbiamente an-

noverato il divieto della surrogazione di maternità, al quale dev'essere riconosciuta una rilevanza del tutto particolare, tenuto conto della speciale considerazione di cui la predetta pratica costituisce oggetto nell'ambito della legge n. 40: quest'ultima, infatti, nel consentire il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ivi comprese (a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014) quelle di tipo eterologo, nei casi di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché (per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015) nel caso di coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma primo, lett. b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, distingue nettamente tra le predette tecniche e la surrogazione di maternità, subordinando l'utilizzazione delle prime al concorso di determinate condizioni e vietando in ogni caso il ricorso alla seconda, nonché prevedendo sanzioni di diversa gravità (rispettivamente amministrative e penali) per la violazione delle relative disposizioni. Tale diversità di regime giuridico è stata evidenziata anche dal Giudice delle leggi, che nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma terzo, della legge in esame, nella parte in cui vietava il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo anche nel caso in cui fosse stata diagnosticata una patologia tale da causare sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, ha tenuto a precisare che tale pronuncia non investiva in alcun modo il divieto posto dall'art. 12, comma sesto (cfr. sent. n.162 del 2014).

Il senso di detto limite è stato chiarito dalla stessa Corte costituzionale, la quale, nel dichiarare infondata, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost. ed all'art. 8 della CEDU, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso, ha posto nuovamente in risalto il ruolo svolto dal divieto di cui all'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004 ai fini della regolamentazione degli interessi coinvolti nelle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Premesso che, nonostante l'accentuato *favor* dimostrato dall'ordinamento per la conformità dello *status* di figlio alla realtà della procreazione, l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento con gli altri interessi coinvolti, in particolare con l'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis*, e dato atto che in caso di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita il legislatore ha attribuito la prevalenza proprio a quest'ultimo interesse, dichiarando inammissibile il disconoscimento di paternità, la Corte ha rilevato che, a fianco dei casi in cui il bilanciamento è demandato al giudice, «vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa», mentre «in altri il legislatore impone, allo opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata», confermando inoltre che in quest'ultimo caso l'interesse alla verità riveste natura anche pubblica, in quanto correlato ad una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, e per tale motivo è vietata dalla legge (cfr. Corte cost., sent. n. 272 del 2017).

Non può pertanto condividersi il ragionamento seguito dalla Corte di merito, nella parte in cui, pur riconoscendo nella disposizione di cui all'art. 12, sesto comma, della legge n. 40 del 2004 il punto di equilibrio attualmente aggiunto a livello legislativo nella tutela dei differenti interessi fondamentali che vengono in considerazione nella materia, ha preteso di sostituire la propria valutazione a quella compiuta in via generale dal legislatore, attribuendo la prevalenza all'interesse dei minori alla conservazione dello *status filiationis*, nonostante la pacifica

insussistenza di un rapporto biologico con il genitore intenzionale. Non risulta pertinente, in proposito, il richiamo all'affermazione, contenuta nella citata sentenza n. 19599 del 2016, secondo cui le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004, imputabili agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia, non possono ricadere su chi è nato, il quale ha il diritto fondamentale, che dev'essere tutelato, alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero: tale interesse, come si è visto, è destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità, il cui divieto, nell'ottica fatta propria dal Giudice delle leggi, viene a configurarsi come l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica. Tale prevalenza, d'altronde, non si traduce necessariamente nella cancellazione dell'interesse del minore, la cui tutela, come precisato dalla Corte costituzionale, impone di prescindere dalla rigida alternativa vero o falso, tenendo conto di variabili più complesse, tra le quali assume particolare rilievo, nella specie, la presenza di strumenti legali idonei a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale, che, pur diverso da quello previsto dall'art. 8 della legge n. 40 del 2004, garantisca al minore una adeguata tutela (cfr. Corte cost., sent. n. 272 del 2017); in proposito, va richiamato soprattutto l'orientamento di questa Corte in tema di adozione in casi particolari, che, proprio facendo leva sull'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatasi con altri soggetti che se ne prendono cura, individua nell'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983 una clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo (cfr. Cass., Sez. I, 22/06/2016, n. 12962).

13.3. Tali conclusioni non si pongono affatto in contrasto con principi sanciti dalle convenzioni internazionali in materia di protezione dei diritti dell'infanzia, cui lo Stato italiano ha prestato adesione, ratificandole e rendendole esecutive nell'ordinamento interno, né con le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza formatasi al riguardo, e richiamata nell'ordinanza impugnata. È pur vero, infatti, che le predette fonti assicurano la più ampia tutela al minore, riconoscendo allo stesso il diritto alla protezione ed alle cure necessarie per il suo benessere, impegnando gli Stati a preservarne l'identità ed a rispettarne le relazioni familiari, ed individuando, quale criterio preminente da adottare in tutte le decisioni che lo riguardino, il suo interesse superiore, nonché promuovendo la concessione delle garanzie procedurali necessarie ad agevolare l'esercizio dei suoi diritti (cfr. in particolare gli artt. 3, 8 e 9 della Convenzione di New York cit.; gli artt. 1 e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con legge 20 marzo 2003, n. 77; gli artt. 8, 9, 10, 22, 23, 28 e 33 della Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996 e ratificata con legge 18 giugno 2015, n. 101; l'art. 24 della Carta di Nizza). Ciò non significa tuttavia che la tutela del predetto interesse non possa costituire oggetto di contemperamento con quella di altri valori considerati essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento, la cui considerazione può ben incidere sull'individuazione delle modalità più opportune da adottare per la sua realizzazione, soprattutto in

materie sensibili come quella in esame, che interrogano profondamente la coscienza individuale e collettiva, ponendo questioni delicate e complesse, suscettibili di soluzioni differenziate. D'altronde, proprio in tema di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore intenzionale, la Corte EDU ha da tempo affermato che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento sia ai fini della decisione di autorizzare o meno la predetta pratica che con riguardo alla determinazione degli effetti da ricollegarvi sul piano giuridico, dando atto che è in gioco un aspetto essenziale dell'identità degli individui, ma rilevando che in ordine a tali questioni non vi è consenso a livello internazionale, e ritenendo comunque legittime le finalità di tutela del minore e della gestante, perseguite attraverso l'imposizione del divieto in questione. Pur osservando che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione è destinato inevitabilmente ad incidere sulla vita familiare del minore, essa ha escluso la configurabilità di una violazione del diritto al rispetto della stessa, ove sia assicurata in concreto la possibilità di condurre un'esistenza paragonabile a quella delle altre famiglie, ravvisando soltanto una violazione del diritto al rispetto della vita privata, in relazione alla lesione dell'identità personale eventualmente derivante dalla coincidenza di uno dei genitori d'intenzione con il genitore biologico del minore (cfr. Corte EDU, sent. 26/06/2014, *Mennesson e Labassee c. Francia*). Le predette violazioni non sono pertanto configurabili nel caso in cui, come nella specie, non sia in discussione il rapporto di filiazione con il genitore biologico, ma solo quello con il genitore d'intenzione, il cui mancato riconoscimento non preclude al minore l'inserimento nel nucleo familiare della coppia genitoriale né l'accesso al trattamento giuridico ricollegabile allo *status filiationis*, pacificamente riconosciuto nei confronti dell'altro genitore. Nel caso esaminato da questa Corte nella sentenza n. 24001 del 2014, e riproposto dinanzi ad essa, la Corte EDU ha d'altronde escluso entrambe le violazioni, negando per un verso la configurabilità di una vita familiare, in considerazione dell'assenza di qualsiasi legame genetico o biologico tra il minore ed entrambi i genitori e della breve durata della relazione con gli stessi, e ritenendo per altro verso legittima l'ingerenza nella vita privata, concretizzatasi nell'interruzione dei rapporti con i genitori e nella dichiarazione dello stato di adattabilità, alla luce dell'illegalità della condotta tenuta dai genitori, che avevano condotto il minore in Italia senza rispettare la disciplina dell'adozione, e della conseguente precarietà della relazione in tal modo instauratasi (cfr. Corte EDU, sent. 24/01/2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*). Anche nella giurisprudenza della Corte EDU, la sussistenza di un legame genetico o biologico con il minore rappresenta dunque il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda, e fermo restando l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo *status filiationis*: esigenza, questa, che nell'ordinamento interno può ritenersi soddisfatta anche dal già menzionato istituto dell'adozione in casi particolari, per effetto delle disposizioni della legge n. 184 del 1983, che parificano la posizione del figlio adottivo allo stato di figlio nato dal matrimonio.

13.4. L'ultima questione sottoposta all'esame di queste Sezioni Unite può dunque essere risolta mediante l'enunciazione del seguente principio di diritto:

«Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori

fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. *d*), della legge n. 184 del 1983».

14. In applicazione dei predetti principi, va pertanto accolto anche il quinto motivo del ricorso proposto dal Ministero e dal Sindaco, con la conseguente cassazione dell'ordinanza impugnata, e, non risultando necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384, ultimo comma, cod. proc. civ., con il rigetto della domanda di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero.

L'incertezza delle questioni trattate, inerenti ad una materia che ha costituito oggetto di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale assai vivace e tuttora in evoluzione, giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

P. Q. M.

dichiara inammissibile il ricorso proposto dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Trento; rigetta il primo motivo del ricorso proposto dal Ministero dell'interno e dal Sindaco di Trento; accoglie il secondo, il terzo, il quarto ed il quinto motivo; cassa l'ordinanza impugnata, in relazione ai motivi accolti, e, decidendo nel merito, rigetta la domanda. Compensa integralmente le spese processuali.

Dispone che, in caso di utilizzazione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione scientifica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di (...) ed (...) riportati nella sentenza.

Così deciso in Roma il 6/11/2018.

La preclusione alla riparazione pecuniaria (ex art. 322-*quater* c.p.) in caso di patteggiamento e in via incidentale, il *revirement* sui profili di diritto intertemporale della legge “spazza-corrotti”

NOTA A CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, SENTENZA 20 MARZO 2019 N. 12541

Massimiliano Stagno*

*Con riguardo ai più gravi reati contro la pubblica amministrazione, il patteggiamento (anche nella forma c.d. allargata) preclude l'applicazione della riparazione pecuniaria di cui all'art. 322-*quater* c.p., che rappresenta una sanzione civile la cui applicazione presuppone una sentenza di “condanna” in senso stretto, cioè emessa a seguito di rito ordinario o abbreviato.*

1. Con la sentenza n. 12541 del 20 marzo 2019, la sesta sezione penale della Corte di Cassazione affronta un tema di assoluta novità.

Dinnanzi alla suprema Corte, infatti, veniva sollevata la questione (inedita) concernente l'illegalità della pena irrogata con una sentenza di patteggiamento mediante la quale il giudice per le indagini preliminari applicava la disposizione di cui all'art. 322-*quater* c.p. (la c.d. riparazione pecuniaria), istituto quest'ultimo che, fin dalla sua introduzione avvenuta con l. 27 maggio 2015, n. 69, risultava di difficile inquadramento giuridico (1).

Ad una prima lettura, la riparazione pecuniaria pare indubbiamente inserirsi all'interno di quella cornice di strumenti coercitivi - ormai divenuti frequenti, basti pensare alla confisca ex art. 322-*ter* c.p. - volti a colpire i vantaggi derivanti dai reati commessi ai danni della pubblica amministrazione; ciò non toglie, però, che - visti i peculiari tratti della misura - l'assoluta novità della stessa ha spinto, già prima della sentenza in commento, ad interrogarsi sulla corretta natura giuridica da attribuire all'istituto (2).

Non riscontrandosi precedenti giurisprudenziali in merito, la pronuncia della sesta sezione penale si pone, dunque, in un'ottica assolutamente inno-

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura generale dello Stato.

(1) La fattispecie, introdotta con la l. del 27 maggio 2015, n. 69, rubricata «Riparazione pecuniaria», prevede che «Con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321 e 322-*bis*, è sempre ordinato il pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno».

Occorre, tuttavia, una breve precisazione: il disposto dell'art. 322-*quater* c.p. ha subito un'importante modifica ad opera della l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. decreto “spazzacorrotti”), che, ai fini del *quantum* oggetto della riparazione pecuniaria, ha sostituito la formula «quanto indebitamente percepito» con la diversa formulazione «somma equivalente al prezzo o al profitto del reato».

(2) Sul punto, cfr. V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15.12.2015, p. 14.

vativa; i giudici di legittimità giungono, infatti, al riconoscimento della natura di «*sanzione civile accessoria [...] con un'indubbia connotazione punitiva*».

La conseguenza di una simile interpretazione appare evidente: la riparazione pecuniaria *ex art. 322-quater c.p.* diviene una vera e propria sanzione che si aggiunge - o per meglio dire, si cumula - a quelle già specificatamente previste in materia di reati contro la pubblica amministrazione, prima tra tutte la confisca *ex art. 322-ter c.p.*

D'altronde, sono gli stessi giudici di legittimità a lasciare aperte le porte anche al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 185 c.p. in favore della persona offesa del reato (destinatario della somma oggetto di riparazione pecuniaria), riconoscendo in tale istituto un ulteriore rafforzamento del (già ben guarnito) presidio sanzionatorio posto a tutela del buon andamento della pubblica amministrazione. In altre parole, la riparazione pecuniaria assumerebbe le forme di un *tertium genus* sanzionatorio che non escluderebbe l'applicazione di ulteriori sanzioni concernenti il medesimo *tantundem*.

A livello meramente ermeneutico, l'inquadramento dogmatico dell'istituto elaborato dai giudici della Suprema Corte risulta corretto, in quanto necessario per evitare un'interpretatio abrogans dell'art. 322-quater, norma che, se interpretata in altro modo, rischierebbe di non poter trovare concreta applicazione stante la presenza di diverse disposizioni che ne condividono la medesima finalità nonché il medesimo oggetto; prima tra tutte la confisca *ex art. 322-ter c.p.* (3), della quale la riparazione pecuniaria avrebbe altrimenti rappresentato un illegittimo "doppione".

Tuttavia, i giudici di legittimità, se da un lato riconoscono alla misura la forma della tipica obbligazione civilistica - là dove presenta un contenuto squisitamente economico ed è rivolta a favore della persona offesa - dall'altro, non mancano di sottolinearne anche una chiara connotazione punitiva (4). D'altronde, la previsione in termini di obbligatoria applicazione della misura, che prescinde dal danno civilisticamente inteso e dall'esercizio dell'azione risarcitoria della persona offesa, nonché dalla volontaria iniziativa del reo, contri-

(3) C. BENUSSI, *Sub art. 322-quater*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, p. 462, secondo cui «*si fa obiettivamente fatica a comprendere il senso e ad accettare la presenza nell'ordinamento (della riparazione pecuniaria), anche in ragione del fatto che l'art. 322-ter c.p. già prevede per i delitti di peculato, concussione, corruzione e induzione indebita "la confisca del bene che ne costituiscono il profitto o il prezzo"*».

(4) In merito alla natura punitiva della riparazione pecuniaria si era già espressa la dottrina. Sul punto, V. MONGILLO, *Le riforme*, cit. il quale ritiene che «*nonostante il nomen iuris ("riparazione pecuniaria") l'istituto tradisce una connotazione funzionale ancipite: non solo compensatoria, ma anche (e soprattutto) punitivo-deterrente*».

Sempre in dottrina, concorde sul punto C. BENUSSI, *Sub art. 322-quater*, cit. secondo il quale «*in ragione dell'indubbia stretta connessione che lega la misura al reato, sembra prevale un'istanza punitiva che fa propendere per la "natura penale (o parapenale)" della riparazione*».

Ancora sul punto, G. AMATO, *Pagare "sempre" quanto ricevuto a titolo riparativo*, in *Guida dir.* 26/2015, 47 s.

buiscono al recupero di una funzione penale di deterrenza e al rafforzamento di una funzione di repressione-punizione.

Certo è che una simile connotazione impone qualche riflessione in merito alla compatibilità della riparazione pecuniaria con alcune delle principali garanzie del diritto penale, tra cui il principio del *ne bis in idem* e quello di irretroattività delle norme incriminatrici.

Orbene, il riconoscimento della natura penale (o parapenale) della riparazione pecuniaria conduce all'ovvia conclusione che la stessa soggiace al principio di irretroattività delle norme penali. Sebbene, infatti, i giudici di legittimità, nella sentenza in commento, nulla dicono in merito, è del tutto pacifico che le norme penali sostanziali istitutive di nuove incriminazioni o di una nuova previsione di pena non possano trovare applicazione verso fatti commessi anteriormente alla loro entrata in vigore (5).

Il vero interrogativo che l'interprete dovrebbe porsi a fronte di un simile inquadramento dogmatico dell'istituto di cui all'art. 322-*quater* c.p. è piuttosto un altro: la riparazione pecuniaria può dirsi compatibile con la regola del *ne bis in idem* (in senso sanzionatorio)? (6).

Infatti, posto che l'inquadramento della riparazione pecuniaria tra le sanzioni "civili" comporta la possibilità che la stessa venga applicata congiuntamente con la confisca *ex art. 322-ter* c.p., il cumulo tra le due misure ben potrebbe determinare una violazione del *ne bis in idem* sanzionatorio in quanto, a prescindere dal *nomen iuris* attribuitogli, il comune oggetto dei due provvedimenti - rappresentato dal prezzo o profitto del reato - dà luogo a una pena patrimoniale quantificata nel doppio del vantaggio illecito ottenuto (7).

In ogni caso, a prescindere da quanto detto in merito all'inquadramento dogmatico dell'istituto, il vero nodo interpretativo che la Cassazione era chiamata a sciogliere riguardava l'ambito applicativo della riparazione pecuniaria.

In altre parole, il principale tema affrontato dai giudici di legittimità concerne la compatibilità o meno della riparazione pecuniaria con l'applicazione

(5) Sul punto, v., su tutte, la recente sentenza della Corte Costituzionale (la n. 63 del 2019, in *www.dirittopenalecontemporaneo* 2 aprile 2019, con nota di M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*), con la quale, riconoscendosi come il principio di irretroattività *in peius* della legge penale costituisca un valore assoluto ed inderogabile, è stata vietata ogni forma di applicazione retroattiva, non solo delle leggi che prevedono pene principali, ma anche di quelle istitutive di pene accessorie o di altri effetti (comunque con natura penale) della condanna.

(6) Sul tema del *ne bis in idem* cfr. C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. Pen.*, 15 febbraio 2019, n. 1.

(7) Alla luce di tali problematiche sembra corretto il pensiero di quella parte della dottrina secondo cui sarebbe stato più opportuno che il legislatore avesse previsto che la somma oggetto della riparazione pecuniaria fosse determinata dal giudice fra un limite minimo e un limite massimo prefissato, così da poter conciliare la citata misura con la confisca e renderla applicabile anche ai casi in cui il reo non avesse ricevuto alcuna somma di danaro a seguito di una corruzione arrestatasi alla mera accettazione della promessa. In tal senso, C. BENUSSI, *Sub art. 322-quater c.p.*, cit.

della pena su richiesta delle parti; ancora una volta, nella sentenza in commento, i giudici di legittimità giungono ad un esito corretto e ragionevole: l'incompatibilità della riparazione pecuniaria con il patteggiamento.

Punto di partenza è proprio il dato letterale dell'art. 322-*quater* c.p., che circoscrive l'obbligatoria applicazione dell'istituto al solo caso in cui venga pronunciata sentenza di condanna.

Sul punto, è sicuramente vero che il legislatore all'art. 445, co. 1-*bis* c.p.p. prevede che «*salvo diverse disposizioni di legge, la sentenza [di patteggiamento] è equiparata a quella di condanna*», tuttavia, l'art. 322-*quater* c.p. sembra rappresentare proprio una di quelle “diverse disposizioni di legge” che impedisce simile equiparazione.

In particolare, il circoscritto riferimento alla pronuncia di condanna nell'art. 322-*quater* c.p. non va considerato come una mera svista del legislatore, quanto, piuttosto, come una scelta volontaria di escludere l'applicazione della pena su richiesta delle parti dall'ambito applicativo della riparazione pecuniaria.

Del resto, ove il legislatore ha voluto subordinare l'applicazione di una misura patrimoniale anche nel caso in cui venga pronunciata sentenza di patteggiamento l'ha fatto espressamente («*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*»): plurime disposizioni del codice penale confermano come il legislatore tenga ben distinta la sentenza di condanna da quella di patteggiamento ai fini delle ulteriori conseguenze penali derivanti dal reato.

Emblematico sul punto - sempre nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione - è il caso della confisca *ex* art. 322-*ter* c.p., nel cui testo l'applicazione obbligatoria della confisca del prezzo o del profitto è subordinata ad una pronuncia di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti (8). Inoltre, volendo allontanarsi dal circoscritto ambito del sistema dei reati contro la pubblica amministrazione, appare utile esaminare anche la norma di cui all'art. 452-*duodecies* c.p. rubricato “Ripristino dello stato dei luoghi” (istituto coevo a quello della riparazione pecuniaria (9)), la quale prevede il recupero e, ove possibile, il ripristino dello stato dei luoghi su ordine del giudice nel caso in cui venga pronunciata sentenza di condanna o di patteggiamento *ex* art. 444 c.p.

In sostanza, dalle considerazioni appena esposte si desume, *a contrario*, che il legislatore ha voluto escludere dall'ambito applicativo dell'art. 322-*quater* c.p. il caso in cui venga pronunciata la sentenza di patteggiamento.

(8) Ancora a titolo esemplificativo, sempre in tema di confisca obbligatoria, il riferimento è posto all'art. 466-*bis* c.p. nonché all'art. 644 i quali espressamente fanno riferimento alla sentenza di patteggiamento.

(9) L'istituto di cui all'art. 452-*duodecies* c.p. viene introdotto nel nostro ordinamento con la legge del 22 maggio 2015, n. 68 (recante «*Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente*»). Essa, pertanto, può considerarsi redatta nel medesimo contesto politico e dal medesimo legislatore dell'art. 322-*quater* c.p.; l'istituto della riparazione pecuniaria venne introdotto con la legge del 27 maggio 2015, n. 69.

In breve: alla luce dell'univoco dato letterale dell'art. 322-*quater* i giudici della Suprema Corte si pronunciano nel senso dell'esclusione della riparazione pecuniaria non solo nel caso del patteggiamento c.d. ordinario, ma anche nel caso del patteggiamento c.d. allargato, com'era quello oggetto della sentenza in commento.

Del resto, come sottolineato dagli stessi giudici, in merito alla questione non può non farsi ricorso al canone interpretativo generale in materia penale «*alla stregua del quale non può che essere privilegiata, fra due possibili opzioni, l'interpretazione in favor rei*».

2. Se in via diretta la Corte di Cassazione si occupa del tema appena commentato, in via incidentale i giudici di legittimità si occupano di uno dei profili maggiormente controversi della l. 9 gennaio 2019, n. 3, recante “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*” (c.d. decreto spazza-corrotti).

In particolare, per effetto della citata riforma legislativa - inserita in un contesto di lotta e repressione non solo dei fenomeni corruttivi ma, in generale, dei reati che arrecano un danno al corretto funzionamento della pubblica amministrazione - taluni reati di cui al titolo II, Libro II del codice penale vengono inseriti all'interno del catalogo dei c.d. reati “ostativi” alla sospensione dell'esecuzione di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. (10).

La conseguenza di tale intervento legislativo è chiara a tutti: il pubblico ministero non potrà più sospendere l'esecuzione della condanna per tali reati - pur rientrando nei limiti di legge previsti dal comma 5 dell'art. 656 c.p.p. - con conseguente accesso alle misure alternative alla detenzione soltanto a fronte dell'accoglimento da parte del magistrato di sorveglianza, previo accertamento della sussistenza degli indici di attenuata pericolosità sociale richiesti dallo stesso art. 4-*bis* ord. pen., della relativa richiesta del condannato; istanza che dovrà, dunque, essere presentata durante l'esecuzione della pena detentiva.

L'effetto di una simile riforma ha da subito suscitato decise critiche da parte della dottrina, che, fin dalla sua entrata in vigore, ha avanzato dubbi di legittimità costituzionale in ordine al principio di ragionevolezza/uguaglianza, ma soprattutto in ordine al (non previsto) regime intertemporale della stessa (11).

(10) In particolare, vengono ricompresi all'interno di tale catalogo i reati previsti dagli artt. 314, co. 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, co. 1, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p.

(11) Sul punto di particolare interesse e rilievo risulta il lavoro di V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14.2.2019. L'Autore, infatti, fornisce una panoramica di tutti i profili di dubbia costituzionalità del nuovo decreto spazza-corrotti, non solo in relazione al profilo di diritto intertemporale, ma anche in ordine alla compatibilità dello stesso con il principio di eguaglianza e con la finalità rieducativa della pena.

Ed è proprio in relazione a quest'ultimo profilo che la sentenza in commento manifesta le criticità del cennato impianto normativo. Ai giudici di legittimità, infatti, era stato chiesto di sollevare questione di illegittimità costituzionale del decreto spazza-corrotti (*sub specie* dell'art. 1, co. 6) nella parte in cui nulla prevede in merito a un regime di diritto intertemporale che stabilisca l'applicabilità della normativa precedente alle statuizioni già passate in giudicato (anche parziale) prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

La questione prospettata dinnanzi la sesta sezione penale della Corte di Cassazione è di assoluta importanza, specie se si considera che - alla luce del diritto vivente - la nuova normativa troverebbe applicazione - proprio in assenza di una norma transitoria che ne imponga la vigenza solo *pro futuro* - anche per fatti passati in giudicato prima della sua entrata in vigore.

Stando all'orientamento giurisprudenziale predominante sul punto, basato su un'interpretazione formalistica, la disciplina dell'esecuzione penale - nella specie concernente l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione - risulterebbe soggetta al principio del *tempus regit actum* (12).

In altre parole, secondo l'orientamento giurisprudenziale in materia, la normativa in questione non concerne né l'accertamento del reato, né l'irrogazione della sanzione, ma riguarda soltanto le modalità di esecuzione della pena e, pertanto, trattandosi di norme di diritto processuale, non può trovare applicazione la disciplina concernente la successione delle norme penali nel tempo *ex artt. 2 c.p. e 25 Cost.*, con conseguente applicabilità immediata ai procedimenti in corso (13).

Tuttavia, al contrario dell'orientamento prevalente secondo la giurisprudenza di legittimità, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sviluppato un'impostazione sostanzialistica - accolta anche in un precedente della Corte Costituzionale (14) -, per la quale l'applicazione dell'art. 7 CEDU prescinderebbe dalla qualificazione formale data dall'ordinamento interno, dovendosi invece prediligere una valutazione in ordine al tipo, alla durata, agli effetti nonché alle modalità di esecuzione della sanzione o della misura.

Il principio enunciato dai giudici di Strasburgo consente quindi di ricondurre nella materia penale anche disposizioni processuali che, in concreto, abbiano una valenza afflittiva sul trattamento giuridico del singolo: basti

(12) Cass. pen., Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 37578; Cass. pen., Sez. I, 5 febbraio 2013, n. 11580; Cass. pen., Sez. I, 9 dicembre 2009, n. 46924; Cass. pen., Sez. I, 5 luglio 2006, n. 24767; Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 2000 n. 999, rv. 215502 secondo cui «*le norme che regolano l'esecuzione della pena e le misure ad essa alternative non hanno contenuto di diritto sostanziale e, come tali, non sono soggette al principio di rango costituzionale, sancito dall'art. 2 cod. pen.*».

(13) Tale orientamento è stato avallato anche dalla giurisprudenza a Sezioni Unite in occasione dell'introduzione, tra i reati ostativi, del delitto di violenza sessuale. Sul punto, Cass. pen., Sez. un., 17 luglio 2006, n. 24561.

(14) Corte Cost. sent. 4 giugno 2010, n. 196, in www.cortecostituzionale.it.

considerare la famosa sentenza resa nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*, proprio in materia di norme sul trattamento penitenziario (15).

In quella sede, la Grande Camera dalla Corte Edu ravvisò una violazione dell'art. 7 CEDU persino dinanzi a un mutamento giurisprudenziale con effetti peggiorativi in relazione ad un istituto assimilabile alla liberazione anticipata prevista dal nostro ordinamento, comportando, simili mutamenti, una imprevedibilità del diritto, e, dunque, una violazione del principio di affidamento e prevedibilità (16).

In sostanza, come già sostenuto dalla dottrina, una modifica peggiorativa retroattiva condurrebbe ad effetti imprevedibili - sostanzialmente "a sorpresa" -, pregiudicando l'affidamento dell'imputato che (magari) ha optato per una determinata "strategia" processuale - confidando, ad esempio, nell'irrogazione di una determinata pena che gli consenta l'accesso al meccanismo di sospensione dell'esecuzione - e che in un momento successivo vedrebbe frustate le sue legittime aspettative (17).

Alla luce di quanto detto, è chiaro che l'impostazione formalista, legata all'"etichetta" assegnata dal legislatore ai vari istituti, contrasti con la diversa impostazione fornita dai giudici di Strasburgo. D'altro canto, è stato anche osservato come le modifiche normative, che comportano limitazioni alle misure alternative e, contestualmente, impongano l'ingresso in carcere, riguardino la tipologia nonché la qualità della pena e, pertanto, in qualità di leggi - di fatto - sostanziali, debbano ricadere nell'ambito applicativo del principio di irretroattività (18).

Emblematiche sul punto sono le parole della sentenza in commento, con le quali si giunge al riconoscimento della non manifesta illegittimità della questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost. nella parte in cui

(15) Corte EDU, sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09. In realtà un approccio sostanzialistico si riscontra già in una precedente pronuncia: Corte EDU, sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* in relazione ad una modifica della normativa processuale concernente lo sconto di pena connesso al giudizio abbreviato, con la quale si affermava la natura sostanziale dell'art. 442, co. 2, c.p.p., assoggettando la relativa disciplina al principio di irretroattività della norma penale.

(16) Già la dottrina riteneva che nel principio di prevedibilità della risposta sanzionatoria andasse ricompreso quello delle prevedibilità dell'esecuzione della pena. Sul punto emerge il lavoro di F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 19 dicembre 2016, 2ss. il quale sostiene che tra i corollari di tale principio deve essere ricompresa la possibilità per ogni consociato di prevedere la pena che dovrà scontare, «*prognosi, quest'ultima, che presuppone a sua volta la possibilità di prevedere [...] quali saranno le condizioni alle quali il condannato potrà eventualmente accedere a meccanismi di sospensione del processo o della pena, nonché a sanzioni o misure alternative applicate dallo stesso giudice di cognizione ovvero dei giudici preposti all'esecuzione della pena*».

(17) V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit.

(18) G.L. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26.3.2019.

richiama il rispetto, da parte del nostro Paese, degli obblighi internazionali, integrato dal parametro interposto rappresentato dall'art. 7 CEDU, come interpretato dai giudici di Strasburgo.

Secondo i giudici di legittimità, l'assenza di un parametro di diritto intertemporale si traduce «*nel passaggio - a "sorpresa" e dunque non prevedibile - da una sanzione patteggiata "senza assaggio di pena" ad una sanzione con necessaria incarcerazione, giusta il già rilevato operare del combinato disposto degli artt. 656, comma 9 lett. a), cod. proc. pen. e 4-bis ord. pen.*» (19).

In questo contesto, la soluzione ad un possibile incidente di costituzionalità - limitatamente ai profili di diritto intertemporale - non potrebbe che passare attraverso un'esegesi costituzionalmente orientata della norma in parola, che, riconoscendo i caratteri di afflittività di una disposizione che solo "formalmente" può definirsi processuale, l'assoggetta al principio di irretroattività.

In sintesi, dopo le prime pronunce dei giudici di merito (20), anche la Corte di Cassazione interviene sui profili di diritto intertemporale della legge "spazza-corrotti", aprendo le porte - tramite il riconoscimento della "non manifesta infondatezza" - ad un auspicabile mutamento giurisprudenziale che abbandoni l'ottica formalista e prediliga l'impostazione sostanzialista promossa dalla CEDU.

(19) Va precisato che gli stessi giudici, pur ritenendo ammissibile la questione di legittimità prospettata, la ritengono comunque non rilevante nel caso concreto in quanto «*i delineati profili di incostituzionalità pertengono, a ben vedere, non al patto stipulato fra le parti e ratificato dal giudice, né alla pena applicata su richiesta - di per se validi e "indifferenti" alla novella del 2019 - [...] ma all'esecuzione della pena applicata con la stessa sentenza dunque ad uno snodo processuale diverso nonché logicamente e temporalmente successivo [...]*».

(20) G.i.p. Trib. Como, ord. 8 marzo 2019 con nota di L. MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. Legge spazzacorrotti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it secondo cui «*quelle che vengono considerate norme meramente processuali, perché attinenti alle modalità di esecuzione della pena, sono in realtà norme che incidono sostanzialmente sulla natura afflittiva della pena*» e, dunque, conclude il giudice nel senso che la loro applicazione retroattiva «*significa violare l'art. 117 Cost. integrato dall'art. 7 CEDU, nonché gli artt. 25, co. 2, Cost. e l'art. 2 c.p., norme il cui raggio di operatività non può estendersi a tutte le disposizioni che, a prescindere dalle etichette, abbiano, come nel caso di specie, un contenuto afflittivo o intrinsecamente punitivo*».

A conclusioni opposte giungeva la prima pronuncia sul tema da parte del Trib. Napoli, sez. VII, 28 febbraio 2019 nella quale rimane fermo un allineamento con il pensiero dominante della giurisprudenza di legittimità secondo cui le norme sull'esecuzione penale sono soggette al principio del *tempus regit actum*, in quanto norme di diritto processuale.

Ancora sul tema, successive alla pronuncia in commento, Corte di Appello di Reggio Calabria, sez. II, ord. 10 aprile 2019 con la quale ci si pone in una linea di continuità con la posizione già sostenuta dal G.i.p. del Tribunale di Como. In questo caso i giudici parlano di una vera e propria truffa delle etichette tramite la quale norme che incidono sostanzialmente sulla natura afflittiva della pena, vengono considerate norme processuali solo perché attinenti alle modalità di esecuzione della pena.

Bisogna, infine, sottolineare che nel frattempo il G.i.p. Trib. Napoli, ord. 2 aprile 2019 e la Corte di Appello di Lecce, sez. unica penale, ord. 4 aprile 2019 hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale del decreto c.d. "spazzacorrotti" proprio in riferimento alle modifiche apportate al regime di esecuzione delle pene detentive.

Cassazione penale, Sezione Sesta, sentenza 20 marzo 2019 n. 12541 - Pres. G. Fidelbo, Rel. A. Bassi.

RITENUTO IN FATTO

1. Con il provvedimento in epigrafe, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma ha applicato nei confronti di F.M., su sua richiesta, la pena di anni due, mesi nove e giorni dieci di reclusione in relazione ai reati di cui agli artt. 110, 319 e 321 c.p. *sub* capo 1) e di cui agli artt. 319, 319-*ter* e 321 c.p. *sub* capo 2). Con la medesima sentenza, il G.i.p. ha disposto la pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici per la durata di anni cinque ex art. 371-*bis* c.p. e la confisca della somma di 330.000,00 Euro ai sensi dell'art. 322-*ter* c.p. ed ha inoltre ordinato all'imputato di pagare alla "ASL Roma 1" la somma di 330.000,00 Euro, a titolo di riparazione pecuniaria ex art. 322-*quater* c.p.

2. Con atto a firma dei due difensori di fiducia, F.M. ha proposto ricorso avverso il provvedimento e ne ha chiesto l'annullamento con limitato riferimento alla disposta condanna al pagamento della riparazione pecuniaria per violazione di legge penale e processuale.

La difesa ha evidenziato al riguardo come il giudice abbia applicato una "pena illegale", là dove l'art. 322-*quater* c.p. prevede la riparazione pecuniaria esclusivamente in caso di "sentenza" propriamente detta - resa cioè all'esito del giudizio ordinario o abbreviato - e non anche di applicazione della pena.

2.1. In data 27 febbraio 2019, la difesa del F. ha presentato motivi nuovi ex art. 611 c.p.p. con i quali, sotto diversi profili, ha sollecitato questa Corte, "riconosciuta la propria competenza a conoscere della fase esecutiva del presente procedimento", a sollevare la questione di legittimità costituzionale della L. 9 gennaio 2019, n. 3, art. 6, comma 1, lett. b), nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione tra quelli "ostativi" alla concessione di alcuni benefici penitenziari, ai sensi della L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 4-*bis*, per rilevato contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., art. 25 Cost., comma 2, art. 27 Cost., comma 3, e art. 117 Cost., art. 7 CEDU, nella parte in cui non prevede un regime intertemporale.

A sostegno della deduzione, la difesa rileva, sotto un primo aspetto, come - avendo riguardo al combinato disposto dell'art. 656 c.p.p., comma 9, lett. a), e L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 4-*bis*, in relazione ai delitti di cui agli artt. 319, 319-*ter* e 321 c.p. (contestati al F.) - in quanto inseriti nel novero dei reati di cui allo stesso art. 4-*bis* in virtù della novella con L. 9 gennaio 2019, n. 3 -, non sia più possibile sospendere l'ordine di esecuzione ai fini della richiesta di misure alternative alla detenzione in stato di libertà. In assenza di una disposizione transitoria regolativa dei limiti temporali di applicazione della nuova disciplina, con il passaggio in giudicato della sentenza di patteggiamento, l'emissione dell'ordine di carcerazione sarà pertanto "obbligata", con una modifica peggiorativa del trattamento penitenziario. Modifica peggiorativa "a sorpresa" atteso che, al momento in cui avanzava la richiesta ex artt. 444 e 445 c.p.p., F. poteva ragionevolmente confidare che la sanzione sarebbe rimasta nei limiti di operatività delle misure alternative e dunque "senza assaggio di pena". Evidenza, pertanto, come tale modifica *in itinere* delle "regole del gioco", in quanto del tutto imponderabile all'atto dell'opzione in rito, si ponga in evidente contrasto con l'art. 7 CEDU, come interpretato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in situazioni analoghe - rilevante ai fini dell'art. 117 Cost. -, là dove viola il principio dell'affidamento quanto alla prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie (v. per tutte Grande Camera 21 dicembre 2013, Del Rio Prada c. Spagna).

Sotto diverso aspetto, il ricorrente pone in luce come la novella normativa, nel modificare le modalità di esecuzione della pena - tradizionalmente ritenute avere valenza meramente processuale -, abbia nondimeno inciso direttamente sul contenuto afflittivo della pena e quindi sulla stessa "natura della sanzione", di fatto tramutata da "alternativa" in "detentiva". Tenuta presente l'impostazione "sostanzialistica" ed "antiformalista" ormai affermatasi nella giurisprudenza della Corte EDU in relazione ad istituti che presentano marcati tratti di analogia con il peculiare regime esecutivo imposto per i reati di cui al citato art. 4-bis (richiamata nuovamente la decisione della Grande Camera del 21 dicembre 2013, Del Rio Prada c. Spagna), i mutamenti con effetti concretamente peggiorativi sul regime della sanzione inflitta, devono ritenersi avere natura, non processuale, ma sostanziale, con conseguente inapplicabilità retroattiva.

Infine, la difesa censura la costituzionalità dello stesso inserimento nel novero dei reati soggetti allo speciale regime di cui al citato art. 4-bis dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (in particolare, di quelli di cui agli art. 319, 319-ter e 321 c.p. che vengono in rilievo nella specie), in quanto in chiaro contrasto con la funzione rieducativa della pena.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il motivo dedotto con il ricorso principale è fondato per le ragioni di seguito esposte.

2. Giova premettere che l'art. 322-*quater* c.p., introdotto con la L. 27 maggio 2015, n. 69, prevede che *"Con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-*quater*, 320, 321 e 322-bis, è sempre ordinato il pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno"*.

Occorre precisare come tale formulazione costituisca il frutto della modifica recentemente apportata con la L. 9 gennaio 2019, n. 3, là dove - ai fini della determinazione del *quantum* della riparazione pecuniaria - ha sostituito il riferimento a *"quanto indebitamente ricevuto"* dal funzionario pubblico con l'attuale riferimento alla *"somma equivalente al prezzo o al profitto del reato"*.

2.1. La riparazione pecuniaria ex art. 322-*quater* c.p. ha natura esclusivamente economica e si parametrizza al vantaggio di natura patrimoniale derivato dalla condotta (profitto) ovvero al compenso dato o promesso per commettere il reato (prezzo) (Sez. U del 03/07/1996, n. 9149, Chabni Samir, Rv. 205707). La riparazione va corrisposta in favore dell'amministrazione cui appartiene il pubblico agente, a prescindere e, se del caso, in aggiunta rispetto al risarcimento" del danno cagionato al prestigio ed al buon funzionamento della pubblica amministrazione.

L'istituto presenta tratti di indubbio parallelismo con la "riparazione pecuniaria" prevista dalla L. 18 febbraio 1948, n. 47, art. 12, applicabile in caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, là dove si applica "oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 c.p."

Come si legge nei lavori preparatori della L. 27 maggio 2015, n. 69, il meccanismo della riparazione del danno, fissata in un'entità corrispondente a quanto indebitamente ricevuto, che deve essere versata a vantaggio dell'amministrazione di appartenenza, rappresenta una sanzione per l'infedeltà del pubblico ufficiale e per il danno cagionato all'amministrazione di appartenenza, con spiccata funzione dissuasiva.

In linea con l'*intentio legis* del legislatore e con le indicazioni della migliore dottrina,

nel lasciare del tutto impregiudicato il diritto della persona offesa al risarcimento del danno, a prescindere dalla denominazione, la riparazione muove dunque nella chiara prospettiva di realizzare un rafforzamento dell'armamentario sanzionatorio posto a tutela del buon andamento della pubblica amministrazione.

Deve, pertanto, ritenersi che la riparazione pecuniaria costituisca - come quella prevista dal citato art. 12 della legge sulla stampa - una "sanzione civile accessoria" alla condanna per i reati-presupposto di cui al catalogo dello stesso art. 322-*quater* c.p. L'istituto si presenta sotto forma di una "tipica" obbligazione civilistica - là dove ha un contenuto squisitamente economico ed è destinata alla persona offesa -, ma - giusta l'applicazione in termini di obbligatorietà, da parte del giudice penale, a prescindere dal danno civilisticamente inteso e dall'azione risarcitoria della parte civile, anche in aggiunta al risarcimento del danno - assume anche un'indubbia connotazione punitiva.

Stante la natura *latu sensu* punitiva della riparazione pecuniaria, la relativa applicazione - in assenza dei presupposti di legge - è certamente riportabile all'alveo della "pena illegale", dando, dunque, luogo ad vizio coltivabile dinanzi a questa Corte ai sensi dell'art. 448 c.p.p., comma 2-*bis*.

3. Tanto premesso quanto alla natura di "sanzione civile accessoria" della riparazione pecuniaria di cui all'art. 322-*quater* c.p. ed alla sindacabilità nella sede di legittimità dell'applicazione di essa in violazione di legge, occorre rilevare, sotto diverso aspetto, come l'art. 322-*quater* c.p. preveda espressamente che la riparazione pecuniaria sia sempre ordinata con la "sentenza di condanna".

Orbene, ritiene il Collegio - condividendo l'assunto difensivo - che detta espressione debba ritenersi riferita al provvedimento conclusivo del giudizio ordinario o abbreviato, ma non anche alla sentenza di applicazione della pena che, nel prescindere dall'accertamento positivo della penale responsabilità dell'imputato e giusta l'espressa previsione dell'art. 445 c.p.p., comma 2, è "solo" equiparata ad una pronuncia di condanna.

Conduce a tale conclusione anche il dato sistematico, là dove plurime disposizioni del codice penale - soprattutto quelle di recente introduzione anche nello specifico campo dei reati contro la pubblica amministrazione - confermano come il legislatore consideri eterogenea la "condanna" rispetto alla "applicazione della pena" ai fini delle ulteriori conseguenze penali derivanti dal reato.

Così, in particolare, le norme in tema di confisca obbligatoria di cui agli artt. 322-*ter* e 466-*bis* c.p. e art. 644 c.p., u.c., le quali prevedono espressamente l'applicazione della misura di sicurezza patrimoniale anche in caso di sentenza di patteggiamento, in specifica deroga del disposto dell'art. 445 c.p.p., comma 1.

Non può, inoltre, sfuggire come l'art. 322-*quater* c.p. sia stato inserito nel codice penale - nell'ambito del Titolo II, Capo I, dedicato alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. - immediatamente di seguito all'art. 322-*ter* che fa espresso riferimento, oltre alla "condanna" anche alla "sentenza di applicazione della pena".

Si veda ancora il disposto dell'art. 609-*nonies* c.p., comma 1, nel quale il legislatore ha testualmente previsto l'applicazione delle pene accessorie e degli altri effetti penali in caso di "condanna" e di "applicazione della pena su richiesta delle parti".

Tirando le fila delle considerazioni che precedono, non è revocabile in dubbio la netta distinzione, ai fini delle varie conseguenze sanzionatorie ed effetti penali, fra "condanna" propriamente detta e "sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti".

Delineato il *discrimen* fra "condanna" e "sentenza di applicazione della pena", ritiene allora il Collegio che la riparazione pecuniaria in oggetto - in quanto prevista soltanto per il caso di "condanna" - non possa trovare applicazione non solo nel caso di patteggiamento ordinario, ma anche in caso di patteggiamento c.d. allargato.

4. Nè l'applicabilità della riparazione pecuniaria in caso di patteggiamento c.d. allargato può desumersi *a contrariis* dalla circostanza che, soltanto in caso di patteggiamento ordinario ex art. 445 c.p.p., comma 1, l'imputato sia esente dall'applicazione delle "spese del procedimento", "pene accessorie" e "misure di sicurezza" (salvo l'art. 240 c.p.).

Si è già posto in rilievo come la riparazione pecuniaria di cui all'art. 322-*quater* presenti caratteristiche del tutto peculiari, che la pongono su di un piano di eterogeneità rispetto ai tradizionali istituti "penalistici" e che ne rendono problematico l'inquadramento nelle categorie delle "pene accessorie" o delle "misure di sicurezza", costituendo essa piuttosto - come già rilevato - una sanzione di tipo civilistico, *sui generis* nel panorama del nostro codice penale. Detta connotazione ne impedisce allora l'applicazione al di fuori degli specifici casi nei quali essa sia espressamente prevista, in ossequio ai principi di legalità e di tassatività in materia penale.

Una conferma - sia pure indiretta - della inapplicabilità della riparazione pecuniaria in entrambe le ipotesi di patteggiamento si trae dall'art. 444 c.p.p., comma 1-*ter*, - introdotto con la stessa L. n. 69 del 2015 che ha previsto l'art. 322-*quater* -, là dove, nei procedimenti per i reati contro la pubblica amministrazione contemplati da tale disposizione, ha subordinato *expressis verbis* l'ammissibilità della richiesta di applicazione della pena "*alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato*". Con ciò, senza fare alcuna menzione - nè quale condizione, nè quale effetto ulteriore - alla riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico agente, fra l'altro, anch'essa commisurata "*al prezzo o al profitto del reato*" (in eventuale aggiunta al risarcimento del danno).

Non può allora sfuggire l'irragionevolezza di un'ermeneusi della norma che nonostante l'assenza di una previsione espressa dell'applicabilità della riparazione pecuniaria anche in caso di sentenza ex art. 444 c.p.p. (nella forma ordinaria o c.d. allargata) - comportasse l'assoggettamento dell'imputato di taluno dei reati rientranti nel catalogo di cui all'art. 322-*quater* c.p., il quale intendesse appunto definire la propria posizione processuale con il patteggiamento, al doppio versamento di una somma eguale nel *tantundem* (pari appunto al prezzo o al profitto del reato), sia pure a titolo diverso (restitutorio e riparatorio).

Ad ogni modo, stante la già rilevata non univocità della disposizione in oggetto quanto all'applicabilità della riparazione pecuniaria in caso di patteggiamento, non può non farsi ricorso al canone interpretativo generale in materia penale, alla stregua del quale non può che essere privilegiata, fra due possibili opzioni, l'interpretazione *in favor rei*.

Conclusivamente, deve essere affermato il principio di diritto secondo il quale, in tema di reati contro la pubblica amministrazione, il patteggiamento di una pena detentiva anche nella forma c.d. allargata preclude l'applicazione della riparazione pecuniaria di cui all'art. 322-*quater* c.p., presupponendo essa la pronuncia di una sentenza di "condanna" propriamente detta, cioè resa a seguito di rito ordinario o abbreviato.

5. Passando alla disamina della questione di incostituzionalità della L. 9 gennaio 2019, n. 3, art. 6, comma 1, lett. b), là dove ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione tra quelli "ostativi" ai sensi della L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 4-*bis*, senza prevedere un regime

intertemporale, giova preliminarmente evidenziare - sul piano dell'ammissibilità del motivo - che, la questione attiene ad una disposizione entrata in vigore in epoca successiva alla pronuncia della sentenza impugnata ed al deposito del ricorso originario, di tal che non avrebbe potuto essere prospettata dal F. all'atto della presentazione dell'impugnazione. Ad ogni modo, si tratta di una sollecitazione rivolta a questa stessa Corte a sollevare la questione.

Come si è già anticipato, il ricorrente sollecita l'incidente di costituzionalità sotto un duplice profilo: in relazione, da un lato, all'omessa previsione di un regime di diritto intertemporale; dall'altro lato, all'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione (in particolare quelli che vengono in rilievo con riferimento alla posizione del F.) fra i "reati ostativi" contemplati dall'art. 4-*bis* ord. pen.

6. La questione di incostituzionalità concernente l'assenza di un regime di diritto intertemporale, per quanto non manifestamente infondata, risulta nondimeno non rilevante nella specie, per le ragioni esposte nel prosieguo.

6.1. Può convenirsi con il ricorrente che l'omessa previsione di una disciplina transitoria circa l'applicabilità della disposizione (come novellata) possa suscitare fondati dubbi di incostituzionalità in relazione ai riverberi processuali sull'ordine di esecuzione, in quanto non più suscettibile di sospensione in forza della previsione dell'art. 656 c.p.p., comma 9.

Va difatti considerato come, secondo il disposto dell'art. 656, comma 9, lett. a), la sospensione dell'ordine di esecuzione della sentenza di condanna ad una pena detentiva non superiore a quattro anni (giusta anche la declaratoria d'incostituzionalità con sentenza della C. Cost. 2 marzo 2018, n. 41) per il termine di trenta giorni al fine di consentire al condannato in stato di libertà di avanzare istanza di concessione di una delle misure alternative previste dalla L. n. 354 del 1975 - sospensione prevista dal comma 5 dello stesso articolo - non possa essere disposta nei confronti dei condannati per i delitti di cui al citato art. 4-*bis*.

Orbene, avuto riguardo al "diritto vivente", quale si connota alla luce del diritto positivo e della lettura giurisprudenziale fino ad ora consolidata a seguito della decisione delle Sezioni Unite del 2006, le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, sono considerate norme penali processuali e non sostanziali e, pertanto, ritenute soggette - in assenza di una specifica disciplina transitoria - al principio *tempus regit actum* e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 Cost. (Sez. U, n. 24561 del 30/05/2006, P.M. in proc. A., Rv. 233976; Sez. 1, n. 46649 del 11/11/2009, Nazar, Rv. 245511; Sez. 1, n. 11580 del 05/02/2013, Schirato, Rv. 255310). In applicazione di tale interpretazione, con riferimento ai reati ascritti al ricorrente, non sarebbe più possibile disporre la sospensione dell'esecuzione ai sensi del combinato disposto dell'art. 656 c.p.p., comma 9, in base all'art. 4-*bis* ord. pen. (come novellato nel gennaio 2019).

6.2. D'altra parte, non è revocabile in dubbio che, nella più recente giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, ai fini del riconoscimento delle garanzie convenzionali, i concetti di illecito penale e di pena abbiano assunto una connotazione "antiformalista" e "sostanzialista", privilegiandosi alla qualificazione formale data dall'ordinamento (all'"etichetta" assegnata), la valutazione in ordine al tipo, alla durata, agli effetti nonchè alle modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta.

Significativa in tale senso è la pronuncia resa nel caso Del Rio Prada contro Spagna (del 21 ottobre 2013), là dove la Grande Camera della Corte EDU, nel ravvisare una violazione

dell'art. 7 della Convenzione, ha riconosciuto rilevanza anche al mutamento giurisprudenziale in tema di un istituto riportabile alla liberazione anticipata prevista dal nostro ordinamento in quanto suscettibile di comportare effetti peggiorativi, giungendo dunque ad affermare che, ai fini del rispetto del "principio dell'affidamento" del consociato circa la "prevedibilità della sanzione penale", occorre avere riguardo non solo alla pena irrogata, ma anche alla sua esecuzione (sebbene - in quel caso - l'istituto avesse diretto riverbero sulla durata della pena da scontare).

6.3. Alla luce di tale approdo della giurisprudenza di Strasburgo, non parrebbe manifestamente infondata la prospettazione difensiva secondo la quale l'avere il legislatore cambiato *in itinere* le "carte in tavola" senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità con l'art. 7 CEDU e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si traduce, per il F., nel passaggio - "a sorpresa" e dunque non prevedibile - da una sanzione patteggiata "senza assaggio di pena" ad una sanzione con necessaria incarcerazione, giusta il già rilevato operare del combinato disposto dell'art. 656 c.p.p., comma 9, lett. a), e art. 4-*bis* ord. pen.

D'altronde, in precedenza, il legislatore aveva adottato disposizioni transitorie finalizzate a temperare il principio di immediata applicazione delle modifiche all'art. 4-*bis* ord. pen., quali quelle contenute nel D.L. 13 maggio 1991, n. 152, art. 4, e nel L. 23 dicembre 2002, n. 279, art. 4, comma 1, (che inseriva i reati di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p. nell'art. 4-*bis* cit.), limitandone l'applicabilità ai soli reati commessi successivamente all'entrata in vigore della legge.

7. Se non che, secondo la stessa prospettazione del ricorrente, i delineati profili di incostituzionalità pertengono, a ben vedere, non al patto stipulato fra le parti e ratificato dal giudice, nè alla pena applicata su richiesta - di per sè validi e "indifferenti" alla novella normativa del 2019 -, bensì alla mera esecuzione della sanzione, incidendo, come si è già detto, sulla spendibilità, *rectius* non suspendibilità, dell'ordine di esecuzione.

Conferma evidente di tale assunto si trae dalla stessa premessa del ricorrente, là dove sollecita questa Corte a promuovere l'incidente di costituzionalità "riconosciuta la propria competenza a conoscere della fase esecutiva del presente procedimento". Con ciò, trascurando di considerare come, a norma art. 665 c.p.p., la Corte di cassazione non sia mai giudice dell'esecuzione del provvedimento oggetto di impugnazione.

In altri termini, la questione di incostituzionalità prospettata afferisce non alla sentenza di patteggiamento oggetto del presente ricorso, ma all'esecuzione della pena applicata con la stessa sentenza, dunque ad uno snodo processuale diverso nonchè logicamente e temporalmente successivo, di talchè ai fini della decisione di questa Corte non rileva, potendo se del caso essere riproposta in sede di incidente di esecuzione.

8. In conclusione, in accoglimento del motivo dedotto con il ricorso principale, la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio, nella parte in cui ha ordinato all'imputato, ai sensi dell'art. 322-*quater* c.p., di pagare alla ASL Roma 1 la somma di Euro 330.00 a titolo di riparazione pecuniaria.

Vanno invece rigettate le questioni di costituzionalità, fatte valere con i motivi nuovi, perchè non rilevanti.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente alla disposta riparazione pecuniaria ex art. 322-*quater* c.p., che elimina.

Così deciso in Roma, il 14 marzo 2019.

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione - anche - nella fase antecedente l'aggiudicazione definitiva

NOTA A CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, SENTENZA 4 MAGGIO 2018 N. 5

*Angelica Izzi**

Over the last decades the possibility to find a pre-contractual liability referred to a public administration has seen a deep jurisprudential evolution, of which the sentence given by the Plenary Assembly of the Council of State of 4 May 2018, no. 5, represents one of the most recent and significant results achieved.

The sentence has established some important principles of Law, resolving two issues submitted by the remitting Section. The first question concerns the possibility of recognizing a pre-contractual liability of the administration, because of the infringement of the general standards of good faith and fairness during the negotiations, already in the public phase of the procedure. Secondly, the remitting Section has called the Plenary Assembly to rule on whether, admitted the pre-contractual liability in the public procedure phase, this should refer only to the public authority's behavior before the publication of the call for tender, or if, on the contrary, it is necessary to have regard to the behavior of the administration throughout the entire procedure, even after the publication of the call for tender.

The judgment of 4 May 2018, no. 5, states that the public administration must respect the general duties of good faith and fairness during the public phase of the procedure. Consequently, it is possible for the administration to incur in a pre-contractual liability also during that phase. Secondly, in order to recognize a pre-contractual responsibility, it is necessary to have regard to the behavior of the administration throughout the entire procedure, even after the publication of the call for tender.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. I fatti di causa - 3. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Cenni - 4. La tesi della Sezione remittente - 5. L'indirizzo dell'Adunanza Plenaria - 6. Conclusioni.

1. Premessa.

La configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione ha subito, nel corso degli ultimi decenni, una profonda evoluzione giurisprudenziale, di cui la sentenza resa dall'Adunanza Plenaria il 4 maggio 2018, n. 5, rappresenta uno dei più recenti e significativi approdi.

La pronuncia in commento ha infatti sancito alcuni rilevanti principi di diritto, risolvendo le due questioni sottoposte dalla Sezione remittente. La prima problematica attiene alla possibilità di riconoscere una responsabilità

(*) Dottoressa in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato (con l'avv. Ettore Figliolia).

precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice, a seguito della violazione dei generali canoni di buona fede e correttezza durante le trattative, già nella fase pubblicistica della procedura di evidenza pubblica, dunque prima dell'aggiudicazione. Qualora si fosse ritenuta configurabile la responsabilità precontrattuale nella fase antecedente all'aggiudicazione, la seconda questione è se questa debba essere riferita alla sola condotta della p.a. prima della pubblicazione del bando, oppure se debba aversi riguardo al complesso dei comportamenti tenuti dall'amministrazione nell'ambito della procedura di gara, anche se successivi alla pubblicazione del bando.

2. I fatti di causa.

Al fine di comprendere più agevolmente i principi di diritto sanciti dall'Adunanza Plenaria, è utile riportare brevemente i fatti che hanno dato luogo alla decisione.

La Stazione Unica appaltante della Regione Calabria aveva indetto una gara per l'affidamento dei servizi di ristorazione delle Aziende ospedaliere e sanitarie della Regione.

Tuttavia, la gara era stata dichiarata deserta in quanto, dopo una prima selezione, le uniche due imprese concorrenti rimaste ne venivano escluse per le medesime ragioni, concernenti l'interpretazione degli atti di gara con riferimento alla durata dell'appalto.

In particolare, le imprese concorrenti avevano presentato le rispettive offerte tenendo conto di una durata dell'appalto pari a tre anni, secondo quanto stabilito dal bando. La p.a. riteneva, invece, che la durata del contratto fosse di quattro anni, essendo prevista la possibilità di proroga di un anno sia dal disciplinare di gara che dal capitolato speciale di appalto.

Avverso l'atto di esclusione, una delle concorrenti proponeva ricorso innanzi al Tar Calabria, il quale lo accoglieva e annullava il provvedimento (1). Tale decisione era poi confermata in sede di appello dal Consiglio di Stato (2).

Infatti, il Consiglio di Stato, Sezione III, ha accertato la contraddittorietà delle disposizioni aventi ad oggetto la durata del contratto di appalto, rispettivamente contenute nel bando di gara, che prevedeva una durata di 36 mesi, nel disciplinare di gara, che prevedeva l'eventualità di ulteriori 12 mesi opzionali di rinnovo, e nel capitolato speciale di appalto, che faceva salva la facoltà della p.a., ravvisandone l'opportunità, di chiedere all'aggiudicatario la prosecuzione del servizio per un periodo non determinato ma comunque non superiore ad un anno, secondo i tempi necessari per l'indizione e l'aggiudicazione di una nuova gara.

In particolare, la Terza Sezione ha chiarito che grava sull'amministrazione

(1) Tar Calabria, 18 novembre 2015, n. 1730.

(2) Cons. St., Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2496.

l'obbligo di *clare loqui* nella formulazione della *lex specialis* di gara, la cui violazione non può mai comportare effetti pregiudizievoli per le imprese partecipanti che abbiano fatto incolpevole affidamento su tale *lex specialis*. Ad avviso del Consiglio di Stato, ha una rilevanza decisiva il fatto che tanto il capitolato generale di appalto quanto il disciplinare di gara costituiscano mere specificazioni rispetto al bando, le cui disposizioni sono quindi prevalenti. Poiché nel bando era prevista una durata triennale, sulla base di questa le imprese avrebbero dovuto formulare le offerte.

A seguito di tali decisioni e proprio alla luce della accertata contraddittorietà degli atti di gara, la Stazione appaltante ha annullato d'ufficio il provvedimento d'indizione della gara e quello di approvazione dei relativi atti, sulla base della motivazione che l'interesse pubblico all'autotutela è *in re ipsa* laddove i provvedimenti siano viziati da errori materiali e presentino elementi contraddittori, tali da violare i principi costituzionali di legalità e di buon andamento dell'amministrazione *ex art. 97 Cost.*

Contro il provvedimento di autotutela, hanno proposto ricorso entrambe le imprese escluse dalla gara, chiedendone in via principale l'annullamento e, in via subordinata, il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale della Stazione Unica appaltante. Il Tar Calabria ha rigettato la domanda di annullamento, ma ha accolto - seppure parzialmente - quella risarcitoria (3).

Tale pronuncia è stata appellata separatamente dalle medesime imprese davanti alla Sezione III del Consiglio di Stato che, con sentenza non definitiva (4), ha riunito i giudizi, ha rigettato l'appello con riguardo alla domanda di annullamento del provvedimento di autotutela e ha sospeso il giudizio in ordine ai rimanenti motivi di appello concernenti il risarcimento; con separata pronuncia ha rimesso all'Adunanza plenaria le due questioni di diritto oggetto della sentenza in commento (5).

3. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Cenni.

Fino agli anni Sessanta, la giurisprudenza tendeva ed escludere la possibilità di imputare alla pubblica amministrazione una responsabilità precontrattuale, per due ordini di ragioni: innanzitutto, vi era una presunzione di correttezza comportamentale a favore della p.a., quale applicazione del principio afferente alla presunzione di legittimità degli atti amministrativi; in secondo luogo, non si riteneva possibile affidare al giudice ordinario un controllo che incidesse sulle scelte discrezionali operate dall'amministrazione.

(3) Tar Calabria, 23 marzo 2017, n. 515.

(4) Cons. St., Sez. III, 24 novembre 2017, n. 5491.

(5) Cons. St., Sez. III, 24 novembre 2017, n. 5492.

Una prima e fondamentale svolta si deve alla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (6) in cui si affermava che è ben possibile per l'amministrazione incorrere in responsabilità precontrattuale, trovando quest'ultima fondamento giuridico nel "godimento [da parte della p.a.] della capacità di diritto privato" e nella "non contrarietà ai principi di diritto pubblico dell'osservanza, da parte dell'amministrazione contraente, delle norme di correttezza e lealtà". In siffatte ipotesi, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, in quanto chiamato a verificare il corretto comportamento dell'amministrazione non in quanto tale, ma in quanto contraente.

Il limite di questo indirizzo, come evidenziato in dottrina (7), consisteva nel ritenere sussistente la *culpa in contrahendo* della p.a. solo quando questa agisse *iure privatorum*, ovvero nei soli casi in cui il contratto venisse stipulato a seguito di trattativa privata, escludendola laddove invece fosse intervenuto un procedimento di evidenza pubblica.

A seguito delle critiche sollevate dalla dottrina, la giurisprudenza ha via via ampliato l'iniziale interpretazione eccessivamente restrittiva, riconoscendo la responsabilità precontrattuale anche in caso di intervenuta procedura di gara pubblica, "sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia" (8).

In altri termini, la giurisprudenza non solo ha esteso il novero dei casi in cui sorge un diritto al risarcimento a favore del privato, ma ha completamente scisso tale valutazione da quella inerente alla legittimità degli atti, secondo la tradizionale bipartizione civilistica tra illegittimità degli atti, da un lato, e illiceità dei comportamenti, dall'altro.

In particolare, l'ordinanza di rimessione individua le ipotesi più significative in cui, a seguito di tale evoluzione giurisprudenziale, è stata rilevata una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Dette ipotesi ricorrono nel caso di revoca dell'indizione di gara e dell'aggiudicazione per esigenze di ampia revisione del progetto, disposta a distanza di diversi anni dall'espletamento della gara, nel caso di revoca dell'aggiudicazione o rifiuto di stipulare il relativo contratto per mancanza di fondi o per impossibilità di realizzare l'opera per mutate condizioni di intervento, nel caso di annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'Amministrazione dopo l'aggiudicazione o che comunque avrebbe potuto essere rilevato già all'inizio della procedura (9).

(6) Cass. civ., SS.UU., 12 luglio 1961, n. 1675.

(7) G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, p. 304.

(8) Cons. St., Sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245.

(9) Cons. St., Sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245; Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790 e 15 settembre 2014, n. 4674. A tale orientamento ha aderito anche Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

Dato comune a tutti i più recenti approdi giurisprudenziali consiste nella delimitazione della fase in cui la p.a. possa effettivamente incorrere in *culpa in contrahendo*: solo a seguito di un provvedimento definitivo di aggiudicazione sussistono i requisiti affinché possa radicarsi, in capo al privato, un legittimo affidamento meritevole di tutela (10). Proprio partendo da tale assunto, la giurisprudenza aveva per esempio negato rilevanza, in punto di responsabilità precontrattuale, alla posizione vantata dal privato aggiudicatario - non definitivo, bensì - provvisorio (11).

Per vero, accanto a tale indirizzo si sono registrate alcune pronunce tendenti ad estendere la tutela dei privati anche alle fasi antecedenti all'aggiudicazione (12), tuttavia, dopo queste aperture l'indirizzo largamente maggioritario è tornato ad essere quello contrario alla predetta estensione. A quest'ultimo e prevalente orientamento ha infatti aderito la Sezione III, dandone conto nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria.

4. La tesi della Sezione remittente.

Ai fini della responsabilità precontrattuale della p.a., l'orientamento che nega rilevanza al momento precedente rispetto all'individuazione definitiva del contraente, ovvero sia all'aggiudicazione, si basa sull'assunto per cui tale tipo di responsabilità è strettamente legata alla violazione delle regole di condotta che presiedono alle - sole - fasi della formazione del contratto e delle trattative, non riscontrabili durante la procedura pubblicistica di gara.

In particolare, la giurisprudenza ha sostenuto che nelle fasi anteriori alla scelta del contraente non è ravvisabile alcuna ipotesi di *culpa in contrahendo* in quanto “*gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione*” (13). Ne deriva che la violazione del canone generale di buona fede può rilevare solo dopo che “*la fase pubblicistica abbia attribuito all'interessato effetti concretamente vantaggiosi e solo dopo che tali effetti siano venuti meno, nonostante l'affidamento ormai conseguito dalla medesima parte interessata*” (14).

(10) Cons. St., Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457; Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3393 e 8 settembre 2010, n. 6489.

(11) Cons. St., Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1442. In particolare, il Collegio ha ritenuto che “*nelle procedure ad evidenza pubblica l'aggiudicazione provvisoria costituisce un atto endoprocedimentale ad effetti ancora instabili e del tutto interinali che si inserisce nell'ambito della scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo. La definitiva individuazione del concorrente cui affidare l'appalto risulta cristallizzata soltanto con l'aggiudicazione definitiva: l'aggiudicatario provvisorio, dunque, vanta soltanto un'aspettativa (la cui lesione non può costituire presupposto della responsabilità precontrattuale) alla conclusione positiva del procedimento*”.

(12) Cons St., Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236 e 7 novembre 2012, n. 5638; Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831.

(13) Cons. St., Sez. V, 21 agosto 2014, n. 4271.

L'indirizzo è supportato da diverse argomentazioni.

Innanzitutto, occorre fare riferimento al dato letterale dell'art. 1337 c.c., che espressamente impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative e la formazione del contratto.

Secondo la tesi in esame, il bando di gara non può essere interpretato come elemento delle trattative e tantomeno di formazione del contratto. Più precisamente, esso sarebbe assimilabile - sotto il profilo del diritto civile - ad una offerta al pubblico, *ex art. 1336 c.c.*, o - *rectius* - ad una proposta di contratto *in incertam personam*, veicolata dal bando di gara.

Per quanto è vero che la fattispecie di cui all'art. 1336 c.c. possa essere sussunta nell'ambito della formazione del contratto, per la Sezione remittente sarebbe proprio questa interpretazione a negare in radice, già sul piano civilistico e senza considerare le peculiarità derivanti dalla procedura pubblicistica, la possibilità di qualificare la fase di espletamento della gara quale trattativa.

In primo luogo, la fattispecie di offerta al pubblico si distingue notevolmente rispetto a quella della proposta effettuata nei confronti di una persona determinata.

In quest'ultimo caso l'art. 1328 c.c. stabilisce, infatti, che qualora il proponente revochi la proposta e l'accettante, ignaro, abbia già dato inizio in buona fede all'esecuzione, il proponente è tenuto a tenerlo indenne dalle spese e dalle perdite subite per effetto dell'esecuzione. Diversamente, la revoca della proposta *in incertam personam*, *ex art. 1336 c.c.*, "*se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia*". Quindi, purché siano rispettati i requisiti di forma, la revoca dell'offerta al pubblico non è recettizia e non determina l'insorgere del diritto ad alcun indennizzo a favore di chi abbia comunque iniziato ad eseguire la prestazione.

La diversa disciplina si giustifica proprio per il fatto che, come specificato dall'ordinanza di rimessione, "*la collettività o la platea indeterminata di aspiranti contraenti non riveste una posizione equiparabile a quella dell'oblato*" (15).

Inoltre, l'art. 1328 c.c. parla espressamente di indennizzo e ciò significa che - in ogni caso - la revoca della proposta rileva come atto lecito dannoso e non come fonte di responsabilità, che invece darebbe luogo a risarcimento.

In altri termini, secondo la Sezione remittente, l'unico caso in cui sarebbe possibile configurare una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione anche nei confronti dei soggetti non aggiudicatari definitivi sarebbe quello della Stazione appaltante che, già prima della pubblicazione del bando e quindi della proposta *in incertam personam*, era a conoscenza - o avrebbe dovuto esserlo, secondo i parametri di normale diligenza - di motivi ostativi

(14) Cons. St., Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748.

(15) Cons. St., Sez. III, 24 novembre 2017, n. 5492, par. 10.5.

alla prosecuzione della procedura, ad esempio per originaria mancanza di fondi o per impossibilità assoluta della prestazione. Solo in questa ipotesi, infatti, il comportamento scorretto della p.a. rilevarebbe nei confronti di tutti i soggetti che avessero inutilmente preso parte alla gara.

Diversamente, tutti i vizi di legittimità, il ritardo o i provvedimenti di autotutela per motivi sopravvenuti, eventualmente intervenuti sugli atti di gara, potrebbero far sorgere un diritto al risarcimento solo a favore dell'aggiudicatario, sempre se imputabili ad un comportamento contrario a buona fede. Infatti, tali condotte, poiché successive al bando e alla proposta, potrebbero essere correttamente ricondotte alla fase di formazione del contratto vera e propria, andando ad incidere sostanzialmente sulla sola posizione vantata dal soggetto individuato all'esito della selezione.

In secondo luogo, l'ordinanza di rimessione considera le peculiarità che comporta l'ambito pubblicistico nel quale la proposta è formulata. Il particolare procedimento attraverso il quale si addivene alla conclusione del contratto non conterrebbe alcun altro elemento assimilabile a quelli propri delle trattative e della formazione del contratto, ulteriore rispetto alla pubblicazione della proposta *in incertam personam* - inidonea a dar rilevanza all'affidamento dei partecipanti alla gara - e alla fase che intercorre tra l'aggiudicazione e la stipula vera e propria. Ipotesi quest'ultima, per la quale invece la responsabilità precontrattuale della p.a., configurandosi nei confronti dell'aggiudicatario, è pacificamente ammessa.

Non è invece sussumibile nelle trattative e nella formazione del contratto la fase della gara vera e propria, in quanto finalizzata a individuare il soggetto futuro contraente, senza il quale non è possibile - sul piano logico, prima che giuridico - parlare di formazione del contratto.

La Sezione remittente, per vero, richiama alcune pronunce giurisprudenziali (16) che hanno fatto riferimento alla teoria del "contatto sociale", al fine di inquadrare il tipo di relazione che si instaura tra amministrazione appaltante e aspiranti appaltatori. In effetti, quest'ultima teoria potrebbe in astratto ammettere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo alla p.a. Tuttavia, la stessa Sezione ritiene che tale contatto non sarebbe soggetto alle regole generali di correttezza e buona fede nelle trattative, ma solo alla *lex specialis* che disciplina la procedura di gara.

Inoltre, le richiamate decisioni a favore della tesi del contatto sociale comunque limitano il risarcimento - e di conseguenza la relativa responsabilità - a favore del solo aggiudicatario, quindi alla sola fase successiva all'individuazione del contraente, sebbene la violazione della buona fede sia intervenuta in un momento antecedente.

(16) Vd., Cass. civ., Sez. I, 25 luglio 2018, n. 19775; 27 gennaio 2017, n. 25644 e 12 luglio 2016, n. 14188.

Infine, all'obiezione - pure mossa dalla Cassazione (17) - secondo la quale una siffatta interpretazione della responsabilità precontrattuale della p.a., ristretta alla sola fase successiva all'aggiudicazione, potrebbe comportare il rischio di condotte amministrative scorrette sempre più frequenti, poiché impuniti, l'ordinanza replica con una duplice argomentazione. Da un lato, si sostiene che qualora le scorrettezze siano riconducibili a ipotesi di eccesso o sviamento di potere, tali vizi possono certo essere conosciuti dal giudice amministrativo, che eventualmente può condannare la p.a. al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi; dall'altro, l'eccessiva estensione del novero dei casi in cui è possibile incorrere in responsabilità precontrattuale potrebbe comportare l'opposto e altrettanto insidioso pericolo di costringere le Stazioni appaltanti a rimanere vincolate a rapporti contrattuali inopportuni e svantaggiosi, pur di non dover risarcire tutti i partecipanti alla gara.

5. L'indirizzo dell'Adunanza Plenaria.

Al pari dell'ordinanza di rimessione, anche la sentenza in commento - nell'accogliere l'orientamento opposto - muove da un'interpretazione dell'art. 1337 c.c.

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria effettua un'interpretazione non letterale ma costituzionalmente orientata della disciplina stabilita dal Codice civile, alla luce delle evoluzioni storico-sociali intervenute e confermate tanto sul piano pretorio quanto su quello legislativo.

La sentenza sottolinea come l'interpretazione restrittiva accolta dalla Sezione remittente, per la quale i doveri di correttezza e buona fede sorgono solo a seguito di trattative avanzate e durante la formazione del contratto, ovvero solo in quelle situazioni in cui si ingeneri nella controparte contrattuale un affidamento sulla conclusione del contratto, è interpretazione certamente fedele al dato letterale, ma secondo quelle che erano le intenzioni del Legislatore del 1942, oggi largamente superate.

In altri termini, l'Adunanza Plenaria sottolinea la necessità di considerare come il Codice civile risenta del momento storico in cui è stato redatto ed è entrato in vigore, soprattutto avendo riguardo al fatto che all'epoca le norme corporative costituivano, ai sensi dell'art. 1 delle Preleggi, vere e proprie fonti del diritto. Ecco allora che la scelta di delimitare la configurabilità della responsabilità precontrattuale alle sole due ipotesi espressamente menzionate - e interpretate in senso restrittivo - affonda le sue radici nei valori propri dell'ordinamento corporativo (18) e nell'interpretazione della causa contrattuale quale funzione economico-sociale del negozio.

(17) Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

(18) La sentenza richiama in particolare il par. 612 della Relazione al Codice civile, secondo il quale: "È dominata dall'obbligo di correttezza e da quello di buona fede (in senso oggettivo) la materia

Dal momento che l'ordinamento giuridico, in base ai valori del corporativismo, riconosceva giuridicità e tutela al negozio proprio perché destinato a soddisfare gli interessi non solo delle parti ma anche e soprattutto della Nazione, la responsabilità precontrattuale aveva la funzione di sanzionare la parte che, interrompendo ingiustificatamente le trattative o comunque il procedimento di formazione contrattuale, impediva la conclusione del negozio quale strumento di utilità sociale (19). Ciò che era tutelato non era quindi l'affidamento della controparte in sé e per sé ma l'interesse della collettività tutta alla conclusione del negozio, pregiudicato dalla condotta di una parte che, indirettamente, aveva l'effetto di incidere negativamente sull'economia e la produttività nazionali.

A seguito dell'abrogazione delle norme corporative, del superamento da parte della dottrina della concezione del contratto quale strumento di utilità sociale e, soprattutto, dell'entrata in vigore della Costituzione, una tale impostazione non è più condivisibile.

Alla luce di tale evoluzione, infatti, è necessario procedere ad una rilettura di tutte quelle norme che, contenendo clausole generali, ben si prestano ad essere riempite di contenuto seguendo il mutamento dei tempi e della sensibilità sociale (20).

Proprio la Carta costituzionale, ponendo al centro dell'ordinamento giuridico l'individuo, scardina l'impostazione secondo la quale il contratto, per poter essere meritevole di tutela, debba avere una funzione economico-sociale, accogliendosi la teoria della funzione economico-individuale.

In altri termini, il contratto si configura quale strumento che le parti adottano al fine di perseguire uno scopo pratico, utile a livello individuale, cui l'ordinamento riconosce giuridicità nel momento in cui tale causa concreta sia lecita e meritevole, alla luce dei valori sanciti dalla Costituzione (21).

delle trattative contrattuali e quella concernente i contratti c.d. per adesione. L'obbligo predetto è richiamato in via generale nell'art. 1337 come base del comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, se nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuole soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva". È significativo il richiamo agli "interessi superiori della Nazione", che richiedono una collaborazione delle parti contrattuali affinché il contratto stesso sia massimamente produttivo e vantaggioso per la Nazione stessa.

(19) Sul punto vd., C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2015, pp. 450-451. Secondo l'Autore, «*La definizione della causa come funzione economico-sociale ha espresso anche l'idea della causa come criterio di controllo della meritevolezza degli atti di autonomia privata [...]. Questa idea, che trova testuale riscontro nel codice vigente, è stata intesa da una parte della dottrina in termini di utilità sociale: il contratto deve realizzare un interesse che sia utile alla stregua dell'apprezzamento sociale*».

(20) Del resto, una simile operazione ermeneutica ha riguardato ulteriori disposizioni, quali l'art. 1322 c.c. e l'art. 12 delle Preleggi.

Per quanto riguarda specificamente l'obbligo di buona fede e correttezza, questo non può più essere interpretato quale strumento volto a garantire la conclusione del contratto nell'interesse della Nazione, ma si pone come presidio del generale dovere di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 della Costituzione (22) e a tutela della libertà di autodeterminazione dei soggetti contraenti. Infatti, come affermato dalla Suprema Corte e dallo stesso Consiglio di Stato, il comportamento scorretto della controparte contrattuale *“incide sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza”* (23).

In virtù del nuovo significato e del nuovo ruolo attribuito alla clausola generale di buona fede e alla corrispettiva tutela dell'affidamento altrui, la giurisprudenza ha gradualmente configurato la responsabilità precontrattuale in ipotesi sempre più numerose.

L'Adunanza Plenaria evidenzia innanzitutto l'evoluzione interpretativa che ha ampliato le fattispecie riconducibili alla contrarietà alla buona fede, superando il limite della sola ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative.

In proposito, vengono richiamate le pronunce che hanno riconosciuto, a talune condizioni, una responsabilità precontrattuale anche in capo ad un soggetto terzo rispetto ai contraenti, ricoprendo lo stesso una particolare posizione da *status* professionale o avendo un interesse qualificato alla conclusione del contratto (24).

Sempre con riguardo alle conquiste giurisprudenziali in termini di un'applicazione estensiva dell'art. 1337, è particolarmente significativo l'innovativo indirizzo inaugurato dalle Sezioni Unite della Cassazione (25) che ha ricono-

(21) Vd., Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490: *“La causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti”*.

(22) *Ex multis*, Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462: *“L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, che impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale”*. La sentenza richiama espressamente Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188.

(23) Vd., *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636 e 3 luglio 2014, n. 15250.

(24) Si fa riferimento a Cass. civ., SS.UU., 8 aprile 2011, n. 8034, laddove si è riconosciuta una responsabilità concernente un prospetto informativo non veritiero in capo agli intermediari finanziari, terzi rispetto alla trattativa intercorrente tra società e investitore, finalizzata alla conclusione di un contratto per l'acquisto di azioni, che tuttavia avevano sottoscritto il documento, accreditandolo presso gli investitori. Inoltre, viene riportato l'indirizzo che configura la responsabilità dei soggetti predisponenti le c.d. lettere di *patronage* deboli, che si inseriscono nelle trattative altrui per agevolare la conclusione (Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 1995, n. 10235).

(25) Cass. civ., SS. UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

sciuto la possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale anche in caso di conclusione di un contratto valido, che senza la condotta scorretta della controparte, nella fase antecedente la stipula, sarebbe stato concluso a condizioni migliori.

L'accoglimento di tale indirizzo assume estremo rilievo in quanto espressione di un'operazione ermeneutica volta a superare lo stretto dato letterale degli artt. 1337 e 1338 c.c.

Infatti, secondo la tesi tradizionale e restrittiva - superata dalle Sezioni Unite - la mancata comunicazione all'altra parte di informazioni rilevarebbe in termini di comportamento contrario a buona fede in soli due casi: un primo rileva *ex art. 1337 c.c.*, quando la parte abbia taciuto circostanze che, se comunicate, avrebbero giustificato il recesso dalle trattative (come le perplessità nutrite circa la reale intenzione di concludere il contratto); il secondo, riconducibile all'*art. 1338 c.c.*, espressamente riconosce la responsabilità precontrattuale qualora la parte abbia taciuto di cause di invalidità del contratto di cui era a conoscenza, o che avrebbe dovuto conoscere secondo la normale diligenza.

Diversamente, la Suprema Corte amplia il novero degli obblighi informativi che le parti sono tenute a rispettare nella fase di formazione del contratto, ricomprendendovi anche quelli relativi ai c.d. vizi incompleti del contratto, ovverosia quei vizi che, seppure non in grado di determinare l'annullabilità o la nullità dello stesso, avrebbero portato alla conclusione di un contratto diverso, più favorevole (26).

È proprio in questi casi che attualmente si ammette la possibilità per il contrente in buona fede, vincolato al contratto meno conveniente, di ottenere il risarcimento del danno.

Per quanto attiene specificamente alla pubblica amministrazione, la sentenza richiama l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in base al quale si configura pacificamente una *culpa in contrahendo* anche in capo alla p.a., superando l'impostazione tradizionale restrittiva.

In particolare, l'Adunanza Plenaria sottolinea come, proprio perché il canone di buona fede è posto a presidio della libertà della parte ad autodeterminarsi, la sua violazione prescinde da un'eventuale illegittimità del provvedimento. Ciò che rileva nell'ambito della responsabilità precontrattuale non è l'interesse legittimo sotteso al provvedimento, ma il diritto soggettivo della parte a compiere le proprie scelte confidando nel comportamento corretto e leale altrui.

Si vengono così a configurare due distinti regimi, l'uno riguardante la

(26) L'ipotesi si differenzia da quella *ex art. 1440 c.c.* sul dolo incidente, che non riguarda il comportamento omissivo della parte, che tace sulle circostanze che avrebbero comportato una stipulazione più conveniente per la controparte, bensì il comportamento attivo di raggi, che sostanzialmente coincidono con la condotta penalmente rilevante della truffa, *ex art. 640 c.p.*

violazione delle norme di diritto pubblico, cui consegue l'illegittimità del provvedimento e il risarcimento per lesione dell'interesse legittimo, l'altro concernente la violazione delle norme di diritto comune - ossia dell'obbligo di buona fede - cui si ricollega l'illiceità del comportamento della p.a. e il risarcimento per lesione del diritto soggettivo.

Inoltre, la sentenza sottolinea come la necessità per la p.a. di rispettare tali norme di diritto comune non verrebbe meno neppure quando la p.a. eserciti poteri nell'ambito di un'attività autoritativa: un conto sarebbero infatti le norme di diritto pubblico che disciplinano precipuamente tale attività e che appunto comportano, se violate, l'illegittimità del provvedimento, altro sarebbero le norme di diritto comune relative al suo corretto comportamento, che si applicano alla p.a. a prescindere dall'attività svolta, sia essa autoritativa o meno.

Coerentemente con questa impostazione, vengono richiamate le pronunce con cui è stato disposto il risarcimento del danno a titolo di *culpa in contrahendo* a seguito di un legittimo annullamento d'ufficio avente ad oggetto un provvedimento favorevole (27).

Alla luce di una responsabilità così configurata, ovverosia come sanzione per un comportamento scorretto della pubblica amministrazione a prescindere dall'attività svolta in concreto e dal momento procedimentale in cui interviene la violazione del canone di buona fede, secondo l'opinione dell'Adunanza Plenaria *"risulterebbe eccessivamente restrittiva e, per molti versi contraddittoria, la tesi secondo cui, nell'ambito dei procedimenti di evidenza pubblica, i doveri di correttezza (e la conseguente responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in caso di loro violazione) nascono solo dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione"* (28).

Aderendo alla tesi contraria proposta dalla Sezione remittente, si assisterebbe ad un'eccessiva e irragionevole svalutazione del legittimo affidamento ingenerato nei privati, che abbiano inutilmente e incolpevolmente fatto affidamento sulla procedura di gara.

A sostegno di questa considerazione, la sentenza richiama le pronunce della Cassazione e dello stesso Consiglio di Stato espressione dell'indirizzo - minoritario - che ammette la configurabilità della *culpa in contrahendo* amministrativa anche nei confronti dei soggetti solo partecipanti alla gara e, quindi, ben prima del provvedimento definitivo di aggiudicazione. In tali sentenze si

(27) Si richiamano le cc.dd. "ordinanze gemelle", Cass. civ., SS.UU., 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596, con cui si è affermata la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia in cui *"il beneficiario di una concessione edilizia, annullata d'ufficio o su ricorso di altro soggetto in quanto illegittima, chiedi il risarcimento dei danni subiti per avere confidato nella apparente legittimità della stessa, che aveva ingenerato l'incolpevole convincimento di poter legittimamente edificare"*. Si tratta di un'ipotesi particolare di comportamento scorretto della p.a., configurato quale "responsabilità da provvedimento favorevole".

(28) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 44.

legge che *“la disciplina in materia di culpa in contrahendo non necessita, infatti, di un rapporto personalizzato tra p.a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall’inizio del procedimento. Diversamente argomentando, l’interprete sarebbe invece costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità”* (29).

Inoltre, la necessità di valorizzare e tutelare il legittimo affidamento ingenerato nei privati da parte della p.a. è confermato dalle precise scelte legislative degli ultimi anni, che hanno inciso profondamente non solo su singoli istituti del diritto amministrativo, ma più in generale sul concreto atteggiarsi del rapporto tra amministrazione e cittadini.

Si fa riferimento anzitutto all’art. 1, comma 1, della legge sul procedimento amministrativo, come modificato dalla legge n. 15/2005 (30), che impone all’attività amministrativa di informarsi ai principi del diritto comunitario, tra i quali notoriamente spicca quello della tutela dell’affidamento (31).

In secondo luogo, rileva la nuova disciplina *ex art. 21-nonies* della legge n. 241/1990 (32) sul potere di annullamento d’ufficio, l’esercizio del quale,

(29) Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260. In tal senso, anche, Cons. St., Sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638: *“La fase di formazione dei contratti pubblici è caratterizzata dalla contestuale presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale. Il procedimento amministrativo è disciplinato da regole di diritto pubblico finalizzate ad assicurare il perseguimento, anche quando la p.a. agisce mediante moduli convenzionali, dell’interesse pubblico. Il procedimento negoziale è disciplinato da regole di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà contrattuale, che contemplano normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l’accettazione finale della stessa p.a. La presenza di un modello formativo della predetta volontà contrattuale predefinito nei suoi profili procedurali mediante la scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all’applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si è, infatti, in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell’offerta al pubblico. Non è, dunque, possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l’applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il “contatto sociale” viene individualizzato con l’atto di aggiudicazione. Del resto, anche nel diritto civile il modello formativo dell’offerta al pubblico presuppone normalmente il “contatto” con una pluralità di “partecipanti” al procedimento negoziale. Diversamente argomentando l’interprete sarebbe costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità”*.

(30) Art. 1, comma 1, legge n. 241/1990: *“L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di pubblicità e trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”*.

(31) *Ex multis*, CGCE, 3 maggio 1978, causa C-112/77, *Töpfer c. Commissione*.

(32) Art. 21-nonies della legge n. 241/1990: *“1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell’articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d’ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi del-*

qualora riguardi provvedimenti favorevoli per i privati, non solo è soggetto al termine di 18 mesi, ma soprattutto deve considerare gli interessi dei soggetti beneficiari degli atti e il loro legittimo affidamento su di essi. In altri termini, per quanto il provvedimento sia illegittimo e sussista un interesse pubblico alla sua rimozione, attualmente tale interesse non necessariamente è destinato a prevalere su quello dei privati, ben potendo al contrario risultare cedevole. Si assiste quindi a una trasformazione radicale non solo dell'autotutela decisoria, ma del rapporto sottostante tra autorità e cittadino (33).

Infine, ulteriore manifestazione di questa tendenza è la previsione di cui all'art. 2-*bis*, comma 1, della legge n. 241/1990. In base a questa norma le pubbliche amministrazioni devono risarcire il danno ingiusto cagionato “*dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*”. Secondo l'orientamento largamente prevalente, la disposizione ha introdotto la risarcibilità anche del c.d. danno da mero ritardo (34), ovvero del danno subito dal privato a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso al provvedimento. L'art. 2-*bis*, dunque, prescinde dalla lesione dell'interesse legittimo connesso al provvedimento tardivamente adottato, considerando solo la situazione di incertezza in cui il privato si trova a causa del ritardo. Situazione che, proprio come nel caso della *culpa in contrahendo*, è suscettibile di incidere negativamente sul diritto ad autodeterminarsi liberamente. Quest'ultimo viene quindi espressamente tutelato dalla norma che, in caso di dolo o colpa della p.a., ammette il risarcimento del danno.

In conclusione, alla luce del nuovo assetto che caratterizza i rapporti tra cittadino e amministrazione e della primaria importanza che riveste oggi il principio della tutela dell'affidamento nel nostro ordinamento, l'Adunanza Plenaria risolve il primo quesito sottoposto dalla Sezione remittente nel senso della configurabilità della responsabilità precontrattuale anche prima dell'aggiudicazione, con conseguente possibilità di risarcire i danni subiti da coloro

l'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

2-bis. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445”.

(33) Sul punto vd., L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, intervento nell'ambito del Convegno “*La legge generale sul procedimento amministrativo: attualità e prospettive nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*”, 20 marzo 2017, Palazzo Spada.

(34) Vd., da ultimo, Cons. St., Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 271.

che abbiano anche solo partecipato alla procedura di gara, senza risultare al suo esito come aggiudicatari.

Per quanto attiene alla seconda questione, ovvero sia se, dopo la pubblicazione del bando, ai fini del riconoscimento di tale responsabilità, occorra avere riguardo solo al comportamento tenuto dall'amministrazione prima della stessa pubblicazione del bando, la sentenza ritiene che una tale limitazione della responsabilità non trovi alcun fondamento normativo e contrasti con il carattere atipico che qualifica l'illecito civile. In particolare, l'illecito civile si incentra sull'elemento dell'ingiustizia del danno (nel caso di responsabilità extracontrattuale) o dell'inadempimento dell'obbligazione (nel caso di responsabilità contrattuale), a prescindere dalle concrete modalità che hanno determinato la lesione.

Di conseguenza, deve concludersi che la valutazione circa la correttezza della condotta tenuta dalla p.a. debba estendersi anche ai momenti successivi alla pubblicazione del bando.

Risolte le due questioni sottoposte dalla Sezione remittente, l'Adunanza Plenaria si occupa infine dei rilievi applicativi dei principi di diritto sanciti.

In punto di riparto e di consistenza dell'onere probatorio, la sentenza chiarisce che, ai fini della condanna al risarcimento, il giudice deve valutare che sussistano tutti i presupposti costitutivi della fattispecie. In particolare, non è sufficiente che il privato dimostri il suo incolpevole affidamento, ma deve essere fornita la prova che la condotta della p.a. sia oggettivamente contraria a buona fede e che tale condotta sia soggettivamente ascrivibile all'amministrazione a titolo di dolo o quantomeno di colpa. Inoltre, il cittadino deve provare sia il danno-evento che il danno-conseguenza e i relativi nessi di causalità.

Si evidenzia dunque come le fattispecie che possono dar luogo alla responsabilità precontrattuale della p.a. non possano essere predeterminate *a priori*, dovendo al contrario essere oggetto di uno scrutinio puntuale da parte del giudice, che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto secondo la logica del *case by case*.

6. Conclusioni.

I principi espressi dall'Adunanza Plenaria assumono una significativa portata innovativa, rappresentando una tappa ulteriore nel lungo percorso che sta conducendo l'amministrazione pubblica a tenere in considerazione sempre maggiore gli interessi dei cittadini - seppure nel costante perseguimento degli interessi pubblici - al fine di costruire un rapporto che va evolvendosi nel senso della paritarietà.

L'orientamento assunto con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5, si inserisce, infatti, nell'ambito del più generale processo di trasformazione che ha investito l'Amministrazione negli ultimi decenni e che va nella direzione di qualificare la stessa sempre meno come Autorità e sempre più come strumento posto al

servizio dei cittadini, attento dunque agli interessi e ai bisogni degli stessi (35).

Ulteriore profilo meritevole di attenzione riguarda altre due fattispecie evidenziate nella medesima sentenza dall'Adunanza Plenaria, seppure attraverso *obiter dicta*, accanto alla responsabilità precontrattuale di cui primariamente si occupa. In tali fattispecie, al fine di tutelare il legittimo interesse del privato, viene dato rilievo al comportamento scorretto tenuto dalla pubblica amministrazione: si tratta della cosiddetta responsabilità da provvedimento favorevole e della responsabilità per mero ritardo.

La responsabilità da provvedimento favorevole si configura laddove l'amministrazione rimuova in via di autotutela un illegittimo provvedimento ampliativo - favorevole, appunto - precedentemente concesso al privato. Si tratta di una fattispecie che si differenzia da quella della responsabilità precontrattuale vera e propria, in quanto il comportamento contrario a buona fede non interviene nel momento delle trattative o della formazione del contratto, ma nell'ambito dell'attività amministrativa vera e propria.

Come la responsabilità precontrattuale prima dell'aggiudicazione, anche tale forma di responsabilità ha tardato ad affermarsi, in quanto era convincente diffuso che l'affidamento ingenerato nel privato sulla validità del provvedimento concessorio non fosse mai meritevole di tutela: essendo le disposizioni violate dal provvedimento illegittimo norme di carattere imperativo, si riteneva sussistente una presunzione assoluta di conoscenza in capo al privato. In altri termini, poiché il privato avrebbe dovuto conoscere l'illegittimità dell'atto, violativo di norme imperative, non si sarebbe mai potuto riconoscere un affidamento meritevole di tutela sulla stabilità e validità dello stesso.

Tale impostazione è stata superata dalle Sezioni Unite della Cassazione (36), che hanno evidenziato come il privato in questi casi non si affidi alla determinazione adottata da un soggetto qualunque, ma da un apparato qualificato, quale è l'amministrazione. Dunque, la giurisprudenza riconosce tutela risarcitoria a chi, pur non mettendo in discussione la legittimità del provvedimento di rimozione, vede comunque leso il proprio diritto soggettivo a che la pubblica amministrazione si comporti in modo conforme a buona fede oggettiva.

Il danno da mero ritardo è ipotesi espressamente richiamata dall'Adunanza Plenaria (37) quale esempio dell'evoluzione normativa compiuta nel senso di garantire una maggiore tutela dell'affidamento. Anche in questo caso, la pretesa del cittadino non riguarda l'illegittimità degli atti adottati, seppure

(35) Sul punto, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, p. 19. Secondo l'Autore, all'idea di una p.a. come autorità posta al di sopra dei cittadini si va sostituendo quella di una amministrazione che è «*in primo luogo funzione di servizio al cittadino*», alla quale sono inscindibilmente connessi caratteri di conoscibilità e responsabilità.

(36) Cass. civ., SS.UU., 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595 e 6596.

(37) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 42.

con ritardo, dall'amministrazione, ma appunto l'incertezza che tale ritardo ha generato nella posizione giuridica soggettiva.

In conclusione, si tratta di tre differenti ipotesi (responsabilità precontrattuale, responsabilità da provvedimento favorevole e responsabilità per danno da mero ritardo) in cui è riconosciuta tutela risarcitoria nei confronti di un diritto soggettivo, che viene sì leso da un comportamento della p.a. posto in essere nell'esercizio di attività autoritative, ma che non comporta alcuna illegittimità degli atti.

Ne deriva che le tre figure ora esaminate configurano un tipo di responsabilità civile dell'amministrazione che si differenzia tanto da quella più risalente, ovverosia dalla responsabilità da lesione di diritti soggettivi per comportamenti materiali della p.a. o laddove la p.a. agisca *iure privatorum*, quanto da quella ordinaria, derivante dalla lesione di interessi legittimi, a causa dell'adozione di provvedimenti illegittimi.

Anche dal punto di vista sistematico emerge dunque la portata innovativa della sentenza in commento, trattando congiuntamente queste fattispecie di recente affermazione in cui la p.a., pur agendo nell'esercizio di poteri autoritativi, è obbligata a rispettare principi generali del diritto privato che, se violati, danno luogo a responsabilità e risarcimento del danno.

D'altra parte, però, non mancano alcune osservazioni che possono muoversi alla pronuncia.

In primo luogo, l'Adunanza Plenaria espressamente omette di occuparsi della qualificazione della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, affermando che *“la questione, non direttamente rilevante in questo giudizio (non essendo investita dai quesiti sollevati dall'ordinanza di remissione), è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati così controversi, da rendere inopportuno, in questa sede, ogni ulteriore approfondimento”*.

Tuttavia, anche se la questione non viene trattata in modo esplicito, di fatto parrebbe che l'Adunanza Plenaria propenda a favore della natura extracontrattuale, tenuto conto che l'onere probatorio posto a carico del privato sembra far concludere nel senso della riconduzione della responsabilità precontrattuale alla disciplina di cui all'art. 2043 c.c.

Infatti, secondo il criterio del riparto dell'onere della prova vigente nell'ambito della responsabilità aquiliana, il danneggiato è tenuto a provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito: il danno-evento, quale lesione della posizione giuridica soggettiva tutelata, il danno-conseguenza, ovverosia il danno risarcibile, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa che sorregge la condotta del danneggiante, nonché il nesso di causalità materiale, che lega la condotta del danneggiante al danno-evento, e il nesso di causalità giuridica, che lega invece il danno-evento al danno-conseguenza.

Tutti questi elementi sono espressamente richiamati dalla sentenza in commento, che ulteriormente specifica: *“occorre, dunque, che [il privato] di-*

mostri che il comportamento scorretto dell'amministrazione ha rappresentato, secondo la logica civilistica del "più probabile che non", la condicio sine qua non della scelta negoziale rivelatasi dannosa e, quindi, del pregiudizio economico di cui chiede il risarcimento. In altri termini, il privato deve fornire la prova che quelle scelte negoziali non sarebbero state compiute ove l'amministrazione si fosse comportata diversamente" (38).

Tale impostazione suscita perplessità sotto due aspetti.

Innanzitutto, la riconduzione della responsabilità precontrattuale nell'ambito del principio del *neminem laedere* si scontra con quella visione, di più ampio respiro, che tende a valorizzare le posizioni giuridiche dei privati nei confronti della p.a. e a cui l'intera pronuncia sembra ispirarsi.

Infatti, la responsabilità extracontrattuale è tradizionalmente qualificata come responsabilità c.d. del passante, in cui incorre il soggetto che non è legato da alcun rapporto giuridico con il danneggiato prima del verificarsi del fatto illecito. In base a questa ricostruzione, dunque, nonostante a seguito del comportamento scorretto della p.a. sia riconosciuto il credito risarcitorio in capo al privato, quest'ultimo continua ad essere trattato come il *quisque de populo*, un soggetto che non ha alcun legame con la p.a.

Tale conclusione è difficilmente condivisibile, dal momento che al privato è riconosciuto il diritto al risarcimento proprio perché ha partecipato - inutilmente - alla procedura di gara indetta dall'amministrazione, con la quale dunque ha inevitabilmente instaurato un rapporto, seppur non "cristallizzato" dal provvedimento di aggiudicazione.

In secondo luogo, aderendo alla tesi della responsabilità aquiliana, l'Adunanza Plenaria sembra discostarsi dagli ultimi approdi giurisprudenziali che, invece, facendo ricorso alla figura del "contatto sociale qualificato", tendono a ricondurre la responsabilità precontrattuale nell'ambito di quella contrattuale (39).

Tale indirizzo è stato accolto dalla giurisprudenza più recente, oltre che per il regime prescrizione più favorevole cui soggiace la responsabilità contrattuale, soprattutto per evitare che il danneggiato sia sottoposto allo stringente onere probatorio richiesto per l'illecito extracontrattuale. Diversamente, l'Adunanza Plenaria pone a carico del danneggiato un onere della prova ancora più gravoso rispetto a quello previsto *ex art.* 2043 c.c.

(38) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 51.

(39) Vd., Cass. civ., 12 luglio 2016, n. 14188, nella quale si afferma che: "*La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione non ha natura extracontrattuale, ma deve correttamente inquadrarsi nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c., con conseguente applicazione del termini di prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c.*". Sul punto vd., anche, Cass. civ., 20 dicembre 2011, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 1233-1246.

Infatti, la sentenza non solo precisa che il danneggiato debba provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito civile, ma aggiunge anche che, in considerazione del fatto che *“il confine che segna la nascita della responsabilità precontrattuale rappresenta un delicato punto di equilibrio tra opposti valori meritevoli di tutela”* e che, nel caso specifico della p.a., *“è in gioco [...] anche l'interesse pubblico alla cui tutela è preordinato l'esercizio dei poteri di autotutela provvedimento sugli atti di gara”* (40), l'incolpevole affidamento del privato - già elemento costitutivo della fattispecie e quindi già oggetto di prova - debba essere valutato tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto.

Orbene, nel citare a titolo esemplificativo alcuni elementi che possono essere presi in considerazione dal giudice per valutare la sussistenza o meno di tale affidamento, la sentenza sembrerebbe porre a carico del cittadino ulteriori elementi oggetto di prova, quali il fatto che il privato abbia presentato l'offerta e la sua conoscenza o conoscibilità - secondo l'ordinaria diligenza - dei vizi che hanno comportato l'esercizio dell'autotutela.

Ancora, vengono menzionate ipotesi che ben potrebbero costituire, nel caso concreto, dei limiti alla possibilità di riconoscere una responsabilità precontrattuale della p.a., concernenti il tipo di evidenza pubblica, con particolare riferimento al grado di discrezionalità caratterizzante lo stesso, lo stato di avanzamento del procedimento nel momento in cui vengano ritirati gli atti di gara e la c.d. affidabilità soggettiva del partecipante, precisando che *“ad esempio, non sarà irrilevante verificare se avesse o meno i requisiti per partecipare alla gara di cui lamenta la mancata conclusione”* (41).

Il secondo profilo problematico è certamente quello di maggior rilievo.

L'Adunanza Plenaria recepisce infatti l'orientamento, ampiamente consolidato nella giurisprudenza ordinaria (42), che assume la netta separazione tra il piano della validità degli atti e quello della liceità dei comportamenti.

Tale indirizzo, da un lato, ha certamente permesso di riconoscere una *culpa in contrahendo* anche a prescindere dall'illegittimità del provvedimento, dall'altro, non può però sottacersi un convincente orientamento dottrinale, per il quale il medesimo indirizzo determinerebbe una scissione eccessivamente netta tra gli effetti che seguono alla violazione di norme di diritto pubblico e di quelli derivanti dalla violazione di norme di diritto privato (43).

In particolare, la violazione di norme di diritto privato determina sempre e solo una tutela risarcitoria, ferme restando la validità e l'efficacia del prov-

(40) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 52.

(41) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 54.

(42) Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

(43) M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019, p. 391. In particolare, l'Autore evidenzia che *«la violazione di principi fondamentali come la correttezza, la buona fede, il legittimo affidamento, finirebbe per avere sull'attività amministrativa un impatto minore a quel che si riconosce all'infrangimento di una norma specifica dettata da una legge di settore riconducibile alle regole pubblicistiche»*.

vedimento, anche qualora ad essere violati siano canoni generali, che informano l'intero ordinamento giuridico, come è nel caso dei principi di buona fede e correttezza. Diversamente, all'inosservanza di norme di diritto pubblico, seppur di rilievo minore, come nel caso di norme di dettaglio del tutto settoriali, fa seguito, ex artt. 21-*septies* e 21-*octies* della legge n. 241/1990, la nullità o l'annullabilità degli atti.

Secondo la summenzionata dottrina, invece, proprio alla luce del processo di trasformazione dell'Amministrazione e - di conseguenza - del rapporto che intercorre tra questa e i cittadini, nel solco del quale la stessa sentenza dell'Adunanza Plenaria sembrerebbe inserirsi, sarebbe auspicabile che la tutela del legittimo affidamento nell'ambito precontrattuale, che ora ha riconoscimento al solo fine risarcitorio, potesse in futuro configurarsi quale vero e proprio principio cui si informa tutta l'attività amministrativa. In questo modo, ove violato, tale principio potrebbe determinare non solo il risarcimento del danno, ma anche l'illegittimità del provvedimento amministrativo adottato (44).

In altri termini, anche considerando che la stessa sentenza afferma che *“il dovere di correttezza è un dovere reciproco, che grava, quindi, anche sul privato”* (45), caratterizzando il rapporto e la fattispecie nel loro complesso, la lesione del diritto potrebbe essere ricondotta, per esempio, ad una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, oppure essere considerata quale ipotesi di violazione di legge, superando la rigida bipartizione, tra illiceità del comportamento da un lato e invalidità del provvedimento dall'altro, che invece la pronuncia ancora parrebbe condividere.

In definitiva, a fronte di una profonda apertura a livello di principi, l'Adunanza Plenaria sembra porre limitazioni considerevoli in punto di applicazione degli stessi nel caso concreto, che rischiano di diminuire significativamente l'effettività della loro portata innovativa.

(44) M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 55. L'Autore sostiene che *«la violazione di norme e principi di origine privatistica, come la correttezza, può dar luogo anche ad invalidità del provvedimento amministrativo, o comunque della misura autoritativa. Ampi insegnamenti in tal senso sono da tempo venuti anche dai sistemi di common law, nei quali la violazione della fairness, sostanziale o procedurale, può comportare annullamento giudiziale della decisione amministrativa»*.

(45) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 53.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 4 maggio 2018 n. 5 - Pres. A. Pajno, Est. R. Giovagnoli - Regione Calabria (avv. G. Naimo) c. La Cascina Global Service s.r.l., Cardamone Group s.r.l. (avv. M. Perrone) e nei confronti di Azienda sanitaria provinciale (A.S.P.) di Cosenza (avv. A. Gangi) (Reg. Ric. A.P. n. 16/2017); La Casina Global Service s.r.l. e Cardamone Group s.r.l. (avv. M. Perrone) c. Regione Calabria (avv. G. Naimo) e nei confronti S.I.A.R.C. s.p.a. (avv. F. Izzo), A.S.P. di Cosenza (avv. A. Gangi) (Reg. Ric. A.P. n. 17/2017).

FATTO

1. La Stazione Unica appaltante della Regione Calabria ha indetto una gara, suddivisa in sette lotti, per l'affidamento del servizio di ristorazione delle Aziende sanitarie e ospedaliere della Regione.

Il raggruppamento temporaneo di imprese "La Cascina Global Service s.r.l. - Cardamone Group s.r.l." ha partecipato alla gara in relazione al lotto n. 4, riguardante l'Azienda sanitaria di Cosenza, avente un valore stimato di € 18.927.347,40, per la durata di 36 mesi.

2. Il R.T.I. menzionato, cui è stato attribuito il punteggio più alto a seguito dell'esame dell'offerta tecnica, è stato escluso dalla gara per aver presentato un'offerta in aumento rispetto all'importo annuale dell'appalto.

Il R.T.I. La Cascina - Cardamone Group (di seguito anche solo R.T.I. La Cascina) aveva presentato, infatti, un'offerta economica pari ad euro 4.885.136,10 annui, corrispondente ad una percentuale di ribasso del 22,23% rispetto al valore stimato annuo dell'appalto, pari ad euro 6.309.115,80, tenuto conto della durata dell'appalto desumibile dal bando di gara (3 anni) e dell'importo complessivo previsto dal bando (riferito all'intera durata del contratto) pari ad euro 18.927.347,40.

Ad avviso della stazione appaltante, invece, la durata dell'appalto era pari a 48 mesi, tenuto conto che nel disciplinare di gara era prevista la possibilità di proroga per 12 mesi: pertanto, la stazione appaltante ha ritenuto che l'offerta presentata dal raggruppamento La Cascina - pari ad € 4.885.136,10 annui - sarebbe stata superiore a quella posta a base di gara (pari ad € 4.731.836,85) e dunque sarebbe stata inammissibile.

È stato escluso, per ragione analoga, anche l'unico altro concorrente rimasto in gara R.T.I. Innova S.p.a. - Ladisa S.p.a. (l'altro concorrente S.I.A.R.C. S.r.l., infatti, era stato già escluso in precedenza).

La gara è stata pertanto dichiarata deserta.

3. Con sentenza n. 1730 del 18 novembre 2015 il Tribunale amministrativo regionale della Calabria ha accolto il ricorso del R.T.I. La Cascina contro il provvedimento di esclusione. In sede di appello, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2497 del 10 giugno 2016, ha confermato l'accoglimento del ricorso, annullando definitivamente l'atto di esclusione.

4. La sentenza del Consiglio di Stato n. 2497 del 2016, in particolare, ha affermato quanto segue.

4.1. Dalla disamina degli atti costituenti la *lex specialis* di gara (bando, disciplinare, capitolato speciale di appalto), con riferimento specifico alla durata dell'appalto si evince in modo palese la contraddittorietà delle prescrizioni, atteso che:

a) il bando prevede l'importo di euro 18.927.347,40 e la durata di 36 mesi, il che comporta che il valore annuale dell'appalto è pari ad euro 6.309.115,80 (18.927.347,40 : 3);

b) il disciplinare di gara, dopo aver riportato il valore complessivo dell'appalto (pag. 5), a pagina 7 prevede che «*la durata è di 36 mesi a decorrere dalla data di inizio del servizio, oltre 12 mesi opzionali di eventuale rinnovo, ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.*».

c) il capitolato speciale di appalto (art. 3, pag. 2) dispone, con riferimento alla durata contrattuale, che «*Il contratto avrà la durata di 3 (tre) anni, decorrenti, dalla sua sottoscrizione. L'Azienda si riserva la facoltà, qualora ne ravvisi l'opportunità, di chiedere all'aggiudicatario la prosecuzione del servizio per i tempi necessari per l'indizione ed all'aggiudicazione di una nuova procedura di gara, e comunque non oltre un anno dalla data di scadenza del contratto*».

d) i tre atti, quindi, contengono chiaramente precisazioni diverse tra loro: il bando non fa alcun cenno alla possibilità di proroga, il disciplinare la prevede in via eventuale e la fissa in un anno, il capitolato speciale la prevede come mera facoltà per la stazione appaltante per un periodo non tassativamente determinato, che può arrivare fino ad un anno.

4.2. In presenza di clausole del suddetto tenore, che contrastano l'una con le altre, non può condividersi la tesi della stazione appaltante secondo cui negli atti di gara non vi sarebbe stata né incertezza, né ambiguità in merito alla durata dell'appalto.

4.3. Sussiste in capo all'amministrazione che indice la gara l'obbligo di chiarezza (espressione del più generale principio di buona fede), la cui violazione comporta - in applicazione del principio di autoreponsabilità - che le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella *lex specialis* di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse.

4.4. Il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto costituiscono, insieme, la *lex specialis* della gara ed hanno carattere vincolante non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'Amministrazione appaltante.

4.5. Gli atti della gara in questione - pur non essendo stati redatti in modo chiaro - vanno complessivamente interpretati nel loro senso letterale, attribuendo rilievo decisivo al fatto che il bando ha fissato il termine di «durata del contratto» in 36 mesi, pur prevedendo la «possibilità» della proroga per un anno.

4.6. Le partecipanti alla gara non avevano alcun onere di effettuare calcoli aritmetici per accertare se da altre previsioni del bando si sarebbe dovuta desumere una durata invece quadriennale del contratto: poiché grava sulla stazione appaltante il *clare loqui*, risulta del tutto ragionevole l'interpretazione del bando sulla durata triennale del contratto, rispetto alla quale l'Amministrazione avrebbe dovuto effettuare tutte le proprie valutazioni.

4.7. La richiamata previsione del bando, del resto, in ogni caso va considerata prevalente rispetto alle non univoche previsioni da esso richiamate, poiché - per la costante giurisprudenza - le disposizioni del capitolato speciale di appalto e quelle del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare, quelle poste dal bando (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. V 9 ottobre 2015 n. 4684; Cons. Stato Sez. IV, 3 maggio 2016, n. 1716; Cons. Stato Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2248; Cons. Stato Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

4.8. Quanto alla non convenienza dell'offerta, in quanto superiore al prezzo pubblicato sull'Osservatorio, va rilevato che la non sostenibilità dell'impegno economico non poteva giustificare l'esclusione dalla gara della concorrente, potendo invece consentire l'adozione di altro genere di rimedi, quale, ad esempio, la revoca della gara (ovvero il suo annullamento, nel caso di rilevazione di un errore materiale in cui sia incorsa l'autorità nella predisposizione degli atti precedenti di indizione della gara).

5. La Stazione Unica appaltante, con provvedimento del 29 agosto 2016, anziché concludere la gara, ha disposto l'annullamento d'ufficio dei decreti n. 15575 del 15 novembre 2013 e n. 10959 del 13.10.2015, rispettivamente di indizione della gara e del decreto di approvazione degli atti di gara, entrambi nella parte relativa al Lotto n. 4, concernente il servizio di ristorazione dell'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza.

Il provvedimento di autotutela ha richiamato, riportandone anche i passaggi motivazionali essenziali, le sentenze del T.a.r. Calabria (n. 1730/2015) e del Consiglio di Stato (n. 2497/2016), che avevano annullato il provvedimento di esclusione dalla gara, e ha dato atto della contraddittorietà (accertata dal giudicato) tra gli atti costituenti l'insieme della *lex specialis*. In particolare, l'annullamento d'ufficio è stato motivato sulla base delle seguenti considerazioni:

a) il *“principio costituzionale del buon andamento [...] impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire”*; b) è *“in re ipsa l'interesse pubblico all'annullamento di un'aggiudicazione inficiata da errori materiali, ciò potendo impedire fra l'altro sia l'esborso di denaro pubblico in violazione di norme anche procedurali e di evidenza pubblica, sia la violazione dei principi di legalità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost.”*.

6. La Cascina Global Service s.r.l. e Cardamone Group s.r.l. hanno impugnato tale provvedimento, deducendone l'illegittimità e chiedendo l'annullamento, oltre che la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

7. Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, in primo grado, ha respinto la domanda demolitoria ed ha, invece, accolto (sia pure in parte) la domanda, formulata in via subordinata dalle ricorrenti, tesa ad ottenere il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale per violazione degli obblighi di buona fede incombenti sulle parti nel corso delle trattative.

8. Avverso la sentenza hanno interposto separati appelli sia la Regione Calabria che la Cascina Global Service S.r.l. - Cardamone Group S.r.l.

9. Con sentenza non definitiva 24 novembre 2017, n. 5491, la Sezione Terza del Consiglio di Stato ha:

a) riunito, ex art. 96, comma 1, Cod. proc. amm., i due appelli, avendo gli stessi ad oggetto la medesima sentenza.

b) rigettato i motivi dell'appello di Cascina Global Service S.r.l. e Cardamone Group S.r.l. concernenti il capo della sentenza con la quale il Tribunale amministrativo regionale aveva respinto la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati a mezzo del ricorso introduttivo;

c) sospeso il giudizio in ordine ai rimanenti motivi concernenti l'*an* e il *quantum* del disposto risarcimento;

d) dato avviso che con separata ordinanza sarebbe stata richiesto l'intervento dell'Adunanza Plenaria, dirimente ai fini della decisione dell'intero gravame proposto dalla Regione Calabria, nonché di parte del gravame proposto Cascina Global Service S.r.l. e Cardamone Group S.r.l.

10. Con l'ordinanza collegiale 24 novembre 2017, n. 515, la Terza Sezione ha rimesso all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti:

“1. Se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione;

2. Se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione”.

11. La Sezione rimettente ha rilevato che sulla questione sussiste un contrasto giurisprudenziale che richiede un intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria.

12. Ha ricordato che alcune pronunce del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831), hanno sostenuto la tesi (fatta propria anche dalla Corte di Cassazione: Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260) secondo cui la responsabilità precontrattuale è configurabile anche nella fase che precede la scelta del contraente, e, quindi, prima e a prescindere dall'aggiudicazione.

13. La Sezione ha, tuttavia, dato atto dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale successivo (Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2014 n. 4272; Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. Stato Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146), secondo cui la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione è connessa alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto e, quindi, non può che riguardare fatti svoltisi in tale fase; perciò la responsabilità precontrattuale non sarebbe configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della Pubblica amministrazione.

14. L'ordinanza di rimessione ha mostrato di aderire a tale secondo orientamento, di carattere più restrittivo.

15. A sostegno di tale conclusione, il giudice rimettente ha richiamato, in sintesi, i seguenti argomenti.

15.1. Innanzitutto, l'ordinanza di rimessione muove dalla qualificazione civilistica del bando di gara alla stregua di un'offerta al pubblico, rivolta ad una generalità indeterminata di destinatari (art. 1336 cod. civ.). Nel caso peculiare della gara, l'offerta di contratto è subordinata al superamento di una procedura di evidenza pubblica, all'esito della quale, non tutti, ma solo un soggetto potrà addivenire alla stipula del contratto, in guisa che sarebbe più appropriato qualificare la gara, nel suo esordio procedimentale, quale proposta di contratto *in incertam personam*.

15.2. Il giudice rimettente nega, inoltre, la possibilità di ravvisare una "trattativa" durante la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, essendo quest'ultima semplicemente una competizione intercorrente fra gli operatori economici sulla base di criteri preventivamente dettati dall'Amministrazione, finalizzata alla scelta del miglior offerente, unico soggetto ammesso a stipulare.

15.3. Pur riconoscendo l'instaurazione di un "contatto sociale" tra l'aspirante appaltatore e l'amministrazione procedente, la Sezione rimettente ritiene che esso sarebbe unicamente governato da regole di procedura pubblicistiche, imposte dalla legge e dalla *lex specialis* di gara, non da trattative.

Durante tale fase pubblicistica, invero, l'unico atto che è dato rinvenire e sussumere nel concetto di "trattative" o di "formazione del contratto", è l'iniziale proposta di contratto *in incertam personam*, veicolata attraverso il bando.

Per essa varrebbe, tuttavia, una disciplina affatto peculiare che, già sul piano civilistico, non darebbe rilievo alcuno alla buona fede dei destinatari, in assenza di concorrenti profili di illiceità nel comportamento del proponente. La proposta di contratto *in incertam personam* potrebbe, infatti, essere revocata (art. 1336, secondo comma, cod. civ.) senza soggiacere - proprio in ragione della indeterminatezza dei destinatari, e a differenza di quanto previsto per la proposta di contratto nei confronti di soggetti determinati (1328 cod. civ.) - alla regola per la quale "se l'accettante ne ha intrapreso l'esecuzione (ndr: del contratto) prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto ad indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto".

La proposta di contratto *in incertam personam* sarebbe, in altri termini, sempre revocabile, purché la revoca sia stata fatta nella "stessa forma o in forma equipollente" (1336, secondo comma, cod. civ.) senza che ciò possa dare luogo ad indennizzi.

La giustificazione di ciò sarebbe da rivenirsi, prosegue l'ordinanza di rimessione, nella circostanza che nell'offerta al pubblico, a differenza della proposta individualizzata di contratto, la collettività o la platea indeterminata di aspiranti contraenti non riveste una posizione equiparabile a quella dell'oblato. Dunque, se non c'è malafede o colpa del proponente nel disporre la revoca, la sola buona fede dell'aspirante contraente non può giustificare alcuna forma di ristoro economico.

15.4. Secondo il Collegio rimettente, quindi, in questo ambito assumerebbe un rilievo assorbente la fase pubblicistica della competizione, elemento peculiare che mal si coniugherebbe con i riferimenti di cui all'art. 1337 cod. civ. ("trattative" e "formazione del contratto").

La fase pubblicistica della competizione, caratterizzante l'attività contrattuale dell'amministrazione, rimarrebbe estranea alla formazione del contratto, poiché essa sarebbe strumentale all'individuazione del soggetto che ne costituirà parte, in assenza del quale neanche sarebbe ipotizzabile discorrere di "formazione di un contratto" (o di "trattative").

15.5. Né varrebbe obiettare che, attraverso la partecipazione alla procedura, gli aspiranti diventerebbero determinati e conoscibili. L'obiezione non sposterebbe i termini della questione, poiché in questo caso la previa conoscenza degli aspiranti da parte del proponente sarebbe soltanto finalizzata alla valutazione dei requisiti e della conformità e bontà di quanto prospettato in sede di domanda di partecipazione rispetto ai *desiderata* dell'Amministrazione, nel quadro di una competizione in cui gli aspiranti non sarebbero "oblato", bensì gareggierebbero per diventarlo.

15.6. In assenza dell'aggiudicazione, la buona fede del proponente potrebbe al più essere vagliata e giudicata con esclusivo riguardo al momento della formulazione della proposta. Solo ove si dimostri che al momento del bando, l'Amministrazione era già consapevole di non poter portare avanti la proposta di contratto *ad incertam personam* (ad esempio, per insussistenza dei fondi, per impossibilità della prestazione, etc.), il comportamento, in quanto afferente ad un elemento prenegoziale qual è la proposta, e quindi in ultima analisi alle trattative, potrebbe sussumersi nel disposto dell'art. 1337 cod. civ. ed estendersi a tutti i soggetti (inutilmente) partecipanti alla procedura.

In questa logica, dalla responsabilità precontrattuale per violazione della buona fede nelle "trattative" nei confronti di tutti i partecipanti dovrebbero, però, escludersi tutti i casi di autoannullamento della procedura per vizi di legittimità, di revoca per sopravvenuti motivi o di ritardo nell'adozione di tali atti, oltre che, più in generale, tutti i casi errore nella conduzione della procedura, rilevanti esclusivamente nei confronti dell'aggiudicatario, in quanto - questi sì - ricadenti nel procedimento di "formazione" del contratto.

16. In vista dell'udienza di discussione dinnanzi all'Adunanza plenaria, le parti hanno depositato memorie difensive a sostegno delle rispettive posizioni.

17. Alla pubblica udienza del 14 marzo 2018 la causa è stata trattenuta la decisione.

DIRITTO

18. L'Adunanza plenaria ritiene che le questioni rimesse dalla Sezione Terza debbano essere risolte nel senso che: *a)* il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) sia configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; *b)* tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara.

19. La contraria tesi, verso cui propende l'ordinanza di rimessione (e la giurisprudenza in essa richiamata), muove dalla premessa teorica che il dovere di correttezza e di buona fede trovi

il suo presupposto in una “trattativa” già in stato avanzato, tale da far sorgere un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto (la c.d. “trattativa affidante”). In questa prospettiva, invero, si giustifica la conclusione secondo cui, nelle procedure ad evidenza pubblica, è soltanto l’aggiudicazione (definitiva) il momento a partire dal quale il partecipante alla gara può fare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto e, dunque, può dolersi del “recesso” ingiustificato dalle trattative che la stazione appaltante abbia posto in essere attraverso l’esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara.

20. Tale premessa teorica sembra, in effetti, trovare un supporto nella formulazione testuale dell’art. 1337 cod. civ., che pone il dovere di correttezza in capo alle “parti” della “trattativa” e del “*procedimento di formazione del contratto*”, a maggior ragione se tale norma viene letta alla luce dell’intenzione del legislatore storico, quale emergente dalla Relazione al Codice civile (paragrafo n. 612). Nell’intenzione originaria dei compilatori del codice civile del 1942, l’art. 1337 cod. civ. rappresentava un’espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa, vale a dire di quel tipo di solidarietà che, come esplicitato nel citato paragrafo delle relazione illustrativa, unisce tutti i fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale.

L’originario legame che il legislatore storico aveva inteso instaurare tra il dovere di correttezza e i valori della c.d. solidarietà corporativa trovava una ancora più manifesta enfasi nell’art. 1175 c.c. che, nel prevedere il dovere di comportarsi secondo correttezza in capo ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio, nella sua originaria formulazione (poi modificata dall’art. 3, secondo comma, del decreto legislativo luogotenenziale 14 settembre 1944, n. 287), richiamava testualmente “*le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa*”.

21. Come è stato osservato in dottrina, rispetto al dovere di correttezza precontrattuale di cui all’art. 1337 cod. civ., la reazione negativa del legislatore nei confronti della attività prenegoziale di una delle parti trovava, dunque, la sua principale ragion d’essere nel fatto che quest’ultima, interrompendo la trattativa, impediva la nascita di quei valori meritevoli di tutela che il contratto (sfumato o invalidamente concluso) avrebbe perseguito.

Va richiamata, in questa prospettiva, anche l’originaria (e ormai anch’essa abbandonata) concezione della causa del contratto come funzione socio-economica, che postulava l’idea che l’autonomia negoziale dovesse necessariamente perseguire una funzione (non solo individualmente, ma) anche socialmente utile. Idea ulteriormente ribadita dall’art. 1322, secondo comma, cod. civ., che, nel riconoscere all’autonomia negoziale la possibilità di concludere contratti anche diversi dai tipi normativi, subordina(va), tuttavia, tale riconoscimento alla condizione, ulteriore rispetto alla mera liceità, che il contratto fosse comunque diretto a perseguire “*interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico*”.

L’originario significato di tale previsione è ben esplicitato, ancora un volta, dalla Relazione al Re in cui si legge (par. n. 603): “*l’ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili, che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto*”.

22. Nel contesto così descritto, i valori della dignità umana e della libertà, sia pur presenti, restavano, di fatto, assorbiti dal *prius* dell’interesse economico nazionale e dell’utilità sociale. Queste considerazioni consentono di individuare la *ratio* “storica” degli articoli 1337 e 1338 cod. civ. L’ordinamento (codicistico), non essendosi attuato uno scambio economico meritevole di protezione, interveniva per ripristinare la situazione patrimoniale lesa. È manifesto, in tale impostazione, l’afflato economicistico e produttivistico: si apprestano strumenti risarcitori di fronte all’inutilizzazione (mancata conclusione del contratto) od allo sperpero (contratto invalido) di valori patrimoniali.

In questa ricostruzione storica, non è irrilevante sottolineare che la “positivizzazione” che gli articoli 1337 e 1338 cod. civ hanno dato alla c.d. responsabilità precontrattuale aveva rappresentato una novità rispetto al codice previgente, nel vigore del quale, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, influenzate dal “dogma volontaristico”, avevano per molto tempo ritenuto che il recesso dalle trattative fosse un diritto che non potesse essere sindacato e tanto meno dare vita all’obbligo di risarcire i danni all’altro contraente.

La specifica attenzione che il codice civile del 1942 volle, invece, dedicare al dovere di correttezza precontrattuale, e alla conseguente responsabilità derivante dalla sua trasgressione, si spiegava, quindi, proprio alla luce dello stretto rapporto esistente tra i doveri di correttezza precontrattuale e i valori della c.d. solidarietà corporativa.

23. È tuttavia noto come il superamento dell’ordinamento corporativo (e con esso del regime e della cornice ideologica nell’ambito del quale è maturato il codice civile del 1942), e il successivo avvento della Costituzione repubblicana abbiano determinato l’avvio di un processo (cui hanno contribuito tanto la dottrina quanto la giurisprudenza civilistica) di rilettura e rivisitazione, in un’ottica costituzionalmente orientata, di numerose disposizioni codicistiche, specie di quelle che, come l’art. 1337 cod. civ., utilizzano “clausole generali” (la buona fede appunto), destinate, per loro stessa natura, ad adeguarsi ai mutamenti che interessano l’ordinamento giuridico e la società civile.

Nel mutato quadro costituzionale, è affermazione largamente condivisa quella secondo cui il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell’articolo 2 della Costituzione (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188).

24. Il generale dovere di solidarietà che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano “momenti relazionali” socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull’altrui condotta corretta e protettiva.

La teoria del “contatto sociale qualificato” - in disparte, in questa sede, la questione ampiamente dibattuta, se ed a quale condizioni il contatto possa assurgere a fonte “atipica” di obbligazione - ha avuto il merito di avere messo bene in luce il legame esistente tra l’ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall’altro.

Un ricorrente elemento che contribuisce a qualificare il contatto sociale come fonte di doveri puntuali di correttezza a tutela dell’altrui affidamento è certamente rappresentato dal particolare *status* - professionale e, talvolta, pubblicistico - rivestito dai protagonisti della vicenda “relazionale”.

Da chi esercita, ad esempio, un’attività professionale “protetta” (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell’affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*.

25. Nella moderna lettura costituzionalmente orientata, il dovere di correttezza ha così conquistato una funzione (ed un conseguente ambito applicativo) certamente più ampia rispetto a quella concepita dal codice civile del 1942.

La “funzione” del dovere di correttezza non è più tanto (o solo) quella di favorire la conclusione di un contratto (valido) e socialmente utile. Nel disegno costituzionale, che pone al cen-

tro l'individuo (art. 2 Cost.), l'attenzione si sposta dal perseguimento dell'utilità sociale alla tutela della persona e delle sue libertà.

In particolare, come la giurisprudenza civile ha in più occasioni avuto modo di evidenziare, il dovere di correttezza (nella sue proteiformi manifestazioni concrete) è, nella maggior parte dei casi, strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza.

26. Il nuovo legame che così si instaura tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale (che va a sostituire l'impostazione precedente che legava alla correttezza la tutela dell'interesse nazionale) impedisce allora di restringerne lo spazio applicativo alle sole situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o, comunque, esista una trattativa che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto.

Al contrario, la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione "relazionale" qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative.

Si potrà discutere se, ed eventualmente in quali casi, a seconda dell'intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato, la correttezza continui a rilevare come mera modalità comportamentale la cui violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 cod. civ., o diventi l'oggetto di una vera e propria obbligazione nascente dal "contatto sociale" qualificato. La questione, non direttamente rilevante in questo giudizio (non essendo investita dai quesiti sollevati dall'ordinanza di rimessione), è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati così controversi, da rendere inopportuno, in questa sede, ogni ulteriore approfondimento.

27. Quello che, invece, preme sottolineare è che, a giudizio di questa Adunanza Plenaria, l'attuale portata del dovere di correttezza è oggi tale da prescindere dall'esistenza di una formale "trattativa" e, a maggior ragione, dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto. Ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale: tant'è che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo (l'interesse appunto a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l'utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso più e più vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell'altrui scorrettezza).

28. A favore di questa nuova accezione del dovere di correttezza, prevalentemente legato alla tutela della libertà negoziale (o, comunque, di profili della sfera personale o patrimoniale dell'individuo), si possono richiamare numerosi formanti giurisprudenziali.

29. In primo luogo, la tesi che il dovere di correttezza non sia diretto solo a favorire l'utile conclusione della trattativa (con un contratto valido) trova conferma nell'orientamento accolto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza 19 dicembre 2017, n. 26725, che ha ritenuto configurabile la c.d. responsabilità precontrattuale da contratto valido ma svantaggioso. È il caso in cui il comportamento sleale non ha reso la trattativa inutile (perché il

contratto è stato validamente concluso), ma il contraente che ha subito la scorrettezza (ad es. una reticenza informativa antidoverosa), lamenta che a causa di tale slealtà ha concluso un contratto (valido ma) economicamente pregiudizievole.

La citata sentenza delle Sezioni unite, in particolare, ha espressamente affermato che l'art. 1337 cod. civ. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattate in modo leale, astenendosi da comportamento maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto.

30. Ancora, la giurisprudenza civile ha individuato ipotesi in cui la c.d. responsabilità precontrattuale sussiste anche in capo al terzo, ravvisando, a certe condizioni - normalmente rappresentate dallo *status* professionale qualificato del terzo (intermediari finanziari, banche, professionisti, società di revisione) o, comunque, dal fatto che il terzo abbia un interesse qualificato alla positiva conclusione della trattativa - l'esistenza di un dovere di correttezza anche in capo a colui che non è "parte" rispetto ad una trattativa che si svolge *inter alios*.

30.1. Si fa riferimento, ad esempio, alla responsabilità da prospetto non veritiero, riconosciuta non solo (come accadeva in origine) in capo ai soggetti (società e amministratori in primo luogo) da cui promana il documento informativo rivelatosi falso o inattendibile, ma anche in capo agli intermediari finanziari (terzi rispetto alla trattativa e al futuro contratto di acquisto delle azioni) che sottoscrivano il prospetto accreditandolo presso gli investitori (cfr. Cass. Sez. Un. 8 aprile 2011, n. 8034).

30.2. Similmente, la responsabilità precontrattuale del terzo estraneo alla trattativa è stata ravvisata con riferimento alle c.d. lettere di *patronage* deboli, aventi contenuto meramente informativo (ad es. circa l'esistenza della posizione di influenza e circa le condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie del patrocinato). Il patrocinate viene, infatti, ad inserirsi nello svolgimento di trattative avviate tra altri soggetti proprio al fine di agevolarne la positiva conclusione, creando così ragionevoli aspettative sul buon esito dell'operazione; la sua posizione è quindi ben diversa da quella di un terzo che "accidentalmente" venga ad interferire in una vicenda precontrattuale a lui estranea, e tale diversità è sufficiente a giustificare l'applicazione di quelle regole di diligenza, di correttezza e di buona fede, dettate proprio al fine di evitare che gli interessi di quanti partecipano alle trattative possano essere pregiudicati da comportamenti altrui scorretti (art. 1337 cod. civ.) o anche negligenti (art. 1338 cod. civ.) (in questi termini, ad esempio, Cass. civ., sez. I, 27 settembre 1995, n. 10235).

30.3. In questa prospettiva, merita di essere segnalata anche la giurisprudenza che ha riconosciuto la responsabilità civile della società di revisione per erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società (compiuta su incarico di quest'ultima) nei confronti di acquirenti di quote societarie, che non avrebbero stipulato il contratto, ove avessero conosciuto il reale ed inferiore valore della società (cfr. Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2012, n. 10403).

31. Non va, inoltre, dimenticato che da sempre la giurisprudenza individua doveri di correttezza precontrattuale che trascendono il recesso dalle trattative (o la mancata comunicazione di cause di invalidità di cui all'art. 1338 cod. civ.). Si pensi ad esempio alle ipotesi di responsabilità precontrattuale per violazione dei doveri di riservatezza (per aver rivelato informazioni riservate acquisite durante la trattativa, a prescindere dal suo livello di avanzamento) o di custodia (nei casi in cui, ad esempio, ad una parte della trattativa è data la possibilità di visionare e di usare il bene oggetto dell'eventuale contratto). Nell'uno e nell'altro caso, la scorrettezza precontrattuale non incide sulla conclusione del contratto, ma sulla tutela dei diritti patrimoniali e personali dell'altra "parte" della trattativa.

32. Questo progressivo ampliamento del dovere di correttezza (anche a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale in senso stretto) ha trovato riscontro anche rispetto all'attività autoritativa della pubblica amministrazione sottoposta al regime del procedimento amministrativo, quando a dolersi della scorrettezza è proprio il privato che partecipa al procedimento.

La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250).

Da qui l'ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento.

33. Come è stato efficacemente rilevato in dottrina, in questi casi il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico. Si tratta, in altri termini, di una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale.

34. Nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto).

35. In tale direzione si inserisce il recente orientamento giurisprudenziale con il quale le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno ammesso, ad esempio, la configurabilità (anche al di fuori dall'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto) di una responsabilità dell'amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o per autotutela (cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanze "gemelle" 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162 e Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586).

In tali pronunce si afferma chiaramente che nei casi in cui, successivamente alla rimozione del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità del provvedimento ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsabilità dell'amministrazione si connota come responsabilità da comportamento da violazione del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale (*recte*: alla libertà di autodeterminazione negoziale). Il privato, infatti, lamenta che l'agire scorretto dell'amministrazione ha ingenerato un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento attributivo del beneficio e, quindi, sulla legittimità della conseguente attività negoziale (onerosa per il patrimonio del privato) posta in essere in base al provvedimento. Attività che, invece, una volta venuto meno il provvedimento, si rivela, perché anch'essa travolta dalla sua illegittimità, come attività inutile e, quindi, fonte - in quanto onerosa - di perdite o mancati guadagni. In questi casi, hanno precisato le Sezioni Unite, il provvedimento viene in considerazione come elemento di una più complessa fattispecie (di natura comportamentale) che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea ad ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurlo a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità del provvedimento.

36. In questa prospettiva devono essere lette anche le sentenze con le quali la Corte di Cassazione, superando il precedente più restrittivo orientamento (espresso ad esempio da Cass. civ., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477; Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2015, n. 12313; Cass. civ., sez. un. 26 maggio 1997, n. 4673), ha espressamente affermato che il dovere di correttezza e buona fede (e l'eventuale responsabilità precontrattuale in caso di sua violazione) sussiste, prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica strumentale alla scelta del contraente, che si pone quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale nell'ambito di un sistema di *"trattative (c.d. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte, secondo un'impostazione che risulta rafforzata dalla irrevocabilità delle stesse"* (cfr. Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260; in termini, nella giurisprudenza amministrativa, cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831).

La giurisprudenza in esame ha condivisibilmente precisato che *"la disciplina in materia di culpa in contrahendo non necessita, infatti, di un rapporto personalizzato tra p.a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall'inizio del procedimento. Diversamente argomentando, l'interprete sarebbe invece costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità"* (così testualmente Cass. civ., sez. un. n. 15260/2014, cit.).

37. Merita, in tale contesto, di essere richiamata anche la recente sentenza di questo Consiglio di Stato (sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457) che ha espressamente evocato un modello di pubblica

amministrazione, come si è andato evolvendo nel diritto vivente, permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, desumibili dall'art. 97 della Costituzione. Un modello in cui, *“alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino”*. In altri termini, precisa la citata sentenza, *“l'evoluzione del modello costituzionale impone di tener conto che l'attività amministrativa produce sempre un “impatto” sulla sfera dei cittadini e delle imprese (ne è confermata l'emersione del principio di accountability)”*.

38. Anche il legislatore, del resto, ha mostrato un'aperta adesione alla tesi secondo cui i doveri di correttezza e di lealtà gravano sulla pubblica amministrazione anche quando essa esercita poteri autoritativi sottoposti al regime del procedimento amministrativo.

39. Innanzitutto, l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nella versione risultante inseguito alla riforma introdotta dall'art. 1 della legge 11 febbraio 2015, n. 15) assoggetta l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali assume un rilievo primario la tutela dell'affidamento legittimo. È noto, infatti, come il principio della tutela dell'affidamento, sebbene non espressamente contemplato dai Trattati, sia stato più volte affermato dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza *Topfer* del 3 maggio 1978, C-12/77), che lo ha elevato al rango di principio dell'ordinamento comunitario.

40. Sono, inoltre, emblematiche di tale tendenza tutte le riforme ispirate alla semplificazione e alla trasparenza dell'attività amministrativa, non ultima la l. n. 124 del 2015, intervenuta, tra le altre cose, sui presupposti del potere di autotutela, che deve sempre considerare l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e sul quale basa una precisa strategia imprenditoriale (cfr. art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-*quater*, l. n. 164 del 2014, e poi dall'art. 6, comma 1, l. n. 124 del 2015; nonché l'art. 21-*quinquies*, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-*ter*, l. n. 164 del 2014).

41. Un esplicito richiamo, sebbene settoriale, al *“principio della collaborazione e della buona fede”* si trova poi nell'art. 10 dello Statuto del contribuente approvato con la legge n. 212 del 2000.

42. In maniera ancora più significativa rispetto alla questione oggetto del presente giudizio, l'art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241/1990 (introdotto dall'art. 28, comma 10, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazione dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), ha espressamente previsto che *“le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”*.

Secondo l'interpretazione più accreditata, con tale norma il legislatore - superando per *tabulas* il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 - ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento).

Il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato

e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione.

Anche in questo caso viene, quindi, in rilievo un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali.

43. Non si tratta, a differenza, dell'indennizzo forfettario introdotto in via sperimentale dal comma 1-*bis* dello stesso articolo 2-*bis* (inserito dall'art. 28, comma 9, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), di un ristoro automatico (collegato alla mera violazione del termine): è, infatti, onere del privato fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere.

La tesi secondo cui quello configurato dall'art. 2-*bis*, comma 1, rappresenti un'ipotesi tipica di danno da comportamento scorretto (il ritardo) lesivo di un diritto soggettivo (la libertà negoziale) trova, del resto, conferma nella previsione dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 1, Cod. proc. amm., che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di "*risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*".

Alla luce della concezione c.d. rimediale del risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo (abbracciata dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 204 del 2004 e ripresa dall'art. 7 del Codice del processo amministrativo), la previsione per il danno da ritardo della giurisdizione esclusiva implica necessariamente la (e si giustifica alla luce della) qualificazione in termini di diritto soggettivo della situazione giuridica lesa dal ritardo dell'amministrazione. La tesi trova ulteriore conferma nell'articolo 2 della legge n. 241 del 1990, che sottrae il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione e, di conseguenza, riconosce che la pretesa al rispetto del termine assume la consistenza di un diritto soggettivo (un modo di essere della libertà di autodeterminazione negoziale) a fronte della quale l'amministrazione non dispone di un potere ma è gravata da un obbligo.

44. Da tale quadro giurisprudenziale e normativo emerge, quindi, che i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato.

In tale contesto, pertanto, risulterebbe eccessivamente restrittiva e, per molti versi contraddittoria, la tesi secondo cui, nell'ambito dei procedimenti di evidenza pubblica, i doveri di correttezza (e la conseguente responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in caso di loro violazione) nascono solo dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

Aderendo a tale impostazione, si finirebbero, infatti, per creare a favore del soggetto pubblico "zone franche" di responsabilità, introducendo in via pretoria un regime "speciale" e "privilegiato", che si porrebbe in significativo contrasto con i principi generali dell'ordinamento civile e con la chiara tendenza al progressivo ampliamento dei doveri di correttezza emergente dal percorso giurisprudenziale e normativo di cui si è dato atto.

45. Non sono decisivi, in senso contrario, nemmeno gli argomenti strettamente civilistici che

l'ordinanza di rimessione desume dalla considerazione secondo cui il bando di gara andrebbe qualificato alla stregua di un'offerta al pubblico, alla quale non sarebbe applicabile l'art. 1328, primo comma, cod. civ., che prevede, solo in capo a colui che revoca la proposta individualizzata, l'obbligo di indennizzare l'accettante in buona fede *“delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto”*.

46. Va, in primo luogo, evidenziato che l'obbligo di indennizzo previsto dall'art. 1328, primo comma, cod. civ., a carico del revocante la proposta contrattuale non costituisce un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, ma una forma di responsabilità da atto lecito dannoso: l'obbligo indennitario prescinde, infatti, dalla violazione delle regole di correttezza e sussiste solo per l'affidamento suscitato dalla proposta revocata. Il *quantum* dell'indennizzo, infatti, non copre interamente il danno subito, ma è circoscritto solo alle spese e alle perdite riconducibili all'inizio di esecuzione.

La responsabilità precontrattuale presuppone, invece, la violazione del dovere di correttezza ed è configurabile sia nella fase che precede la proposta, sia dopo la proposta (ancorché non vi sia stato inizio di esecuzione). In tal caso il risarcimento (a differenza dell'indennizzo di cui all'art. 1328, primo comma, cod. civ.) copre interamente il danno subito, normalmente correlato al c.d. interesse negativo.

L'inapplicabilità dell'art. 1328, primo comma, cod. civ. non è, pertanto, argomento di per sé sufficiente per escludere la configurabilità della responsabilità precontrattuale in caso di offerta al pubblico, in quanto la citata disposizione non disciplina un caso di responsabilità precontrattuale in senso proprio.

47. In ogni caso, la questione dell'applicabilità dell'art. 1328, primo comma, cod. civ. all'offerta al pubblico è ancora aperta nel dibattito civilistico: la questione è stata raramente affrontata in giurisprudenza, ma la dottrina prevalente, muovendo dall'assimilazione, desumibile dall'art. 1336 cod. civ., tra proposta individualizzata e offerta al pubblico, sostiene l'applicabilità della stessa regola, seppure con la precisazione che, in sede applicativa, dovrà essere valorizzata la peculiarità della situazione di affidamento in relazione alla tipologia di offerta e di contratto, con la conseguenza che in caso di offerta al pubblico la verifica della buona fede non potrà esaurirsi nella considerazione dell'ignoranza della revoca, ma estendersi alla valutazione della ragionevolezza e prudenza nella scelta di avvio dell'esecuzione.

48. Per ragioni analoghe a quelle fino ad ora esposte, merita di essere risolto in termini negativi anche il secondo quesito che l'ordinanza di rimessione ha posto all'attenzione di questa Adunanza plenaria, ovvero se la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella fase anteriore all'aggiudicazione debba riguardare esclusivamente il comportamento anteriore al bando, e, quindi, debba essere circoscritta alle ipotesi in cui l'amministrazione ha fatto sì che il bando venisse pubblicato nonostante fosse conosciuto o conoscibile che non vi erano i presupposti indefettibili.

49. La limitazione, prospettata (in via subordinata) dall'ordinanza di rimessione, della responsabilità dell'amministrazione ai soli comportamenti anteriori al bando è volta ad introdurre, aprioristicamente e in astratto, limitazioni di responsabilità che non trovano fondamento normativo e che contrastano con l'atipicità (delle modalità di condotta) che caratterizza l'illecito civile.

L'illecito civile si incentra sull'ingiusta lesione della situazione giuridica soggettiva (o, in caso di responsabilità contrattuale, sull'inadempimento dell'obbligazione), senza che assumano rilievo le specifiche modalità comportamentali che hanno determinato tale lesione (o l'inadempimento dell'obbligazione). È, dunque, mutuando una qualificazione penalistica, un illecito a forma libera e causalmente orientato.

Deve, pertanto, ritenersi che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione

possa configurarsi anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede.

50. Le pur meritorie preoccupazioni (legate al timore di una estensione eccessiva e ingiustificata della responsabilità della p.a.), che hanno indotto la Sezione rimettente a sostenere la tesi restrittiva, non possono, quindi, essere affrontate introducendo aprioristiche e ingiustificate limitazioni di responsabilità, ma vanno superate attraverso una rigorosa verifica, da svolgersi necessariamente in concreto, circa l'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno.

51. A tal fine, è opportuno precisare che affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose).

Oltre alla puntuale verifica dell'esistenza dell'affidamento incolpevole, occorrono gli ulteriori seguenti presupposti:

a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà;

b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo. Significativo, sotto tale profilo, lo spunto offerto, ai fini di una ricostruzione sistematica della responsabilità da comportamento scorretto, dal già richiamato art. 2-bis legge n. 241 del 1990, che, nel tipizzare uno specifico caso di scorrettezza procedimentale (il ritardo), ha espressamente previsto che l'inosservanza del termine (comportamento oggettivamente scorretto) è fonte di responsabilità solo se ne risulti il carattere doloso e colposo. È evidente, in tale previsione normativa, il richiamo all'art. 2043 c.c. e al relativo regime probatorio;

c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione. Occorre, dunque, che dimostri che il comportamento scorretto dell'amministrazione ha rappresentato, secondo la logica civilistica del "più probabile che non", la *condicio sine qua non* della scelta negoziale rivelatasi dannosa e, quindi, del pregiudizio economico di cui chiede il risarcimento. In altri termini, il privato deve fornire la prova che quelle scelte negoziali non sarebbero state compiute ove l'amministrazione si fosse comportata correttamente.

52. La necessità di definire e accertare con rigore tali elementi costitutivi trova riscontro nella considerazione che il confine che segna la nascita della responsabilità precontrattuale rappresenta un delicato punto di equilibrio tra opposti valori meritevoli di tutela. Si tratta, per certi versi, del momento di incontro tra due diverse manifestazioni della stessa libertà negoziale: da un lato, quella di chi subisce il recesso dalle trattative (o, comunque, la lesione dell'affidamento sulla serietà delle stesse), dall'altro, la libertà contrattuale di chi, prima dell'insorgenza del vincolo contrattuale, decide di interrompere il procedimento di formazione del contratto.

Nel caso di contratti stipulati all'esito delle procedure di evidenza pubblica, inoltre, è in gioco, oltre alla libertà contrattuale della stazione appaltante, anche l'interesse pubblico alla cui tutela è preordinato l'esercizio dei poteri di autotutela provvedimentale sugli atti di gara.

Il punto di partenza, pertanto, non può che essere quello per cui chi entra in una trattativa precontrattuale (specie se condotta nelle forme del procedimento di evidenza pubblica, soggetto anche ai poteri di autotutela pubblicistici preordinati alla cura dell'interesse pubblico), si assume un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto. In altri termini, ciascuna parte che intraprende una trattativa (o partecipa ad un procedimento di gara) sa che è esposta ad un margine di rischio, che, in linea di principio, deriva dall'esercizio della libertà contrattuale di entrambe le parti, e quindi anche dal legittimo esercizio alla libertà contrattuale dell'amministrazione.

La principale conseguenza derivante dalla responsabilità precontrattuale è di modificare questa naturale allocazione dei rischi economici: l'insorgenza della responsabilità precontrattuale determina il trasferimento dei costi sostenuti per partecipare alla trattativa (o alla gara) da un soggetto ad un altro, cui è imputabile la scorrettezza.

Nella ricerca di questo delicato punto di equilibrio tra la libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte, rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall'altro, è opportuno, allora, rimarcare puntualmente i sopra elencati elementi costitutivi della fattispecie generatrice di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

53. Nella stessa prospettiva, va sottolineato che lo stesso affidamento incolpevole del privato, oltre ad essere soltanto uno degli elementi della complessa fattispecie che perfeziona l'illecito, deve, peraltro, essere valutato tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e sempre considerando che nell'ambito del procedimento amministrativo (a maggior ragione in quello di evidenza pubblica cui partecipano operatori economici qualificati), il dovere di correttezza è un dovere reciproco, che grava, quindi, anche sul privato, a sua volta gravato da oneri di diligenza e di leale collaborazione verso l'Amministrazione.

54. Gli aspetti da considerare nel momento in cui si procede all'applicazione di tali principi (e si verifica, quindi, nel caso concreto, se effettivamente ricorrono gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità) sono molteplici e non predeterminabili in astratto, perché dipendono dalla innumerevoli variabili che possono, di volta in volta, connotare la specifica situazione.

Solo a titolo esemplificativo, si può, tuttavia, evidenziare la necessità di valutare con particolare attenzione in sede applicativa i seguenti profili, che rappresentano significativi sintomi in grado di condizionare il giudizio sull'esistenza dei sopra richiamati presupposti della responsabilità: *a)* il tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (anche tenendo conto dei diversi margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone a seconda del criterio di aggiudicazione previsto dal bando); *b)* lo stato di avanzamento del procedimento rispetto al momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara; *c)* il fatto che il privato abbia partecipato al procedimento e abbia, dunque, quanto meno presentato l'offerta (in assenza della quale le perdite eventualmente subite saranno difficilmente riconducibili, già sotto il profilo causale, a comportamenti scorretti tenuti nell'ambito di un procedimento al quale egli è rimasto estraneo); *d)* la conoscenza o, comunque, la conoscibilità, secondo l'onere di ordinaria diligenza richiamato anche dall'art. 1227, comma 2, cod. civ., da parte del privato dei vizi (di legittimità o di merito) che hanno determinato l'esercizio del potere di autotutela (anche tenendo conto del tradizionale principio civilistico, secondo cui non può considerarsi incolpevole l'affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della norma imperativa violata); *e)* la c.d. affidabilità soggettiva del privato partecipante al procedimento (ad esempio, non sarà irrilevante verificare se avesse o meno i requisiti per partecipare alla gara di cui lamenta la mancata conclusione o, a maggior ra-

gione, l'esistenza a suo carico di informative antimafia che avrebbero comunque precluso l'aggiudicazione o l'esecuzione del contratto).

55. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

1. Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

2. Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

3. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede.

4. Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

56. Il Collegio, enunciati i principi di diritto di cui ai punti che precedono, restituisce, anche per la statuizione sulle spese della presente fase, il giudizio alla Sezione remittente, ai sensi dell'articolo 99, comma 4, Cod. proc. amm.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, enuncia i principi di diritto di cui al paragrafo 55, punti 1, 2, 3, e 4, della motivazione e rimette per il resto il giudizio alla Sezione rimettente ai sensi dell'art. 99, comma 4, Cod. proc. amm.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2018.

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

L'informativa antimafia quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata. Il delicato equilibrio tra la tutela preventiva della sicurezza pubblica e la salvaguardia del patrimonio economico privato

*Valentina Grillo**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Finalità e ambito di applicazione - 3. Profili procedurali - 4. Il pericolo di infiltrazione mafiosa: le condotte sintomatiche - 4.1. I cc.dd. "delitti spia". I rapporti tra informative antimafia c.d. "tipiche" o "interdittive" e informative antimafia c.d. "atipiche" o "supplementari" - 4.2. Le vicende dell'impresa e dei soggetti ad essa riconducibili - 4.3. I rapporti di parentela e le frequentazioni - 5. L'attualità del pericolo di infiltrazione mafiosa: la rilevanza delle sopravvenienze - 6. Casistica giurisprudenziale - 7. Profili processuali - 8. L'informativa antimafia ed il controllo giudiziario ex art. 34-bis del Codice antimafia - 9. Conclusioni.

1. Premessa.

La materia delle informazioni antimafia è da sempre al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in ragione del difficile e, in molti casi, antinomico rapporto tra tutela della sicurezza pubblica e libertà di iniziativa economica.

Nelle intenzioni del legislatore, l'informativa antimafia costituisce uno strumento di efficace contrasto alla criminalità organizzata, caratterizzato da una incisiva capacità lesiva degli interessi imprenditoriali; non a caso, infatti, determina per l'impresa che ne è destinataria una situazione generalizzata di incapacità a contrarre con qualsiasi pubblica amministrazione, cui non residua alcun margine di apprezzamento in ordine ai fatti allegati a sostegno del provvedimento interdittivo. In particolare, allo stato di *"incapacità legale a con-*

(*) Dottoressa in Giurisprudenza, già praticante forense presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro (avv. Alfonso Mezzotero).

trarre” dell’impresa con le pubbliche amministrazioni consegue non solo l’impossibilità di partecipare alle gare d’appalto pubbliche (1) e l’obbligatorio recesso dai contratti già stipulati (2), ma anche l’esclusione o la decadenza da qualsiasi forma di erogazione di contributi pubblici.

Il fenomeno dell’infiltrazione della criminalità organizzata nel sistema dell’economia legale, pur avendo una dimensione di rilevanza internazionale, coinvolge in particolar modo l’Italia e, soprattutto, la Calabria, dove la frequente adozione di provvedimenti interdittivi antimafia ha provocato una *“forte marginalizzazione economica, tanto da farne la Regione più povera d’Italia, del tutto esclusa dai flussi di investimento fortemente scoraggiati dal timore che non sussistano in questo contesto territoriale le condizioni di garanzia dell’effettiva concorrenzialità e quindi di libertà dell’iniziativa economica privata”* (3).

A livello istituzionale, la *“dolorosa”* presa di coscienza della portata del fenomeno mafioso ha avuto importanti ricadute sul diritto penale ed amministrativo, ove lenta e discontinua si è rivelata l’opera del legislatore (4).

La lotta al fenomeno mafioso, con specifico riguardo all’ambito economico che in questa sede viene in rilievo, risale originariamente alla l. 31 maggio 1965, n. 575, con la quale venne, per la prima volta, prevista la decadenza di diritto da licenze, concessioni e iscrizioni agli albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche per quei soggetti colpiti da una misura di prevenzione di cui alla l. 27 dicembre 1956, n. 1423 (5). Tuttavia, anche a causa dell’allarme sociale venutosi a creare in conseguenza del continuo espandersi negli anni ‘70 del fenomeno mafioso, si compresero i limiti della normativa citata, in quanto la sola misura della decadenza dalle licenze già conseguite non impediva alla criminalità organizzata di continuare ad acquisirne di nuove (6) e, di conseguenza, di accrescere le proprie fonti lecite di approvvigionamento.

Pertanto, prima, con la l. 13 settembre 1982, n. 646 (c.d. *“Legge Rognoni-La Torre”*) e, immediatamente dopo, con la l. 23 dicembre 1982, n. 936, si introdusse, mediante la modifica dell’art. 10, l. n. 575/1965, la prima disciplina

(1) Cfr. art. 94, comma 1, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159; si v., anche, art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *“Motivi di esclusione”*: *“2. Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall’articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all’articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall’art. 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159”*.

(2) Cfr. art. 94, comma 2, d.lgs. n. 159/2011; si v., anche, art. 109, d.lgs. n. 50/2016.

(3) Relazione sull’attività del T.A.R. Calabria, sede di Catanzaro, a cura del Presidente V. SALAMONE in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2019, in www.giustizia-amministrativa.it.

(4) Circ. Ministero di Grazia e Giustizia, 8 maggio 1983, n. 1/2439 U.L.

(5) P. PIRRUCCIO, *L’informativa antimafia prescinde dall’accertamento di fatti penalmente rilevanti*, in *Giur. merito*, 2009, n. 2, 504.

(6) P. PIRRUCCIO, *op. cit.*

procedimentale in materia di certificazione antimafia. In particolare, il novellato art. 10 cit. disponeva che *“ai fini dei procedimenti amministrativi concernenti le licenze, concessioni ed iscrizioni [...], nonché della stipulazione ed approvazione dei contratti di appalto [...] e delle autorizzazioni dei subappalti e cottimi di opere riguardanti la pubblica amministrazione, [...] la certificazione di volta in volta occorrente circa la sussistenza o meno a carico dell'interessato di procedimenti o di provvedimenti per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, [...] è rilasciata, su richiesta dell'amministrazione o dell'ente pubblico competente, dalla prefettura nella cui circoscrizione gli atti vengono perfezionati”*.

All'indomani del *“risveglio delle coscienze”* (7) provocato dagli attentati del 1993 e dalle stragi di mafia del 1991/1992, il legislatore delegato è intervenuto nuovamente, adottando il d.lgs. n. 490/1994, poi modificato dal d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 (8).

Da ultimo, l'istituto delle informative antimafia è stato disciplinato, organicamente, dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. *“Codice Antimafia”*), emanato in attuazione della delega di cui alla l. 13 agosto 2010, n. 136. Con i successivi decreti correttivi al codice antimafia, il legislatore ha esteso l'ambito di operatività delle informative antimafia anche ai provvedimenti a contenuto autorizzatorio, così superando definitivamente la tradizionale e rigida bipartizione tra comunicazioni antimafia (riferite alle autorizzazioni) e informazioni antimafia (riferite ad appalti, concessioni, contributi ed elargizioni) (9).

Nel corso dei decenni, infatti, i fenomeni criminali di tipo mafioso hanno progressivamente assunto un carattere sempre più *“asimmetrico”*, nel senso che i metodi e gli obiettivi ne hanno evidenziato la capacità di adattamento e l'estrema flessibilità nel mutamento di operazioni, alleanze e strategie. Va da sé che *“una minaccia asimmetrica, quale quella mafiosa, richiede una «frontiera avanzata» della prevenzione con strumenti che debbono armonizzarsi, adattarsi, modificarsi di contesto in contesto (anche in relazione a storie, tradizioni e metodi di ciascun territorio contaminato) e di settore in settore economico, per affermare sempre il «potere della legge» verso il contropotere perseguito dalle mafie”* (10).

(7) Espressione utilizzata al riguardo da G.C. CASELLI - A. INGROIA, in M. MARESO - L. PEPINO (a cura di), *Nuovo dizionario di mafia e antimafia*, EGA, Torino, 2008, 323-324.

(8) Cfr., L. PERGOLIZZI, *L'informativa antimafia e i sistemi di monitoraggio sulle grandi opere - il caso “Expo Milano 2015”*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, ISSN 1126-7917, n. 1, 2015, 223-250.

(9) Cfr. Cons. St., sez. III, 16 aprile 2018, n. 2343, in www.giustizia-amministrativa.it; in senso conforme, Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in www.dejure.it, laddove si coglie la consapevolezza della totale inadeguatezza del tradizionale riparto, anche *“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”*. In ordine al superamento di tale dicotomia, si rinvia al par. 2.

(10) Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, in www.giustizia-amministrativa.it.

Ebbene, nonostante l'intervento di una organica disciplina in materia, recata dal citato d.lgs. n. 159/2011, sussiste ancora una certa complessità nella valutazione del rischio di infiltrazione mafiosa, atteso che *“gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un numerus clausus, assumono infatti forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono ad un preciso inquadramento, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso”* (11), e ciò anche in considerazione della dimensione transnazionale delle attività imprenditoriali esercitate dalle consorterie mafiose.

Tuttavia, come si dirà *infra*, l'elaborazione giurisprudenziale ha fornito delle indicazioni interpretative oramai univoche.

2. Finalità e ambito di applicazione.

L'informazione antimafia è uno strumento di natura amministrativa finalizzato - come accennato in apertura - ad escludere dal settore dei lavori e dei finanziamenti pubblici le imprese legate, anche indirettamente, ad organizzazioni mafiose (12), come tali idonee a costituire *“danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”*, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost.

Proprio in ragione della natura amministrativa dell'istituto in uno alle preminenti finalità che lo permeano, in materia di informazioni antimafia, è riconosciuta all'autorità prefettizia un'ampia discrezionalità tecnica (13) nel valutare se, sulla base del compendio istruttorio acquisito, sussista, nella fattispecie concreta, il rischio che la gestione imprenditoriale sia condizionata da organizzazioni di stampo mafioso, o, addirittura, agevoli attività criminali (14). In particolare, per come positivizzato, l'informazione antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa. Tale pericolo dev'essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, ma implica una prognosi assistita da un at-

(11) Di recente, in tali termini, Cons. St., sez. III, 16 gennaio 2019, n. 392, in www.dejure.it.

(12) Cfr. M. MINNITI - F. MINNITI, *Le mire dei clan sulle imprese pulite. Così lo Stato combatte le infiltrazioni*, in *Dir. & giust.*, 2006, n. 37, 105.

(13) Cfr. G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, n. 2, 705.

(14) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 gennaio 2019, n. 40, in www.dejure.it, ove si chiarisce che *“la valutazione del pericolo di infiltrazioni mafiose, di competenza del Prefetto, è connotata, per la specifica natura del giudizio formulato, dall'utilizzo di peculiari cognizioni di tecnica investigativa e poliziesca, che esclude la possibilità per il giudice amministrativo di sostituirvi la propria [...] L'ampia discrezionalità di apprezzamento del Prefetto in tema di tentativo di infiltrazione mafiosa comporta che la sua valutazione sia sindacabile in sede giurisdizionale in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, mentre al sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'informativa antimafia rimane estraneo l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento”*.

tendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere “*più probabile che non*”, appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa.

È ormai acclarato che l’informazione antimafia interdittiva non ha natura “*nemmeno latamente sanzionatoria*” e non segue la logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio, poiché simile logica, propria del giudizio penale, vanificherebbe la finalità anticipatoria dell’informazione antimafia, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante (15). Piuttosto, si tratta di una misura “*volta alla salvaguardia dell’ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione: essa comporta che il Prefetto escluda che un imprenditore - pur dotato di adeguati mezzi economici e di un’adeguata organizzazione - meriti la fiducia delle Istituzioni (vale a dire che risulti “affidabile”) e possa essere titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge*” (16).

L’art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159/2011 (17) riconosce quale elemento fondante l’informazione antimafia la sussistenza di “*eventuali tentativi*” di infiltrazione mafiosa “*tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate*”. Si tratta, invero, di nozioni che delineano (tutte) una *fattispecie di pericolo*, propria del diritto della prevenzione, finalizzate a prevenire un evento, che, per chiara volontà del legislatore, “*non necessariamente è attuale, o inveratosi, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori*” (18).

In ogni caso, il pericolo dell’infiltrazione mafiosa non può sostanziarsi in un sospetto della P.A. o in una vaga intuizione del giudice, che finirebbero per ascrivere questo istituto, pietra angolare del sistema normativo antimafia, al c.d. *diritto della paura*. Infatti, la legislazione antimafia, nel tracciare i confini del “*pericolo di infiltrazione mafiosa*”, ha individuato, fornendone una tipizzazione normativa, alcune condotte sintomatiche; la ricorrenza di altri elementi, di contro, “*a condotta libera*” (ossia non tipizzati), è rimessa al prudente apprezzamento (motivato) dell’autorità amministrativa e, ove insorga contestazione in sede giurisdizionale, del giudice amministrativo (in

(15) In questo senso, Cons. St., sez. III, 11 giugno 2018, n. 3496, in www.dejure.it.

(16) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 11 aprile 2019, n. 763, in www.giustizia-amministrativa.it.

(17) L’art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159/2011 dispone che: “*l’informazione antimafia consiste nell’attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all’articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall’articolo 91, comma 6, nell’attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4*”.

(18) Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 754, in www.giustizia-amministrativa.it.

sede di sindacato sull'eccesso di potere), che valuta tutta una serie di indici sintomatici da cui desumere l'influenza, anche indiretta (art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159/2011), delle organizzazioni mafiose sull'attività di impresa, nella duplice veste della c.d. *contiguità soggiacente* o della c.d. *contiguità compiacente* (19).

È evidente - come si illustrerà in prosieguo - che l'ampia discrezionalità attribuita all'organo prefettizio comporta una serie di risvolti sia nell'attività volta all'emissione del provvedimento interdittivo, sia nella valutazione degli elementi idonei a ritenere sussistente un tentativo di infiltrazione mafiosa nell'impresa attenzionata (20).

Ma, ancor prima, si è posta la questione concernente la stessa necessità di acquisire questo genere di informative in talune ipotesi.

In particolare, si fa riferimento agli appalti cc.dd. "sotto soglia" (21), costituenti, in base al nuovo codice appalti, per ambito applicativo la gran parte dei contratti pubblici stipulati dalle stazioni appaltanti. Il nuovo codice dei contratti pubblici e delle concessioni (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), positivizzando un orientamento di natura pretoria, agli artt. 35 e 36, prevede che le norme riguardanti i contratti oltre soglia si applicano anche ai contratti sotto soglia nei settori ordinari, salve deroghe e specificazioni espressamente previste (22).

A tal proposito, superando l'iniziale contraria tesi (23), è ormai acquisito alla riflessione giurisprudenziale il principio che il Prefetto possa interdire un'impresa dai rapporti con le pubbliche amministrazioni anche nel caso in cui l'informativa venga richiesta in ipotesi di contratti "sotto soglia". Infatti,

(19) Cfr., Relazione sull'attività del T.A.R. Calabria, sede di Catanzaro, a cura del Presidente V. SALAMONE in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2019, cit., nonché, Cons. St., sez. III, n. 754/2019, cit.

(20) In tal senso si v., anche, A. MEZZOTERO - S.P. PUTRINO GALLO, *Il sistema delle informative antimafia nei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 2-2017.

(21) Cfr. art. 36, d.lgs. n. 50/2016 (c.d. "Nuovo Codice degli appalti e delle concessioni"). Al riguardo si v., anche, F. MANGANARO, *Soglie di rilevanza comunitaria nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, n. 8/9, 948 ss.

(22) Cfr. R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2016, Nel Diritto Editore, 1301.

(23) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 13 febbraio 2012, n. 147, in www.dejure.it, ove si afferma che "la soglia di rilievo così come fissata dal legislatore è il principale elemento normativo che ancora la previsione [...] di un potere così incisivo, quale quello interdittivo, ad un presupposto di tassatività e determinatezza della fattispecie normativa, il cui rispetto si rivela di centrale importanza per assicurare che la giusta funzione general-preventiva dell'istituto non tramuti - nella sua applicazione pratica - in una generalizzante tendenza repressiva, solo apparentemente rispettosa del principio di legalità e di tipicità. La tassatività della previsione normativa ha effetto erga omnes e dunque si impone non solo al Prefetto (di cui vincola il potere), bensì anche alle parti di un negozio di diritto pubblico (che sono i destinatari degli effetti dell'esercizio del potere interdittivo, al pari dell'impresa oggetto di accertamento) e dunque rende illegittima non solo l'emissione, ma anche la richiesta di certificazione per importi sotto soglia (concorrendo entrambe le condotte alla violazione del precetto)"; *id.*, 10 ottobre 2012, n. 607, *ivi*.

“la circostanza che la normativa de qua sancisca l’obbligo di acquisire l’informazione esclusivamente nel caso di appalti di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria non vale a fondare la tesi contraria relativamente agli appalti sotto soglia, per i quali, pertanto, l’informazione deve ritenersi valida” (24). Dunque, pur non essendo espressamente previsto un obbligo di acquisizione delle informazioni antimafia nei contratti sotto soglia, nulla osta alla richiesta dell’Amministrazione o della stazione appaltante di informazioni relative all’impresa con la quale andrà a contrarre.

Sempre sul crinale concernente l’ambito applicativo dell’istituto delle informative prefettizie antimafia, il legislatore, al precipuo fine di evitare che la mafia si insinui nell’economia legale in forme e situazioni nuove che sfuggono ai controlli antimafia, ha introdotto l’art. 89-*bis*, d.lgs. n. 159/2011 (25), ampliando notevolmente l’ambito di applicazione dell’informativa antimafia.

Nello specifico, l’art. 89-*bis*, comma 1, cit. dispone che, quando, in esito alle verifiche di cui all’art. 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’art. 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” (26). Dunque, l’art. 89-*bis* ha esteso l’ambito applicativo dell’informazione antimafia anche ai rapporti a contenuto autorizzatorio (27), in precedenza oggetto della comunicazione antimafia. Ad oggi, infatti, “anche le attività soggette al rilascio di autorizzazioni, licenze o a s.c.i.a. soggiacciono alle informative antimafia ed è pertanto superata la rigida bipartizione e la tradizionale alternatività tra co-

(24) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 febbraio 2016, n. 377, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si aggiunge che: “si tratta infatti di una legittima prerogativa della p.a., sebbene l’obbligo in argomento non sussista normativamente per gli appalti cc.dd. sotto soglia (Cons. Giust. Amm., 17.1.2011, n. 26), sicché legittimamente l’Amministrazione può richiedere anche per essi le opportune informazioni antimafia al Prefetto. Né valgono ad accreditare la diversa tesi interpretativa, considerazioni di politica legislativa o di una presunta maggior efficienza dell’organizzazione amministrativa, che non trovano fondamento nel diritto positivo, specialmente a fronte della necessità di contrastare le infiltrazioni mafiose, sempre più frequenti e insidiose anche negli appalti di modesto valore economico. [...] Del tutto legittima, pertanto, è la richiesta di informazioni antimafia da parte della stazione appaltante al Prefetto, anche per gli appalti cc.dd. sottosoglia (Cons. St. 3874/2014), come del tutto legittimo è il rilascio di informazioni da parte del Prefetto circa il possibile rischio di infiltrazioni mafiose anche nelle imprese concorrenti a tali appalti”; nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. III, 20 luglio 2016, n. 3300, *ivi*.

(25) Inserito dall’art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153 (c.d. «correttivo al codice antimafia»).

(26) Cfr. Cons. St., sez. III, 20 dicembre 2017, n. 5978, in www.dejure.it; mentre, Cons. St., sez. III, n. 1080/2017, cit., diversamente, ritiene che l’emissione dell’informativa in luogo della comunicazione antimafia di cui all’art. 89-*bis*, d.lgs. n. 159/2011 costituisca una facoltà e non un obbligo del Prefetto.

(27) Cfr. Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2018, n. 544, in www.dejure.it; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 8 settembre 2018, n. 1564, in Relazione sull’attività del T.A.R. Calabria, sede di Catanzaro, a cura del Presidente V. SALAMONE in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2019, cit.

municazioni antimafia, applicabili alle autorizzazioni, e informazioni antimafia, applicabili ad appalti, concessioni, contributi ed elargizioni” (28).

Invero, il sistema di repressione del fenomeno mafioso nel tessuto economico era, tradizionalmente, caratterizzato da una struttura binaria: le infiltrazioni mafiose nell'economia pubblica venivano contrastate, in via amministrativa, con lo strumento della documentazione antimafia; mentre, la repressione del medesimo fenomeno nell'economia privata era affidata alla funzione giudiziaria. Tuttavia, progressivamente, si è constatato un intreccio tra economia pubblica ed economia privata talmente profondo da dover abbandonare la distinzione tra i due istituti, poiché evidentemente inidonea a circoscrivere il fenomeno mafioso, soprattutto in alcuni settori quali quelli dell'edilizia, dello smaltimento dei rifiuti o del trasporto di materiali in discarica, delle grandi opere pubbliche, dello sfruttamento di nuove fonti energetiche e persino della ricostruzione dopo gli eventi sismici. Il che ha indotto il legislatore a superare la tradizionale dicotomia tra comunicazione (riferita alle autorizzazioni) e informazione antimafia (riferita ad appalti, concessioni, contributi ed elargizioni) (29), ritenuto che il sistema di necessaria alternatività tra le due misure era divenuto *“più che mai obsoleto”* (30). Tale conclusione è stata confermata anche dal Consiglio di Stato, il quale ha chiarito - inizialmente in sede consultiva (31) - che anche le attività soggette al rilascio di au-

(28) Cfr. Cons. St., sez. III, 2343/2018, cit.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 27 febbraio 2017, n. 309, in www.giustizia-amministrativa.it.

(29) Oggi, l'art. 84, d.lgs. n. 159/2011 disciplina il sistema della documentazione antimafia, costituita dalle comunicazioni e dalle informazioni antimafia, mentre le prime certificano la sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67, d.lgs. n. 159/2011, ossia i provvedimenti definitivi applicativi di una misura di prevenzione (comma 1), la sentenza di condanna definitiva o anche se non definitiva confermata in grado di appello per i delitti di cui all'art. 51, comma 3 bis, c.p.p. (comma 8); le informazioni antimafia oltre a coprire il medesimo ambito delle comunicazioni si spingono anche ad accertare la sussistenza o meno del c.d. *“tentativo di infiltrazione mafiosa”* nelle imprese coinvolte nella contrattazione con una Pubblica Amministrazione o in un procedimento volto all'adozione di un provvedimento ampliativo della loro sfera giuridica. È evidente, dunque, che mentre l'attività posta a base della comunicazione antimafia è del tutto vincolata, consistendo nella mera verifica della esistenza di provvedimenti giurisdizionali il cui contenuto è individuato dal legislatore, quella caratterizzante le informazioni antimafia è assolutamente discrezionale. Il sospetto di legami con i sodalizi criminali, corroborato dalle risultanze istruttorie, è idoneo ad escludere l'operatore economico dalla stipula di contratti pubblici o dalla fruizione di contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni comunque denominate.

(30) Cfr. Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in *Urb. e app.*, 2017, 2, 232, con nota di P. TONNARA, *Informative antimafia e discrezionalità del Prefetto; sempre sul superamento della tradizionale dicotomia*, cfr., Cons. St., sez. III, 7 marzo 2017, n. 1080, in www.giustizia-amministrativa.it.

(31) Parere Cons. St., sez. I, 17 novembre 2015, n. 3088, ove viene 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”*, in www.dejure.it.

torizzazioni, licenze o a s.c.i.a. soggiacciono alle informative antimafia e che, pertanto, è ormai superata la predetta rigida bipartizione. Questa tesi ha trovato recenti conferme in giurisprudenza, la quale ha rimarcato che tale tradizionale riparto, tipico della legislazione *ante* codice antimafia, 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*” (32). In molti settori strategici per l’economia nazionale, “*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 satisfattiva per le mire egemoniche della criminalità*” (33). Peraltro, ogni eventuale dubbio sulla ragionevolezza di una anticipazione della soglia di tutela preventiva anche nell’ambito dell’economia privata (al quale afferiscono i titoli autorizzatori all’esercizio di attività commerciali), oltre che nel settore dei rapporti contrattuali con la P.A. (oggetto privilegiato dell’informativa antimafia), si rivela mal posto tutte le volte in cui l’interesse pubblico impone di evitare l’erogazione di finanziamenti ad imprese attinte da concreti indizi di vicinanza alla criminalità organizzata (34).

3. Profili procedurali.

La delicatezza degli interessi sottesi alla previsione delle informazioni antimafia, nonché le finalità di tutela preventiva della legislazione in materia giustificano la capacità derogatoria di tale speciale normativa rispetto alle generali regole sul procedimento amministrativo, consacrate dalla l. n. 241/1990 e dalle successive leggi di riforma (si pensi, per tutte, alla l. n. 124/2015); in particolare, subiscono una notevole attenuazione le garanzie procedurali che non sono di per sé un valore assoluto, essendo meritevoli di protezione se e in quanto compatibili con la tutela di valori differenti, di rango superiore, come quelli di ordine pubblico e di contrasto al crimine organizzato che qui vengono in rilievo.

L’istruttoria si concretizza nell’acquisizione da parte del Prefetto di tutte le informazioni di cui le Autorità di pubblica sicurezza sono in possesso, al fine di compiere un’obiettiva valutazione sulla possibilità di un eventuale utilizzo

(32) In questi termini, Cons. St., sez. III, n. 565/2017, cit.; conforme Cons. St., sez. III, n. 2343/2018, cit.; *id.*, n. 1080/2017, cit.; *id.*, n. 1109/2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

(33) Sempre, in questi termini, Cons. St., sez. III, n. 565/2017, cit.; conforme Cons. St., sez. III, n. 2343/2018, cit.; *id.*, n. 1080/2017, cit.; *id.*, n. 1109/2017, cit.

(34) In tal senso, sempre, Cons. St., sez. III, n. 2343/2018, cit.

distorto dei finanziamenti pubblici destinati ad iniziative private o delle risorse pubbliche devolute al settore degli appalti pubblici (35). Stante la natura di provvedimento preventivo, esigenze di celerità e di riservatezza consentono di limitare la partecipazione del privato riguardo all'attività istruttoria volta all'emissione dell'informativa interdittiva. A tal proposito, la giurisprudenza ha ribadito, in più occasioni, che in questo tipo di procedimenti non sono previsti né la comunicazione di avvio, di cui all'art. 7, l. n. 241/1990, né le ordinarie garanzie partecipative (36). Già in vigore dell'abrogato d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, con riferimento al procedimento di aggiornamento delle informative - oggi previsto dall'art. 91, comma 5, d.lgs. n. 159/2011 - il medesimo obbligo era stato escluso nel caso di procedimento attivato su iniziativa di parte, con la conseguenza di precludere alla parte istante ogni doglianza concernente la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento cui ha dato impulso (37).

Si è detto che, nel corso dell'istruttoria, l'Amministrazione procedente è chiamata a valutare il rischio di inquinamento mafioso secondo il criterio del *“più probabile che non”*, *“criterio di giudizio di tipo empirico-induttivo, che ben può essere integrato da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (qual è quello mafioso) e che risente della estraneità al sistema delle informazioni antimafia di qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio, poiché simile logica vanificherebbe la finalità anticipatoria dell'informazione antimafia, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante”* (38).

In ordine alla valutazione degli elementi raccolti in sede istruttoria, è stato chiarito che *“rileva il complesso degli elementi concreti emersi nel corso del procedimento: una visione «parcellizzata» di un singolo elemento, o di più elementi, non può che far perdere a ciascuno di essi la sua rilevanza nel suo legame sistematico con gli altri”* (39), potendo acquistare rilevanza le relazioni di polizia

(35) Cfr. E. LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(36) In questo senso, di recente, T.A.R. Piemonte, sez. I, 16 gennaio 2019, n. 58, in www.dejure.it; Cons. St., sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555, *ivi*, secondo cui *“la Pubblica amministrazione è esonerata dall'obbligo di comunicazione di cui all'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, relativamente all'informativa antimafia, nonché da altre procedure partecipative, atteso che si tratta di procedimento in materia di tutela antimafia, come tale intrinsecamente caratterizzato da profili del tutto specifici connessi ad attività di indagine, oltre che da finalità, da destinatari e da presupposti incompatibili con le procedure partecipative, nonché da oggettive e intrinseche ragioni di urgenza”*; cfr., anche, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 maggio 2016, n. 1078, in www.giustizia-amministrativa.it.

(37) Cfr. A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Giur. merito*, 2009, 4, 1093. Per una definizione di “aggiornamento”, si v., anche, F. CAMPOLO, *Il procedimento di “aggiornamento” dell'informazione antimafia interdittiva: effetti e natura dell'atto*, in www.lexitalia.it.

(38) Cons. St., sez. III, n. 2343/2018, *cit.*; Cons. St., sez. III, 12 settembre 2017, n. 4295, in www.giustizia-amministrativa.it.

contenenti elementi di sicura valenza indiziaria (40) ovvero, anche, le dichiarazioni rese da “collaboratori di giustizia” nel corso di un procedimento penale (41). Sul punto, il Consiglio di Stato ha, inoltre, ritenuto che *“la valutazione del provvedimento prefettizio si può ragionevolmente basare anche su un solo indizio, che comporti presunzione, qualora essa sia ritenuta di tale precisione e gravità da rendere inattendibile gli elementi di giudizio ad essa contrari”* (42).

Dall’ampia discrezionalità in materia di informazione interdittiva discende, sempre sul piano procedimentale, l’ulteriore conseguenza per cui il Prefetto non ha un obbligo di puntuale motivazione del provvedimento interdittivo, anche nel caso in cui l’istruttoria sia stata avviata su istanza di parte, come nel caso di richiesta di aggiornamento di una precedente informativa interdittiva (43). Al riguardo, si è chiarito che l’informazione interdittiva risulta sufficientemente motivata qualora dall’esame del provvedimento sia percepibile il percorso motivazionale attraverso cui l’Amministrazione procedente è giunta alla determinazione assunta (44), risultando idonea anche una motivazione *per relationem*, *“se gli atti richiamati nel provvedimento prefettizio, emessi da organi giudiziari o amministrativi, già contengono specifiche valutazioni degli elementi emersi”* (45).

4. Il pericolo di infiltrazione mafiosa: le condotte sintomatiche.

Dopo aver esaminato le finalità, l’ambito applicativo e gli aspetti proce-

(39) In questi termini, di recente, Cons. St., sez. III, 7 febbraio 2018, n. 820, in www.dejure.it; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 4 settembre 2018, n. 513, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. III, n. 1743/2016 cit.

(40) Cfr. Cons. St., sez. III, 22 marzo 2017, n. 1321, in www.giustizia-amministrativa.it.

(41) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 febbraio 2016, n. 355, in www.giustizia-amministrativa.it, ove sono state ritenute sufficienti ai fini di una corretta valutazione prognostica del pericolo di infiltrazione mafiosa dell’attività d’impresa le dichiarazioni rese da un collaboratore di giustizia nel corso di un procedimento penale estraneo al soggetto attenzionato dal provvedimento interdittivo.

(42) Cons. St., sez. III, n. 1743/2016, cit.

(43) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 2 novembre 2016, n. 2069, in www.giustizia-amministrativa.it, ove, la società ricorrente, tra i diversi motivi di impugnazione dell’informazione interdittiva emessa a seguito dell’istanza di riesame di un precedente provvedimento prefettizio, ha dedotto l’assenza di una puntuale valutazione del Prefetto sulle argomentazioni svolte dalla medesima nel corso dell’istruttoria.

(44) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 2069/2016, cit.

(45) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 marzo 2019, n. 589, in www.dejure.it, ove si chiarisce che *“la motivazione del provvedimento prefettizio possa limitarsi ad indicare gli elementi di fatto posti alla base della valutazione discrezionale desunti da provvedimenti giudiziari, atti di indagine, accertamenti svolti dalle Forze di Polizia in sede istruttoria, ed esplicitare le ragioni in base alle quali, secondo la logica del “più probabile che non”, sia ragionevole dedurre da uno o più di tali elementi indiziari, gravi, precisi e, se plurimi, anche concordanti il rischio di infiltrazione mafiosa nell’impresa. L’apparato motivatorio, insegna il Consiglio di Stato, potrà essere anche asciutto, scarno, finanche poco elaborato purché si evincano le ragioni sostanziali che giustificano la valutazione di permeabilità mafiosa dell’impresa sulla base degli elementi raccolti. Essa potrà esplicitarsi anche solo eventualmente, per relationem, con richiamo ai provvedimenti giudiziari o agli atti delle stesse Forze di Polizia, laddove già contengano con chiarezza il percorso logico di siffatta valutazione”*.

dimentali dell'informativa antimafia, è opportuno focalizzare l'attenzione sui principali elementi di allarme ritenuti, in giurisprudenza, sintomatici-presuntivi del tentativo di infiltrazione mafiosa nell'impresa.

Si è detto che la mutevolezza della fenomenologia mafiosa nello spazio e nel tempo ha indotto il legislatore a prevedere un catalogo di situazioni sintomatiche del condizionamento “*aperto al costante aggiornamento della prassi*” (46).

Il Consiglio di Stato, nel passare in rassegna le principali e più ricorrenti di tali situazioni, ha, comunque, precisato che l'impianto motivazionale dell'informazione antimafia prefettizia deve fondarsi su una rappresentazione complessiva degli elementi di permeabilità criminale che possano influire anche indirettamente sull'attività dell'impresa, la quale si viene a trovare in una condizione di potenziale asservimento rispetto alle iniziative della criminalità organizzata di stampo mafioso. In altri termini, la formulazione normativa aperta del catalogo delle cc.dd. situazioni sintomatiche da porre a base dell'emissione dell'informazione interdittiva antimafia consente all'autorità amministrativa - e, ove insorga contestazione in sede giurisdizionale, al giudice amministrativo - di apprezzare, in punto di sindacato sull'eccesso di potere, tutta una serie di elementi sintomatici dai quali evincere l'influenza, anche indiretta, delle organizzazioni mafiose sull'attività di impresa, sotto la duplice veste della *c.d. contiguità soggiacente* (qualora, ad esempio, un'impresa sia stata vittima di pressione estorsiva “*fino al punto di essere costretta a conformarsi ai voleri del clan che ne ha il controllo, avendo perduto, ovvero risultando fortemente compromessa la sua capacità di autodeterminazione*”) o della *c.d. contiguità compiacente* (laddove si risconti che un socio occulto o un socio di fatto sottometta un'impresa societaria alle strategie dell'organizzazione delinquenziale) (47), elementi che sfuggirebbero, invece, ad una “*rigorosa, tassativa, asfissiante tipizzazione di tipo casistico, che elenchi un numerus clausus di situazioni sintomatiche*” (48).

4.1. *I cc.dd. “delitti spia”. I rapporti tra informative antimafia c.d. “tipiche” o “interdittive” e informative antimafia c.d. “atipiche” o “supplementari”.*

Ai fini della valutazione dell'affidabilità dell'imprenditore nell'instaurazione di rapporti con la P.A., il Prefetto è chiamato a formulare un giudizio prognostico, potendo “*desumere*” un tentativo di infiltrazione mafiosa nell'impresa dall'esistenza di provvedimenti penali in ordine ai cc.dd. “delitti spia” indicati dall'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159/2011 (49).

(46) M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, 2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

(47) Cfr. E. LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(48) Relazione sull'attività del T.A.R. Calabria, sede di Catanzaro, a cura del Presidente V. SALAMONE in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2019, cit.

A tal fine, la pronuncia del giudice penale viene autonomamente valutata dal Prefetto, che ne apprezza tanto il contenuto estrinseco (ossia il dispositivo) quanto quello intrinseco (ossia la motivazione), evitando ogni tipo di automatismo tra il provvedimento cautelare in sede penale e l'emissione dell'informativa interdittiva (50).

Il citato art. 84, comma 4, contiene un elenco di situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva; in ogni caso, le fattispecie ivi elencate non sono da considerarsi tassative, ma svolgono una funzione meramente esemplificativa, trattandosi di un catalogo aperto di situazioni sintomatiche del condizionamento mafioso (51).

L'elencazione contenuta nell'art. 84 cit. ha, per un verso, aperto un dibattito giurisprudenziale riguardo alla riconduzione degli elementi sintomatici tipizzati dal legislatore nell'alveo delle informative antimafia cc.dd. "tipiche" (o "interdittive") ovvero di quelle cc.dd. "atipiche" o "supplementari" (o "aggiuntive") (52), e, per altro verso, ha suscitato interrogativi in ordine alla

(49) L'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159/2011, testualmente, dispone: "Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'Interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia".

(50) Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 982, in www.giustizia-amministrativa.it.

(51) Sul punto, il Consiglio di Stato ha, ripetutamente, chiarito che "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", cfr., in tal senso, Cons. St., sez. III, 9 maggio 2016, n. 1846; nello stesso senso, di recente, Cons. St., sez. III, 28 febbraio 2019, n. 1408, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

(52) Per una definizione, in giurisprudenza, si v. Cons. St., sez. III, 6 marzo 2018, n. 1429, in www.dejure.it, con cui si chiarisce che "a differenza di quella c.d. tipica, infatti, l'informativa atipica

mancata codificazione di una serie di fattispecie già ritenute rilevanti *ante* codice e poi, comunque, non tipizzate.

È stato chiarito che non sussiste alcuna contraddittorietà dell'azione amministrativa qualora gli elementi posti a fondamento di un'informativa interdittiva siano i medesimi esaminati ed assunti a base di una precedente informativa "atipica" (53), soprattutto nel caso in cui il mutato quadro normativo abbia tipizzato alcune fattispecie non previste, ma, comunque, valorizzate nel precedente provvedimento, attribuendo loro specifica e autonoma rilevanza ostativa (54). Seguendo questo ragionamento, inoltre, è stata ritenuta legittima la valorizzazione dei medesimi elementi posti a base di una precedente informativa annullata in sede giurisdizionale, il cui originario quadro indiziario era stato poi integrato nel corso della nuova istruttoria (55).

4.2. *Le vicende dell'impresa e dei soggetti ad essa riconducibili.*

Nella valutazione del tentativo di infiltrazione mafiosa, i cc.dd. "delitti spia" di cui all'art. 84, d.lgs. n. 159/2011 assumono rilevanza qualora si tratti di associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, anche se commessi dai soci di maggioranza, legali rappresentanti, amministratori, direttori generali o collaboratori dell'impresa. A stabilirlo è l'art. 85, d.lgs. n. 159/2011.

La giurisprudenza ha affermato, a più riprese, la legittimità dell'informazione interdittiva che abbia tenuto conto dell'esistenza di un procedimento penale nei confronti del revisore legale della società per il reato di riciclaggio di cui all'art. 648-*bis* c.p. (56). Analoga rilevanza è stata attribuita alla ricollegibilità dei dipendenti dell'impresa a sodalizi criminali (57).

non ha carattere direttamente interdittivo, ma consente alla stazione appaltante una valutazione discrezionale in ordine all'avvio o al prosieguo dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la amministrazione, sicché la sua efficacia interdittiva può scaturire soltanto da un ulteriore filtro dato da una valutazione autonoma e discrezionale dell'amministrazione destinataria". In dottrina, si v. A. MEZZOTERO, *op. cit.*, 1088 ss.; si v. anche, R. ANTILLO, *La giurisdizione in materia di atti adottati in autotutela a seguito di certificazione antimafia a contenuto interdittivo. In particolare la revoca dei contributi. Analisi in controtendenza*, in www.diritto.it.

Sulla sopravvivenza dell'istituto a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/2011, invece, si v. B. MACRILLÒ, *Notazioni sulla supposta abrogazione dell'informativa antimafia atipica*, in lexitalia.it.

(53) Cfr. Cons. St., sez. III, n. 1321/2017, cit.

(54) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 2069/2016, cit.

(55) Cfr., Cons. St., sez. III, 10 novembre 2016, n. 4662, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "il fatto che alcuni [elementi: n.d.r.] siano stati considerati nell'interdittiva annullata perde rilievo una volta che gli stessi sono dedotti all'interno del nuovo quadro indiziario". Cfr. anche, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 1078/2016, cit.

(56) Si veda, prima, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 15 settembre 2016, n. 1808, in www.giustizia-amministrativa.it; poi, Cons. St., 17 luglio 2017, n. 3515, *ivi*, ove, nel confermare la sentenza di primo grado ha rigettato il ricorso proposto dalla società interdetta, attribuendo rilevanza alle vicende penali del revisore legale della società entrato in carica in una data antecedente alle modifiche apportate

Quanto, poi, alle concrete vicende fattuali suscumbibili a fondamento del provvedimento interdittivo, la giurisprudenza ritiene che *“possono anche non essere penalmente rilevanti o, comunque, non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali, ciò in quanto il Prefetto è tenuto a valorizzare fatti rilevanti nel loro valore oggettivo, storico e sintomatico, considerandoli come elementi rilevatori del condizionamento che le associazioni mafiose possono esercitare sull’impresa”* (58). Il Consiglio di Stato ha, inoltre, chiarito che può essere attribuita rilevanza anche a fatti che abbiano già formato oggetto di procedimenti penali con esito di proscioglimento o assoluzione, qualora se ne possa desumere un condizionamento mafioso dell’impresa, anche incolpevole, *“che pregiudichi le libere logiche imprenditoriali”* (59). In ogni caso, non è sufficiente che il ricorrente si limiti ad allegare in giudizio notizie di pronunce di proscioglimento, essendo necessario che lo stesso riesca a *“dimostrare che l’emissione di esse possa implicare un vizio di manifesta illogicità o contraddittorietà o difetto di istruttoria”* (60).

Inoltre, costituiscono elementi sintomatici-presuntivi di un tentativo di infiltrazione mafiosa anche le cc.dd. vicende anomale dell’impresa, *“come i walzer nelle cariche sociali occupate e rivestite, a rotazione, sempre dai medesimi soggetti o da prestanome”* (61), le sostituzioni nella titolarità delle imprese individuali o delle quote societarie, finalizzate ad eludere la normativa sulla documentazione antimafia.

Tra le vicende anomale nella gestione dell’impresa sono da ricomprendere anche fenomeni di promiscuità di forze umane e di mezzi o l’instaurazione di rapporti commerciali o associativi con una società già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale, tali da far ipotizzare l’esistenza di una continuità dell’impresa attenzionata con quella già interdetta (62).

dal d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218 all’art. 85, d.lgs. n. 159/2011, che ha esteso le verifiche antimafia ai membri del collegio sindacale.

(57) Cfr. Cons. St., sez. III, n. 2343/2018, cit., laddove, a conferma del consolidato principio, viene ammessa *“la possibilità che il pericolo della sussistenza di infiltrazioni mafiose possa «essere desunto, in ultima analisi, anche dal fatto che soci e/o amministratori dell’impresa o della società soggetta a controllo “frequentano” soggetti mafiosi o presunti tali»”*; *id.*, 12 settembre 2017, n. 4295, in www.dejure.it, ove si afferma che *“ai fini della misura interdittiva antimafia l’Amministrazione può ragionevolmente attribuire rilevanza ai contatti o ai rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia, di titolari, soci, amministratori, dipendenti dell’impresa con soggetti vicini o appartenenti alla malavita organizzata, quando essi non siano frutto di casualità o, per converso, di necessità”*; *“tali contatti o frequentazioni (anche per le modalità, i luoghi e gli orari in cui avvengono) possono far presumere, secondo la logica del «più probabile che non», che l’imprenditore - direttamente o anche tramite un proprio intermediario - scelga consapevolmente di porsi in dialogo e in contatto con ambienti mafiosi”*.

(58) Cons. St., sez. III, 21 gennaio 2019, n. 515, in www.dejure.it.

(59) Cons. St., sez. III, n. 1743/2016, cit.

(60) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 1078/2016, cit.

(61) M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, cit.

A tale ultimo riguardo, pare essere ormai acquisito alla riflessione giurisprudenziale il principio per cui l'instaurazione di rapporti commerciali o associativi tra un'impresa e una società già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale giustifica l'adozione di una "informativa a cascata". Infatti, è inevitabile che *"l'impresa controindicata trasmetta alla seconda il suo corredo di controindicazioni antimafia, potendosi presumere che la prima scelga come partner un soggetto già colluso o, comunque, permeabile agli interessi criminali a cui essa resta assoggettata"* (63). Ad ogni modo, perché possa desumersi il "contagio" alla seconda impresa della mafiosità della prima, è necessario che la natura, la consistenza e i contenuti delle modalità di collaborazione tra le due imprese siano idonei a rivelare il carattere illecito dei legami stretti tra i due operatori economici.

Il tema delle cc.dd. informative a cascata costituisce oggetto di un vivace dibattito, che sembra, da ultimo, alimentarsi in considerazione delle diversità di ipotesi che la casistica offre (64). Invero, per come si avrà modo di chiarire appresso, posto che *"l'interdittiva va estesa anche all'impresa che abbia costituito una società con un soggetto colpito da informativa negativa"* (65), è pacifico che tale principio si applichi soltanto laddove venga costituita una società commerciale e non anche un ordinario "consorzio di scopo" non "stabile".

Tale orientamento dev'essere esaminato in combinato con quanto disposto dall'art. 95, d.lgs. n. 159/2011, secondo cui *"se taluna delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto. Tali disposizioni si applicano anche nel caso di consorzi non obbligatori"*.

(62) Cfr. Cons. St., sez. III, 21 gennaio 2019, n. 520, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 febbraio 2016, n. 374, *ivi*, ove è stato ritenuto che *"profili di gran lunga più significativi sono quelli inerenti i rapporti tra l'impresa del ricorrente e l'impresa dello zio [...], raggiunto da misure interdittive dovute a pericoli di infiltrazione mafiosa. Si tratta di rapporti molto stretti, al punto che le due imprese, almeno in alcune occasioni, hanno anche operato unitariamente nell'attività nel settore boschivo, con forme di collaborazione che si sono manifestate anche con l'utilizzazione comune di mezzi e attrezzature"*.

(63) Cons. St., sez. III, 28 luglio 2017, n. 3774, in www.dejure.it.

(64) Al riguardo, si rinvia al par. 6, ove si esamineranno le fattispecie vagliate dalla giurisprudenza.

(65) T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 13 maggio 2019, n. 1310, in www.lexitalia.it/a, *Rivista di diritto pubblico*, 21 maggio 2019.

In forza di tale disposizione, qualora la costituzione del consorzio sia finalizzata alla partecipazione ad una precisa commessa, l'effetto contagio non si produce automaticamente ed è, peraltro, consentita la sostituzione, in sede di gara pubblica e nei casi di raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari, nell'ipotesi di emissione di una interdittiva antimafia. Dunque, *“la costituzione di un raggruppamento temporaneo e di un consorzio di scopo con imprese successivamente raggiunte da interdittive antimafia non determina di per sé l'effetto contagio e non legittima l'adozione di informative negative a cascata”* (66).

Anche in ipotesi di avvalimento di cui all'art. 89, d.lgs. n. 50/2016 *“gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara”*.

La giurisprudenza ha chiarito che anche la commissione di atti intimidatori nei confronti di possibili imprese concorrenti nella committenza pubblica (67) può costituire un sintomo di infiltrazione (*rectius*, di conduzione) mafiosa dell'impresa. Di contro, si è ritenuto che non possa costituire valida argomentazione caducatoria del provvedimento interdittivo il fatto che il titolare dell'impresa *“sia stato, a suo tempo, vittima di intimidazioni, trattandosi di elementi che non escludono e non attenuano la possibilità che l'impresa risulti, secondo la valutazione discrezionale del prefetto, soggetta al rischio di infiltrazioni da parte della criminalità organizzata”* (68).

4.3. I rapporti di parentela e le frequentazioni.

Notevole rilevanza è stata attribuita anche ai rapporti di parentela e le frequentazioni. Com'è noto, infatti, soprattutto nel territorio calabrese, le consorterie mafiose sono caratterizzate da una organizzazione su base parentale e dalla prevalente partecipazione alle stesse di soggetti facenti parte del medesimo nucleo familiare.

Tuttavia, l'organo procedente deve prestare una particolare attenzione nella valutazione dei rapporti di parentela, al fine di non incorrere in vizi di eccesso di potere. È ormai consolidato il principio secondo cui dal mero rapporto di parentela non si può presumere che *“il parente del mafioso sia anch'egli mafioso”* (69), dovendo il Prefetto, di contro, valutare l'effettiva influenza, cointeressenza, copertura o solidarietà della famiglia nell'impresa.

(66) Cons. giust. amm., sez. giurisd., 6 marzo 2018, n. 125, in www.dejure.it.

(67) Cfr. T.A.R. Calabria, sez. I, n. 791/2016, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si ritiene legittima l'informativa antimafia adottata anche a fronte della denuncia nei confronti di un dipendente e del titolare dell'impresa, che avevano esplosi colpi d'arma da fuoco all'interno di una azienda concorrente, al fine di inibirli dalla partecipazione ad una gara pubblica.

(68) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 30 marzo 2016, n. 575, in www.giustizia-amministrativa.it.

(69) Cons. St., sez. III, 14 settembre 2018, n. 5410, in www.dejure.it.

Infatti, ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo, l'autorità prefettizia può dare rilievo ai rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e familiari - che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose - laddove tale rapporto, *“per la sua natura, intensità o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del ‘più probabile che non’, che l’impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto col proprio congiunto”* (70). Sulla base di tale orientamento, si è ritenuto correttamente valutato agli effetti dell'emissione dell'informativa antimafia il rapporto di filiazione della titolare di un'impresa con un soggetto reputato esponente di spicco della locale consorteria; circostanza avvalorata anche dall'assunzione alle dipendenze dell'impresa di alcuni familiari con precedenti per associazione di stampo mafioso (71). È stato considerato sintomo di infiltrazione mafiosa nell'impresa anche il rapporto di coniugio del titolare dell'impresa con un soggetto condannato *“per tentata truffa in concorso ed inserita in un contesto familiare di cui fanno parte [...] soggetti ritenuti appartenenti a cosca di ‘ndrangheta”* (72).

Circa la valutazione dei rapporti di frequentazione, la giurisprudenza ha precisato che questi rilevano qualora non siano frutto di casualità, occasionalità, sporadicità o di necessità. Di conseguenza, risultano valorizzabili i ripetuti contatti e/o le frequentazioni con soggetti riconducibili a sodalizi mafiosi ovvero che risultino avere precedenti penali o che siano stati destinatari di misure di prevenzione. In tale ottica, ruolo fondamentale è svolto anche dalla consapevolezza dell'imprenditore di intrattenere frequentazioni con soggetti mafiosi o, per altro verso, di porsi su una pericolosa linea di confine tra legalità e illegalità (73).

Dalla disamina della casistica giurisprudenziale si evince che sono stati ritenuti elementi idonei da cui desumere l'esistenza di un pericolo di infiltrazione mafiosa i controlli effettuati dalle Forze dell'ordine relativi a frequentazioni con precedenti per estorsione e ricettazione; la partecipazione a celebrazioni funebri di parenti di soggetti ritenuti elementi di spicco di famiglie mafiose, anche qualora gli stessi siano vittime di omicidio (74).

(70) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 1564/2018, cit.

(71) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 1328/2016, cit.; cfr., anche, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. dist., 15 novembre 2016, n. 1134, in www.giustizia-amministrativa.it.

(72) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. dist., 14 novembre 2016, n. 1124, in www.giustizia-amministrativa.it.

(73) In questo senso, cfr. Cons. St., sez. III, nn. 758/2019, 1743/2016, cit.

(74) Cfr., T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 aprile 2018, n. 930; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 8 giugno 2018, n. 325, entrambe in www.dejure.it.

5. L'attualità del pericolo di infiltrazione mafiosa: la rilevanza delle sopravvenienze.

Il legislatore, come già esposto *supra*, ben consapevole del diverso atteggiarsi e della mutevolezza del fenomeno mafioso, ha lasciato aperto il catalogo delle “spie” di infiltrazione mafiosa che orientano la valutazione del rischio, concreto ed attuale, di permeabilità criminale dell’impresa.

Con specifico riguardo alla questione dell’attualità del pericolo mafioso, è ormai consolidato in giurisprudenza l’orientamento secondo cui è possibile desumere tentativi di ingerenza anche da indizi risalenti nel tempo, come controlli delle Forze dell’ordine relative alle frequentazioni del titolare, dei soci o degli amministratori dell’impresa; pronunce emesse a seguito di procedimenti penali definitisi nel tempo; elementi mutuati da altri precedenti provvedimenti interdittivi. Tali indizi, affinché la conseguente valutazione prefettizia sia esente da vizi di eccesso di potere, devono essere attualizzati, risultando necessario che, all’esito dell’istruttoria, emerga “*«il filo rosso» che connette ad elementi concreti più antichi, altri dati istruttori più recenti*” (75). In altri termini, l’elemento temporale non incide sulle valutazioni che il Prefetto compie quando adotta il provvedimento, purché dall’analisi del complesso delle vicende esaminate emerga, comunque, un quadro indiziario idoneo a giustificare il necessario giudizio di attualità e di concretezza del pericolo di infiltrazione mafiosa nella gestione dell’attività di impresa (76).

Se è vero che gli elementi risalenti nel tempo, di per sé, non possono giustificare l’emissione di un provvedimento interdittivo, né risultare idonei alla reiterazione dello stesso, è altrettanto vero che gli stessi possono costituire un valido supporto nell’analisi del rinnovato quadro indiziario finalizzato ad accertare l’affidabilità dell’impresa che intende intraprendere (o ha intrapreso) rapporti con la P.A.

In quest’ottica è opportuno sottolineare la preminente rilevanza assunta dalle cc.dd. sopravvenienze.

Il sistema dei provvedimenti antimafia, per sua stessa natura mutevole nel tempo, è soggetto a costante aggiornamento, perché, come prevede l’art. 86, d.lgs. n. 159/2011, le comunicazioni antimafia hanno una validità di sei mesi dalla data di acquisizione (comma 1) e le informazioni antimafia di dodici mesi (comma 2).

Come chiarito dal Consiglio di Stato, la validità annuale - che va richiesta da ogni singola amministrazione in ogni singolo procedimento per il quale è prevista e dev’essere rinnovata di volta in volta dalla Prefettura per ogni sin-

(75) In questi termini, *Relazione introduttiva del Presidente Vincenzo Salamone e dei magistrati Francesco Tallaro e Germana Lo Sapio in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2016*, in www.giustizia-amministrativa.it. Si v., anche, Cons. St., sez. III, 5 febbraio 2016, n. 463, *ivi*.

(76) Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5784, in www.dejure.it.

golo procedimento (non essendo prevista nel nostro ordinamento una informazione antimafia di tipo per così dire *erga omnes*) - deve intendersi riferita al valore legale del documento antimafia - che, comunque, mantiene i propri effetti interdittivi per un anno - e non già agli elementi indiziari posti a base dell'informativa, che non sono soggetti a termini di scadenza, né perdono la loro valenza sintomatica solo per il decorso del termine annuale. Ne consegue che ben potrà la Prefettura, ove richiesta dall'amministrazione interessata, emettere una nuova informativa, decorso l'anno, sulla base degli stessi elementi già posti a fondamento della precedente e purché non ne sopraggiungano di nuovi che elidano l'efficacia indiziante degli elementi pregressi (77).

A tal proposito, con specifico riferimento al procedimento di aggiornamento di cui all'art. 91, comma 5, d.lgs. n. 159/2011 - in base al quale spetta all'Autorità Prefettizia rimuovere l'efficacia dell'informativa interdittiva non appena vengano meno le condizioni che ne avevano determinato l'adozione - il bilanciamento tra l'esigenza di preservare i rapporti economici tra lo Stato e i privati (o tra i privati stessi) dalle infiltrazioni mafiose, in attuazione del superiore principio di legalità sostanziale e la libertà di impresa, raggiunge per il tramite di tale disposizione un punto di equilibrio fondamentale (78). Dunque, il Prefetto - "*ferma restando, naturalmente, la piena discrezionalità del suo potere valutativo in merito al perdurare del rischio di infiltrazione mafiosa*" (79) - è investito del potere, che esercita d'ufficio o su istanza di parte, di aggiornare l'esito dell'informazione antimafia, in presenza di fatti sopravvenuti, che facciano venire meno circostanze ritenute rilevanti ai fini dell'emissione del provvedimento interdittivo (80).

Si tratta, appunto, di un potere di "*aggiornamento*", che incide in modo innovativo e con efficacia *ex nunc* sulla precedente informativa e che, quindi, non ne implica un annullamento retroattivo, poiché l'attualità degli elementi indizianti permane fino all'intervento di fatti nuovi ed ulteriori, rispetto ad una precedente valutazione, che impediscano di rintracciare nella fattispecie

(77) Cons. St., sez. V, 21 agosto 2017, n. 4053, in www.dejure.it, che conferma T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. dist., n. 1121/2016, *ivi*; Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121, in *Urb. e app.*, 2016, 12, 1389. Già in questo senso, anche Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4602, *ivi*, 2016, 20, 2, 199-200, con nota di C. CONTESSA, *Ancora sul regime temporale di efficacia delle informative interdittive antimafia*.

(78) Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in *Urb. e app.*, 2017, 2, 238, con nota di P. TONNARA, *Informative antimafia e discrezionalità del Prefetto*, il quale dubita che l'istituto dell'aggiornamento possa rivelarsi del tutto efficace, laddove l'informazione antimafia si fondi su rapporti di parentela o su legami affettivi, a meno che la persona decida di interrompere qualsivoglia rapporto con la famiglia o con il *partner*. Tale rilievo, tuttavia, non tiene conto della consolidata giurisprudenza per cui il legame familiare rileva solo se sia indice di una "*regia familiare*" dell'impresa e, parimenti, il legame affettivo rileva solo se denoti il rischio di una eterodirezione dell'impresa da parte del *partner* o dell'amico.

(79) Cons. St., sez. III, n. 1743/2016, *cit.*

(80) Art. 10, comma 8, d.P.R. n. 252/1998, oggi trasfuso nell'art. 91, comma 5, d.lgs. n. 159/2011, così come modificato dall'art. 4, comma 1, lett. c), n. 2), d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218.

concreta quei tentativi d'infiltrazione mafiosa idonei a supportare il provvedimento interdittivo. Tale ultima evenienza *“non dipende dal mero trascorrere del tempo, in sé, ma dal sopraggiungere di obiettivi elementi, diversi o contrari, che ne facciano venir meno la portata sintomatica”*, vuoi perché ne controbilanciano, smentiscono e in ogni caso superano la valenza sintomatica, vuoi perché ne rendono certamente non più attuale e concreto il pericolo (81).

L'istanza di aggiornamento prevista dall'art. 91, comma 5, cit. impone all'Autorità Prefettizia l'onere di svolgere una nuova istruttoria, fondata sull'esame dei fatti nuovi (sia positivi che negativi), laddove sopravvenuti, o anche precedenti - se non noti - e consente all'impresa stessa di rappresentarli all'Autorità, laddove da questa non conosciuti. È evidente che *“a fronte di una circostanziata richiesta di aggiornamento della certificazione antimafia da parte del soggetto interessato, il Prefetto non può legittimamente sottrarsi all'obbligo di riesaminare il quadro indiziario esistente alla luce dei nuovi dati segnalatigli e di ripronunciarsi, quindi, in via espressa su di essa”* (82).

In ogni caso, la clausola *rebus sic stantibus* prevista dall'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 159/2011 comporta che, al sopravvenire di fatti favorevoli all'imprenditore, l'Amministrazione verifichi nuovamente se persistano ragioni di sicurezza e di ordine pubblico tali da prevalere sull'iniziativa e sulla libertà di impresa del soggetto inciso. Tuttavia, *“in caso di ripetute e strumentali reiterazioni di domande dirette ad ottenere un provvedimento di ritiro o di revoca di un'interdittiva in corso di validità, collegate alla affermata rilevanza di sopravvenienze e fatti nuovi asseriti come favorevoli al soggetto inciso, la Prefettura può limitarsi: 1) a verificare se la domanda sia accompagnata da un fatto realmente nuovo, perché sopravvenuto ovvero non conosciuto, che possa essere ritenuto effettivamente incidente sulla fattispecie (es. effettiva cessione dell'impresa a soggetto del tutto estraneo al rischio di condizionamento o infiltrazione da parte della delinquenza organizzata); 2) a valutare quindi se possano ritenersi venute meno quelle ragioni di sicurezza e di ordine pubblico in precedenza ritenute prevalenti sull'iniziativa e sulla libertà di impresa del soggetto inciso. In caso di esito negativo di detta verifica, la Prefettura può semplicemente limitarsi a prendere atto della inesistenza di profili nuovi e, di conseguenza, adottare un atto di natura meramente confermativa; ciò a maggior ragione in presenza di sentenze di conferma della legittimità dei precedenti provvedimenti”* (83).

(81) Cons. St., sez. III, 9 aprile 2019, n. 2324, in www.giustizia-amministrativa.it.

(82) T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 24 ottobre 2018, n. 10320, in www.dejure.it; *id.*, n. 1743/2016, cit.

(83) Si tratta di un principio ormai acquisito alla riflessione giurisprudenziale, da ultimo confermato da Cons. St., sez. III, n. 2324/2019, cit.

6. Casistica giurisprudenziale.

Come detto, il nostro legislatore ha, intenzionalmente, costruito l'informazione antimafia come una fattispecie normativa aperta, adattabile alle sempre nuove forme del fenomeno mafioso. Tale scelta è corretta, proprio perché finalizzata ad attribuire rilevanza a tutta una serie di elementi sintomatici dai quali evincere l'ingerenza, anche indiretta, delle organizzazioni criminali sull'attività d'impresa; del resto, quella che molti definiscono una “*asfissiante tipizzazione di tipo casistico*” (84), potrebbe risolvere, a monte, la gran parte delle questioni attinenti al vizio di eccesso di potere, che hanno fondato un consistente numero di impugnative in materia.

Appare utile fornire degli strumenti di orientamento nella corposa casistica giurisprudenziale, con specifico riferimento a talune figure sintomatiche, allo scopo di delineare i confini della discrezionalità tecnica del Prefetto, così da consentire all'operatore di valutare più comodamente la possibile legittimità o meno di provvedimenti interdittivi adottati in forza di circostanze rivelatrici del rischio di ingerenza nell'attività dell'impresa.

Il rapporto di parentela e le frequentazioni, nonché i legami più o meno stabili dell'impresa attenzionata con altre società già raggiunte da provvedimento interdittivo sono di per sé elementi neutri, che, in quanto tali, non forniscono la piena prova del condizionamento eventualmente esercitato dalle associazioni malavitose. Tuttavia, com'è noto, il presupposto rilevante ai fini della emissione dell'interdittiva prefettizia è la sussistenza del mero rischio di infiltrazione, che costituisce un momento ancora precedente al vero e proprio tentativo di infiltrazione (da ciò ne discende quella funzione di anticipazione della soglia di tutela, riconosciuta a tale strumento, di cui *supra*). Il predetto rischio può essere desunto da una valutazione complessiva del quadro indiziario, secondo un criterio di concordanza degli indizi, nel quale i singoli dati, in sé non pienamente significativi, possono acquisire una apprezzabile valenza sintomatica.

È ormai costante l'affermazione - ribadita di recente dal Consiglio di Stato (85) -, secondo cui “*sul punto [della rilevanza delle relazioni familiari ai fini della prevenzione antimafia: n.d.r.] vanno evitate soluzioni aprioristiche, essendo detto rapporto il dato storico che forma la premessa minore di un'inferenza calibrata sulla regola (massima d'esperienza) secondo cui i vincoli familiari, espongono il soggetto all'influenza del terzo. Ma l'attendibilità dell'inferenza dipende anche da una serie di circostanze che qualificano il rapporto di parentela, quali, soprattutto, l'intensità del vincolo e il contesto in cui si inserisce*” (86). In tale occasione, il Supremo Consesso ha ritenuto coe-

(84) Relazione sull'attività del T.A.R. Calabria, sede di Catanzaro, a cura del Presidente V. SALOMONE in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2019, cit.

(85) Cons. St., sez. III, n. 2343/2018, cit.

(86) Cons. St., sez. III, n. 2343/2018, cit.; *id.*, 28 giugno 2017, n. 3173, in www.dejure.it.

rente con i richiamati principi di diritto - e, dunque, legittima - l'informativa emessa nei confronti di un'impresa per la fitta rete di frequentazioni e contatti sospetti di uno dei soci, e ciò in ragione di una serie di considerazioni: “*non è contestata la connotazione “mafiosa” dei diversi personaggi con i quali [il socio: n.d.r.] è entrato in contatto*”; “*il numero dei personaggi controindicati, inseriti nell’orbita delle frequentazioni, è oggettivamente considerevole e alcuni di tali soggetti sono riconosciuti come appartenenti a cosche o famiglie ‘ndranghetistiche*”; il carattere “*non casuale*” dei predetti contatti, la “*concomitanza di interessi professionali o commerciali*” sempre a riprova del “*carattere niente affatto occasionale, sporadico o anodino di tali contatti*”. Il vincolo di parentela non può da solo assurgere ad elemento significativo del pericolo di condizionamento mafioso, ove tale dato non sia corroborato da elementi significativi di un'attuale contiguità con i soggetti gravati da pregiudizi penali, altrimenti un soggetto si troverebbe, senza sua colpa e per il mero fatto di appartenere ad una determinata famiglia, nell'impossibilità di poter svolgere attività lecite costituzionalmente tutelate (art. 41 Cost.).

In tal senso, la giurisprudenza ha chiarito che è necessario “*un quid pluris rispetto alla sola constatazione dei legami familiari con soggetti mafiosi o contigui a organizzazioni malavitose per supportare il giudizio di pericolo di infiltrazione o condizionamento da parte di sodalizi criminali, assumendo rilevanza «circostanze obiettive (a titolo meramente esemplificativo, ad es., la convivenza, la cointeressenza di interessi economici, il coinvolgimento nei medesimi fatti, che pur non abbiano dato luogo a condanne in sede penale)» mentre non appare possibile stabilire alcun «automatismo» tra legame familiare e sussistenza del rischio infiltrativo*” (87).

Dunque, le relazioni parentali - come fin qui intese - legittimano l'adozione di un'interdittiva antimafia, poiché gli intrecci familiari “*espongono potenzialmente l'impresa all'influsso del clan di riferimento e possono determinare fatalmente, se non un coinvolgimento diretto, sicuramente un forte condizionamento nelle scelte e negli indirizzi societari*” (88), con l'ovvia conseguenza che a rilevare non è il legame in sé, ma anche il contesto geografico e socio-economico in cui lo stesso si radica.

Il fatto che le società e le imprese creino legami tra loro è insito nella dinamica fisiologica dei rapporti professionali ed economici, nascente dalla necessità di subappaltare i lavori da eseguire in adempimento di un contratto, dall'assenza dei necessari beni materiali, dalla mancanza delle adeguate professionalità in capo ai membri della propria impresa.

Ebbene, così come i rapporti di parentela, anche i legami societari hanno una connotazione neutra, che però può mutare nel caso in cui un'impresa in-

(87) Cfr., *ex multis*, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 1564/2018, cit.

(88) Con. St., sez. III, n. 3496/2018, cit.

trattenga rapporti non occasionali, bensì continui e duraturi, con società colpite da interdittive antimafia. A tal proposito, la giurisprudenza amministrativa (89) ritiene, univocamente, che sussiste il rischio di permeabilità della criminalità organizzata nella gestione dell'impresa tutte le volte in cui una società detenga partecipazioni in altre società colpite da interdittiva antimafia, ovvero abbia cointeressenze economiche con società riconducibili direttamente o indirettamente alla criminalità organizzata.

Di recente, i Giudici di Palazzo Spada (90) hanno affermato come *“il provvedimento censurato [l'interdittiva antimafia: n.d.r.] pone in evidenza i vari intrecci societari, che - unitamente ai rapporti familiari - consentono di ritenere plausibile il pericolo di condizionamento della Società appellante, che il provvedimento impugnato tende a prevenire”*. Ed inoltre, hanno ribadito che *“seppure va escluso ogni automatismo tra l'adozione di un'interdittiva antimafia e la sua conseguente estensione alle imprese legate da vincoli associativi a quella attinta dalla prima misura, non può trascurarsi il fondamento logico della funzione dell'interdittiva, che va rinvenuto nell'esigenza di contrastare il fenomeno dell'inquinamento mafioso delle attività economiche per mezzo dell'estromissione dal perimetro della contrattazione pubblica delle imprese che [...] abbiano irrimediabilmente perduto quella «fiducia sulla serietà e sulla moralità dell'imprenditore» che costituisce l'indefettibile presupposto della capacità di accedere ai rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni”*.

Pertanto, uno degli indici del tentativo di infiltrazione mafiosa nell'attività d'impresa idoneo a giustificare e rendere legittima l'adozione del provvedimento interdittivo debba essere rintracciato nell'istaurazione di rapporti commerciali con un'impresa già destinataria di informativa antimafia. In ogni caso, l'emissione del provvedimento interdittivo è da ritenersi legittima a condizione che la natura, la consistenza e i contenuti delle modalità di collaborazione tra le due imprese siano idonei a rivelare il carattere illecito dei legami stretti tra i due operatori economici. Infatti, di recente, pur nella cornice dei principi già richiamati in tema di c.d. informativa a cascata, il T.A.R. catanzarese ha sospeso l'efficacia dei provvedimenti interdittivi impugnati, ritenuto che *“i rapporti tra la società ricorrente e i suoi soci con alcune società interdette [...] non paiono tali da inferirne il pericolo di infiltrazione mafiosa, posto che queste, a loro volta, sono state destinatarie di informazione interdittiva per le cointeressenze con ulteriori soggetti economici esposti al pericolo di condizionamento da parte della criminalità organizzata; sicché il pericolo di influenza criminale appare essere oggettivamente remoto”* (91).

(89) Cons. St., sez. III, n. 2774/2016, cit.; *id.*, 11 settembre 2017, n. 4286, in www.dejure.it.

(90) Cons. St., sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1359, in www.dejure.it.

(91) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 27 settembre 2018, ord. n. 417, in www.giustizia-amministrativa.it.

In questa direzione, merita di essere segnalata una recentissima pronuncia del T.A.R. palermitano (92), in cui è stata ritenuta illegittima l'informazione interdittiva emessa nei confronti di una società che aveva preso parte a due diverse società consortili, di cui erano soci soggetti vicini ad ambienti malavitosi. In tale occasione, il Collegio ha avuto modo di chiarire che, fermo restando il condiviso orientamento giurisprudenziale per cui *“a fronte della costituzione di una nuova società, tra un'impresa legittimamente colpita da un'interdittiva e un altro soggetto imprenditoriale, può ragionevolmente presumersi l'estensione del giudizio di pericolo di inquinamento mafioso sia alla nuova società, sia alla seconda impresa, divenuta socia di quest'ultima, insieme a quella inizialmente ritenuta esposta al rischio di permeabilità alle influenze criminali”* (93), è sempre opportuno compiere una valutazione che tenga conto delle peculiarità del caso concreto. Infatti, non sarebbe corretto equiparare il caso della costituzione di un'entità stabile destinata all'esercizio congiunto di una determinata attività economica a quello dell'instaurazione di un rapporto provvisorio volto all'esecuzione di una singola commessa, tramite la costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese per la partecipazione ad una gara d'appalto e poi di un consorzio di scopo. Pertanto, posto che *“l'interdittiva va estesa anche all'impresa che abbia costituito una società con un soggetto colpito da informativa negativa”* (94), è ormai acquisito alla riflessione giurisprudenziale il corollario per il quale *“la costituzione di un raggruppamento temporaneo e di un consorzio di scopo con imprese successivamente raggiunte da interdittive antimafia non determina di per sé l'effetto contagio e non legittima l'adozione di informative negative a cascata”*.

7. Profili processuali.

Sul crinale processuale, diversi sono i profili meritevoli di approfondimento.

(92) T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 1310/2019, cit.

(93) In tal senso, cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 22 giugno 2016, n. 2774, in www.dejure.it.

(94) T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 1310/2019, cit., ove si conclude che *“la costituzione di un raggruppamento temporaneo e di un consorzio di scopo con imprese successivamente raggiunte da interdittive antimafia non determina di per sé l'effetto contagio e non legittima l'adozione di informative negative a cascata”*. Dunque, nel caso di specie, *“è sufficiente precisare che tale società consortile è stata costituita il 13 novembre 2002 esclusivamente per la realizzazione dei lavori di completamento del teatro Trifiletti. Dalla documentazione in atti risulta che: tali lavori sono stati ultimati il 7 febbraio 2005 e la società non è stata cancellata in attesa del pagamento delle spettanze dovute; all'epoca della costituzione del consorzio e sino all'ultimazione dei lavori, il signor S. non aveva pregiudizi penali. La Prefettura non ha documentato alcun contatto successivo con tale soggetto, cosicché deve ritenersi che non si sia determinato l'effetto contagio”*. Analoghe conclusioni sono state tratte con riferimento all'altra società consortile partecipata, atteso che la stessa era stata costituita *“al solo scopo dell'esecuzione unitaria dei lavori aggiudicati dal Comune di Palermo per il restauro delle scale delle logge del teatro Massimo”*, che la stessa società in quel momento era iscritta nella *White list* ed è stata raggiunta da interdittiva solo nel 2018. *“Deve, pertanto, come detto, escludersi che si sia prodotto l'effetto contagio”*.

In primo luogo, quanto all'ambito del sindacato giurisdizionale sull'attività prefettizia, si osserva che, data l'ampia discrezionalità che la connota, la valutazione dell'autorità prefettizia è sindacabile in sede giurisdizionale soltanto in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti (95). Di contro, rimane estraneo al sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'informativa antimafia l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento.

L'adozione di un provvedimento interdittivo fa sorgere questioni rilevanti in ordine alla giurisdizione nelle controversie relative al recesso della stazione appaltante dal contratto già stipulato.

Com'è noto, negli appalti pubblici, la giurisdizione in ordine alle controversie sorte successivamente alla stipula del contratto è attribuita al giudice ordinario; ciò, anche, nelle ipotesi di recesso *ex art. 21-sexies*, l. n. 241/1990, venendo in rilievo l'esercizio di diritti potestativi ascrivibili all'autotutela di natura privatistica (96).

Tuttavia, tale regola subisce una deroga importante qualora il recesso esercitato dalla stazione appaltante sia conseguenza dell'emissione di un'informativa antimafia. In tal caso, infatti, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo.

Sul punto, la Corte di Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, ha chiarito che la facoltà di recesso prevista dal d.P.R. n. 252/1998, art. 11, comma 2, oggi, dagli artt. 92, comma 3 e 4, e 94, comma 2, d.lgs. n. 159/2011, "*è espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto*", benché attenga alla scelta stessa del contraente. Dunque, "*tale potere è estraneo alla sfera del diritto privato*", poiché diversamente dal recesso previsto dalla l. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 345, all. F, non è giustificato da inadempienze contrattuali, ma mira ad evitare che i soggetti pubblici indicati nel d.P.R. n. 252/1998, art. 1, abbiano rapporti contrattuali con imprese nei cui confronti emergano sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata (97).

Del resto, anche secondo la giurisprudenza amministrativa (98) la P.A. stazione appaltante, che riceve dalla Prefettura informazioni circa possibili infiltrazioni mafiose nella società appaltatrice, mentre non ha il potere di sindacare la fondatezza di tali informazioni, ha la facoltà - e non l'obbligo - di recedere dal contratto di appalto ai sensi dell'art. 11, d.P.R. n. 252/1998, in

(95) Cfr. T.A.R. Catanzaro, sez. I, n. 40/2019, cit.; Cons. St., sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754, in www.giustizia-amministrativa.it.

(96) A. MEZZOTERO - S.P. PUTRINO GALLO, *Il Sistema delle informative antimafia nei recenti arresti giurisprudenziali*, cit., pag. 225 e ss.

(97) Cfr. Cass. civ., sez. un., 22 giugno 2017, n. 15637, in www.dejure.it.

(98) Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319, in www.giustizia-amministrativa.it.

base a una valutazione discrezionale che tenga conto del pubblico interesse e che, pertanto, avendo ad oggetto un interesse legittimo, è rimessa all'a.g.a.

La giurisdizione del giudice amministrativo insiste anche nelle ipotesi di revoca dell'aggiudicazione; perfino successivamente alla stipula del contratto. Al riguardo, si è chiarito che l'informativa antimafia interdittiva sopravvenuta in corso di esecuzione di un contratto già stipulato non costituisce una sopravvenienza che impedisce la prosecuzione del contratto, ma integra uno stato di incapacità originaria del privato ad essere parte contrattuale di un rapporto con la P.A. (99). L'esercizio del potere di revoca dell'aggiudicazione, dunque, è stato ricondotto tra le ipotesi indicate dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., ai sensi del quale le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture sono attribuite alla giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo.

In punto di competenza territoriale, si rendono necessarie alcune premesse.

Ai sensi dell'art. 90, d.lgs. n. 159/2011, il Prefetto competente al rilascio dell'informazione antimafia è quello della provincia in cui le persone fisiche, le imprese, le associazioni o i consorzi risiedono o hanno sede legale, ovvero quello della provincia in cui è stabilita una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato per le società estere.

Pertanto, la competenza si radica, per l'esigenza del *simultaneus processus* propria di una tutela giurisdizionale rapida, effettiva e concentrata, in capo al T.A.R. ove ha sede la Prefettura che ha emesso il provvedimento antimafia - in ossequio al c.d. "*criterio della sede dell'organo*" di cui all'art. 13, comma 1, c.p.a.; tanto anche nell'ipotesi in cui siano impugnati diversi atti di revoca/recesso/decadenza da parte delle singole amministrazioni dislocate sull'intero territorio nazionale (100).

Per questo motivo, tale criterio di competenza trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il ricorrente impugni congiuntamente il provvedimento prefettizio e i conseguenti atti applicativi.

Al riguardo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che giudice competente sarà quello cui spetta conoscere l'impugnazione del primo provvedimento; se si adottasse un diverso criterio, "*sulla medesima informativa antimafia potrebbe variamente radicarsi la competenza di diversi TT.AA.RR. Infatti, nel caso in cui il ricorrente impugni la sola informativa sa-*

(99) Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247, in www.dejure.it; Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2018, n. 24411, in *L'Amministrativista - Il portale sugli appalti e i contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it, 27 dicembre 2018, con nota di A.L. FERRARIO, *Giurisdizione amministrativa in materia di contratti della pubblica amministrazione: la giurisdizione esclusiva si arresta al provvedimento di aggiudicazione*.

(100) Cfr. Cons. St., ad. plen., 31 luglio 2014, n. 17; *id.*, 7 novembre 2014, n. 29, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, di recente, Cons. St., sez. III, 22 dicembre 2017, n. 6045, *ivi*.

rebbe territorialmente competente il Tar del luogo ove ha sede la Prefettura che ha adottato l'atto; se il ricorrente impugnasse contestualmente (o con motivi aggiunti), anche gli atti successivi adottati dalla stazione appaltante diventerebbe funzionalmente competente il Tar del luogo ove ha sede tale stazione appaltante. In questo modo, pertanto, potrebbe essere il comportamento del ricorrente a determinare il giudice competente, creando un'occasione di «forum shopping» che il nuovo c.p.a. ha inteso evitare. Inoltre, nel caso di informative analoghe, rilasciate a differenti stazioni appaltanti dalla medesima Prefettura sulla base delle medesime risultanze acquisite, si radicherebbe la competenza funzionale di differenti TT.AA.RR. a seconda di dove abbiano sede le stazioni appaltanti i cui atti applicativi vengono impugnati, unitamente alle informative, con differenti ricorsi» (101).

Dunque, ai fini della determinazione della competenza nel caso di impugnazione del provvedimento prefettizio contestualmente all'atto successivo, si dovrà tenere conto dell'interesse principale del ricorrente, che *“è quello di contestare in radice la sussistenza dei presupposti che hanno condotto all'emissione dell'informativa, per cui il giudizio avente ad oggetto l'informativa avrebbe carattere principale [costituendo il provvedimento prefettizio un atto presupposto: n.d.r.] e il giudizio avente ad oggetto l'atto applicativo avrebbe carattere accessorio. Pertanto, ritenendo applicabile, ex art. 39 c.p.a., l'art. 31 c.p.c. che disciplina i rapporti di connessione tra causa principale e causa accessoria si giunge a ritenere competente, in caso di contestuale impugnazione dell'informativa prefettizia e dell'atto applicativo, il giudice competente a conoscere della prima. Dispone infatti l'art. 31 c.p.c. che «la domanda accessoria può essere proposta al giudice territorialmente competente a conoscere per la domanda principale affinché sia decisa nello stesso processo» (102).*

La risoluzione della questione della competenza nei termini innanzi illustrati, logicamente, presuppone la necessità di chiarire i rapporti tra informativa prefettizia (a monte) e atti consequenziali (a valle), con i relativi corollari processuali.

Si è detto che l'emissione di un'informativa a carattere interdittivo comporta l'obbligo della P.A. di recedere dai contratti già stipulati o di revocare i contributi concessi all'impresa destinataria del provvedimento. Da ciò consegue che, salvo il caso in cui ne sia avvenuta una precedente conoscenza da parte dell'impresa destinataria, il provvedimento prefettizio dovrà essere impugnato contestualmente all'atto posto in essere dall'Amministrazione in esecuzione del primo provvedimento. In tale eventualità, quindi, l'informazione interdittiva e il successivo provvedimento attuativo si rapportano, l'uno, come

(101) Cons. St., ad. plen., n. 17/2014; *id.*, n. 29/2014, cit.

(102) Cons. St., ad. plen., n. 17/2014; *id.*, n. 29/2014, cit.

atto presupposto e, l'altro, come atto presupponente (103). Ovvio intendere che, anche in mancanza di un successivo atto applicativo della stazione appaltante, l'emissione dell'informativa interdittiva fa sorgere un interesse alla sua immediata (ed autonoma) impugnazione da parte del destinatario, essendo atto autonomamente lesivo, secondo i principi generali (104). In ragione di tale rapporto di presupposizione, l'impugnativa di ogni ulteriore atto consequenziale e/o connesso all'informativa *“deve avvenire con motivi aggiunti avanti al T.A.R., già adito, competente territorialmente a giudicare dell'informativa (e, cioè, quello del luogo in cui ha sede la Prefettura che ha emesso il provvedimento interdittivo), senza moltiplicare avanti a diversi TT.AA.RR. i giudizi relativi agli atti applicativi adottati dalle diverse stazioni appaltanti sul territorio nazionale, per le esigenze di concentrazione dei procedimenti e di realizzazione del simultaneus processus, anche al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale secondo i principi di cui all'art. 24 e 111 Cost. ed i principi comunitari ed evitare, in questa materia, il ben noto fenomeno del c.d. forum shopping”* (105).

Riguardo al rito applicabile, di recente, il Consiglio di Stato ha precisato che l'autonomia e la trasversalità dell'istituto comportano l'assoggettamento dell'impugnazione del provvedimento interdittivo al rito ordinario ex art. 29 c.p.a. e non a quello speciale di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a., anche qualora l'informativa abbia costituito il presupposto dell'esercizio del potere di recesso della stazione appaltante dal contratto già stipulato e lo stesso provvedimento prefettizio sia stato impugnato con autonomo giudizio, poi, riunito a quello proposto avverso il recesso. Per cui, superando la tesi precedente (106), ha chiarito che *“la soggezione alla disciplina degli artt. 119 e 120 c.p.a. in tanto si giustifica in quanto venga in rilievo, e sia impugnato, un atto riconducibile all'esercizio (o al mancato) esercizio del potere di scelta, da parte dell'Amministrazione, in una procedura di gara”*. Di contro, il potere di recedere dal contratto, a seguito dell'adozione dell'informativa, è espressione di una speciale potestà amministrativa che compete alla stazione appaltante ai sensi

(103) In questo senso, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 21 maggio 2013, n. 589, in www.dejure.it.

(104) Cfr., Cons. St., ad. plen., 7 novembre 2014, n. 30, in www.giustizia-amministrativa.it, ove viene chiarito che il provvedimento prefettizio ha una *“autonoma efficacia lesiva per gli immediati effetti negativi nei confronti dell'impresa (si considerino, oltre al pregiudizio morale, la perdita della capacità di essere parte in rapporti in essere con la pubblica amministrazione, nonché in ordine alla stipula di contratti futuri)”*; in tal senso, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 26 maggio 2017, n. 1185, in www.dejure.it.

(105) Cfr. Cons. St., ad. plen., 31 luglio 2014, n. 17; *id.*, 7 novembre 2014, n. 29; Cons. St., sez. III, 22 dicembre 2017, n. 6045, cit.

(106) Cons. St., sez. IV, n. 3247/2016, cit., ove si ritiene che *“il potere di recesso esercitato dalla stazione appaltante in seguito a sopraggiunta informativa antimafia sarebbe riconducibile alla nozione dei “provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture”, di cui all'art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a. o comunque al novero degli “atti delle procedure di affidamento”, di cui all'art. 120, comma 1, c.p.a.”*.

dell'art. 92, comma 4, d.lgs. n. 159/2011. *“La risoluzione pubblicistica del rapporto eccezionalmente riconosciuto alla stazione appaltante dall'art. 92, comma 4, del d.lgs. n. 159 del 2011, infatti, non costituisce propriamente l'oggetto o l'effetto di uno degli «atti delle procedure di affidamento», ma è il contenuto di un atto vincolato della stazione appaltante, la conseguenza necessitata, a valle, di una valutazione compiuta dal Prefetto, a monte, in ordine ad un requisito fondamentale richiesto dall'ordinamento per la partecipazione alle gare o [...] di una «indispensabile capacità giuridica»: l'impermeabilità mafiosa delle imprese concorrenti. L'accertamento di tale indispensabile capacità giuridica spetta al Prefetto con un atto tipica espressione di una ampia discrezionalità nell'esercizio di tale funzione connessa alla tutela dell'ordine pubblico e alla prevenzione antimafia e, proprio in quanto tale, non è corretto ricondurla e relegarla alla sola materia delle procedure di gara, che del resto non ne esaurisce il ben più vasto raggio applicativo, e alla relativa disciplina processuale, di cui quindi è errato invocare la ratio acceleratoria e la dimidiazione dei termini”* (107).

Altro aspetto processuale che ha suscitato non pochi dibattiti concerne la responsabilità della P.A. per i danni provocati dall'adozione di un'informativa antimafia annullata in sede giurisdizionale.

Tradizionalmente, la configurabilità della responsabilità della P.A. esige la dimostrazione del dolo o della colpa - quale elemento costitutivo del diritto al risarcimento - dell'autorità che lo ha emanato, non essendo sufficiente, per la genesi dell'obbligazione risarcitoria, il solo annullamento dell'atto lesivo (108). Occorre precisare che, come da consolidato orientamento giurisprudenziale (109), il ricorrente deve provare il danno subito e il nesso di causalità tra il fatto e il danno, non operando il metodo acquisitivo in caso di risarcimento dei danni, ma trovando piena applicazione il principio dispositivo.

In ordine alla ripartizione dell'onere probatorio, al privato danneggiato basta allegare il dato circa l'illegittimità dell'atto dannoso, ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c., a riprova della presunta inosservanza delle comuni regole di condotta di imparzialità, correttezza e buona fede. Di contro, spetta all'Amministrazione la dimostrazione dell'insussistenza dell'elemento psicologico, mediante la deduzione di circostanze idonee ad integrare gli estremi dell'errore scusabile.

In altre parole, dunque, il risarcimento del danno non è una conseguenza diretta e costante dell'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo, in quanto richiede la positiva verifica, oltre che della lesione della situazione

(107) Cons. St., sez. III, n. 319/2017, cit.

(108) V. SALAMONE, *Il sistema della documentazione antimafia normativa e giurisprudenza*, 2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

(109) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 24 gennaio 2018, n. 185, in www.giustizia-amministrativa.it; *id.*, 6 febbraio 2018, n. 332, *ivi*. In entrambe le pronunce si fa richiamo del principio enunciato in narrativa e sancito da Cons. St., ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2, *ivi*.

giuridica soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento, anche del nesso causale tra l'illecito e il danno subito, nonché della sussistenza della colpa o del dolo dell'amministrazione. Come più volte rilevato dalla giurisprudenza, l'illegittimità del provvedimento amministrativo, ove acclarata, costituisce solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza, da considerare unitamente ad altri, quali il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità degli elementi di fatto, il carattere vincolato della statuizione amministrativa, l'ambito più o meno ampio della discrezionalità dell'amministrazione. Con specifico riferimento all'elemento psicologico, la colpa della P.A. viene individuata nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero in negligenza, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili, in ragione dell'interesse giuridicamente protetto di colui che instaura un rapporto con l'amministrazione (110). Dunque, non sussiste la responsabilità dell'Autorità procedente in tutti i casi in cui i contrasti giudiziari, l'incertezza del quadro normativo o la complessità della situazione di fatto, aprano le porte del c.d. errore scusabile. Pertanto, affinché si possa configurare la colpa dell'Amministrazione è opportuno volgere lo sguardo al carattere della regola di azione violata: se la stessa è chiara, univoca, cogente, si dovrà riconoscere la sussistenza dell'elemento psicologico nella sua violazione; al contrario, se il canone della condotta amministrativa giudicata è ambiguo, equivoco o, comunque, costruito in modo tale da affidare all'Autorità amministrativa un elevato grado di discrezionalità, la colpa potrà essere accertata solo nelle ipotesi in cui il potere è stato esercitato in palese spregio delle regole di correttezza e di proporzionalità.

Di recente, il Consiglio di Stato, dopo avere premesso che il risarcimento del danno non è una conseguenza diretta e costante dell'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo, richiedendo in particolare l'accertamento dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità, ha precisato che, nel caso delle informative interdittive, il requisito della colpa dell'amministrazione dev'essere scrutinato in coerenza con la funzione, la natura e i contenuti delle relative misure e, quindi, con l'ampio spettro di discrezionalità, con il carattere preventivo e cautelativo dei provvedimenti da adottare, nonché tenendo conto della difficoltà e complessità delle questioni da affrontare al fine di ricostruire un quadro attendibile (111).

8. L'informativa antimafia ed il controllo giudiziario ex art. 34-bis del Codice antimafia.

La l. 17 ottobre 2017, n. 161, nel rimodulare sotto diversi profili il Codice

(110) Cons. St., sez. III, 15 maggio 2018, n. 2882, in www.dejure.it.

(111) Cons. St., sez. III, 1 aprile 2019, n. 2157; nello stesso senso, si v. Cons. St., sez. III, 27 marzo 2018, n. 1901; *id.*, 6 marzo 2018, n. 1409, tutte in www.dejure.it.

antimafia, ha introdotto una nuova misura patrimoniale di natura preventiva, quale il controllo giudiziario delle aziende, di cui all'art. 34-bis (112).

Questa nuova misura di prevenzione patrimoniale (113) si affianca a

(112) L'art. 34-bis, d.lgs. n. 159/2011 così dispone: "1. Quando l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'art. 34 risulta occasionale, il tribunale dispone, anche d'ufficio, il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende di cui al medesimo comma 1, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività. 2. Il controllo giudiziario è adottato dal tribunale per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni. Con il provvedimento che lo dispone, il tribunale può: a) imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende di cui al comma 1 l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a € 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. Tale obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente; b) nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario, il quale riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero. 3. Con il provvedimento di cui alla lettera b) del comma 2, il tribunale stabilisce i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre l'obbligo: a) di non cambiare la sede, la denominazione e la ragione sociale, l'oggetto sociale e la composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza e di non compiere fusioni o altre trasformazioni, senza l'autorizzazione da parte del giudice delegato; b) di adempiere ai doveri informativi di cui alla lettera a) del comma 2 nei confronti dell'amministratore giudiziario; c) di informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi; d) di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli artt. 6,7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni; e) di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi. 4. Per verificare il corretto adempimento degli obblighi di cui al comma 3, il tribunale può autorizzare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria ad accedere presso gli uffici dell'impresa nonché presso uffici pubblici, studi professionali, società, banche e intermediari mobiliari al fine di acquisire informazioni e copia della documentazione ritenute utili. Nel caso in cui venga accertata la violazione di una o più prescrizioni ovvero ricorrano i presupposti di cui al comma 1 dell'art. 34, il tribunale può disporre l'amministrazione giudiziaria dell'impresa. 5. Il titolare dell'attività economica sottoposta al controllo giudiziario può proporre istanza di revoca. In tal caso il tribunale fissa l'udienza entro dieci giorni dal deposito dell'istanza e provvede nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p. All'udienza partecipano il giudice delegato, il pubblico ministero e, ove nominato, l'amministratore giudiziario. 6. Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'art. 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente e gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p., accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali. 7. Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'art. 34 o il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 del presente articolo sospende gli effetti di cui all'art. 94".

(113) Sul nuovo istituto disciplinato dall'art. 34-bis del Codice antimafia: T. ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, in *Giur. it.*, 6, 2018, 1521 ss.; A. AULETTA, *L'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario a seguito della riforma del codice antimafia*, in www.ilpenalista.it, 30 novembre 2017.

quelle già contemplate dal codice: l'amministrazione giudiziaria dei beni personali del proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione, l'amministrazione giudiziaria delle imprese - accomunate da effetti meno invasivi sulla proprietà del destinatario della misura -, nonché le misure di prevenzione paradigmatiche del sequestro finalizzato alla confisca e della confisca stessa.

Non sfuggirà, di certo, il notevole abbassamento del livello di azione da parte dello Stato, che si limita ad esercitare un controllo sull'amministrazione spettante agli organi ordinari del soggetto attinto dalla misura in questione (114).

Si tratta di una misura destinata a trovare applicazione in via del tutto residuale rispetto all'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del medesimo Codice (115), che il Tribunale può adottare, anche d'ufficio, quando sussistano

(114) F. BALATO, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3/2019.

(115) L'art. 34, d.lgs. n. 159/2011 recita, testualmente: "1. Quando, a seguito degli accertamenti di cui all'art. 19 o di quelli compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione mafiosa, previsti dall'art. 92, ovvero di quelli compiuti ai sensi dell'art. 213 del codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dall'Autorità nazionale anticorruzione, sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. 416-bis c.p. o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24 del presente decreto, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'art. 4, comma 1, lettere a), b) e i-bis), del presente decreto, ovvero per i delitti di cui agli artt. 603-bis, 629,644,648-bis e 648-ter c.p., e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al capo I del presente titolo, il tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti delle persone sopraindicate dispone l'amministrazione giudiziaria delle aziende o dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività economiche, su proposta dei soggetti di cui al comma 1 dell'art. 17 del presente decreto. 2. L'amministrazione giudiziaria dei beni è adottata per un periodo non superiore a un anno e può essere prorogata di ulteriori sei mesi per un periodo comunque non superiore complessivamente a due anni, a richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, a seguito di relazione dell'amministratore giudiziario che evidenzi la necessità di completare il programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate e la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura. 3. Con il provvedimento di cui al comma 1, il tribunale nomina il giudice delegato e l'amministratore giudiziario, il quale esercita tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura. Nel caso di imprese esercitate in forma societaria, l'amministratore giudiziario può esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali secondo le modalità stabilite dal tribunale, tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa, senza percepire ulteriori emolumenti. 4. Il provvedimento di cui al comma 1 è eseguito sui beni aziendali con l'immissione dell'amministratore nel possesso e con l'iscrizione nel registro tenuto dalla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel quale è iscritta l'impresa. Qualora oggetto della misura siano beni immobili o altri beni soggetti a iscrizione in pubblici registri, il provvedimento di cui al comma 1 deve essere trascritto nei medesimi pubblici registri. 5. L'amministratore giudiziario adempie agli obblighi di relazione e segnalazione di cui all'art. 36, comma 2, anche nei confronti del pubblico ministero. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai capi I e II del titolo III del presente libro. 6. Entro la data di scadenza dell'amministrazione giudiziaria dei beni o del sequestro di cui al comma 7, il tribunale, qualora non

circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionare l'attività d'impresa, sempre che l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'appena citato art. 34 risulti "occasionale". La sua finalità, tuttavia, è comune a quella dell'intero apparato prevenzionale e va rintracciata nel recupero alla legalità del soggetto economico, in un'ottica più garantistica, volta a disincentivare l'inquinamento mafioso e, al contempo, a preservare l'interesse alla continuità produttivo-gestionale delle imprese.

Il controllo giudiziario, applicabile anche d'ufficio, non determina lo spossessamento della gestione dell'attività d'impresa, ma piuttosto dà luogo, per un periodo predeterminato (minimo un anno e massimo tre), ad un intervento di vigilanza, al fine di monitorare l'adempimento delle prescrizioni impartite dal Tribunale che applica la misura *de qua*.

La particolarità dell'istituto in esame va rinvenuta nel suo, già evidenziato, carattere di sussidiarietà rispetto alle misure previste rispettivamente dagli articoli 20, 24 e 34 dello stesso d.lgs. 159/2011, nonché all'interdittiva antimafia. In altre parole, il legislatore ha inteso prevedere una sorta di scala di intensità graduata in cui il controllo giudiziario rappresenta il gradino più basso. In tale ottica, il rischio maggiore era quello di una inevitabile concorrenza tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario, atteso che qualsiasi impresa destinataria di informazione interdittiva antimafia ben avrebbe potuto discrezionalmente bloccarne gli effetti presentando al Tribunale della prevenzione una richiesta di applicazione del controllo giudiziario.

Onde scongiurare - o, quanto, meno, contenere - i rischi sopra segnalati, particolare rilievo deve accordarsi al requisito dell'occasionalità, che deve guidare il Tribunale in ogni scelta inerente la possibile applicazione del controllo giudiziario. Ciò al fine di evitare il verificarsi di situazioni incontrollabili di ricorso generalizzato alla procedura di richiesta del controllo giudiziario, che producano l'inauspicata e paradossale prosecuzione dell'attività di un'impresa "infiltrata" dalla mafia con il sostegno dello Stato (116).

disponga il rinnovo del provvedimento, delibera in camera di consiglio la revoca della misura di sposta ed eventualmente la contestuale applicazione del controllo giudiziario di cui all'art. 34-bis, ovvero la confisca dei beni che si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Alla camera di consiglio partecipano il giudice delegato e il pubblico ministero. Al procedimento si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste dal titolo I, capo II, sezione I, del presente libro. Per le impugnazioni contro i provvedimenti di revoca con controllo giudiziario e di confisca si applicano le disposizioni previste dall'art. 27. 7. Quando vi sia concreto pericolo che i beni sottoposti al provvedimento di cui al comma 1 vengano dispersi, sottratti o alienati, nei casi in cui si ha motivo di ritenere che i beni siano frutto di attività illecite o ne costituiscano l'impiego, i soggetti di cui all'art. 17 possono richiedere al tribunale di disporne il sequestro, osservate, in quanto applicabili, le disposizioni previste dal presente titolo. Il sequestro è disposto sino alla scadenza del termine stabilito a norma del comma 2".

(116) R. DELFINO, M. GERACI, S. RINALDO, E. SQUILLACI, *Art. 34-bis d.lgs. 159/2011 il controllo giudiziario delle aziende*, in CERPEC Centro di ricerca sulle misure di prevenzione e sull'economia della criminalità.

Diversi sono i profili problematici posti dal rapporto tra l'interdittiva antimafia e il "nuovo" controllo giudiziario delle imprese.

Infatti, il comma 6 dell'art. 34-*bis* disciplina l'ipotesi peculiare del c.d. "controllo a richiesta" del soggetto economico cui sia stata applicata la misura dell'interdittiva antimafia da parte del Prefetto, ai sensi dell'art. 84 del codice antimafia, e che l'abbia impugnata, il cui effetto paradigmatico - in caso di accoglimento dell'istanza - è la sospensione dell'interdittiva antimafia stessa.

Si tratta di un modello speciale rispetto al quello previsto al comma 1, e ciò trova conferma nel fatto che il comma 6, cit., nel regolare il controllo a richiesta della parte interessata alla sua applicazione, non fa altro che richiamare nei contenuti parte del comma 1 della disposizione, così evidenziando il *trait d'union* (117) che intercorre tra le due versioni del medesimo istituto, tutto disciplinato nel medesimo articolo. Dunque, il Tribunale, investito dell'istanza di cui al comma 6 dell'art. 34-*bis*, registrata la presenza di un'impugnazione all'interdittiva, è tenuto a scendere nel merito valutando il profilo sostanziale del giudizio, ossia la fisionomia del tipo soggettivo che richiede l'applicazione del controllo, poiché i diversi livelli di contatto con l'entità criminale comportano diversi livelli di intervento prevenzionale.

Nel dare risposta ad un quesito della Prefettura di Catanzaro, il Ministero dell'Interno è intervenuto sui problemi interpretativi e applicativi dell'art. 34-*bis* cit., precisando che il controllo giudiziario, producendo la sospensione dell'informazione antimafia interdittiva, comporta il ritorno "in bonis" dell'impresa senza compromettere le finalità di prevenzione della legislazione amministrativa antimafia. In tale occasione, il controllo giudiziario è stato definito uno "strumento di autodepurazione dalle infiltrazioni criminali" che consente all'impresa ammessa "di continuare ad operare nei rapporti con la pubblica amministrazione" (118).

Il controllo giudiziario "non costituisce un superamento dell'interdittiva antimafia, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza, con l'adozione di un regime in cui l'iniziativa imprenditoriale può essere ripresa per ragioni di libertà di iniziativa e di garanzia dei posti di lavoro, sempre naturalmente in un regime limitativo di assoggettamento ad un controllo straordinario" (119). In altre parole, l'ammissione al controllo non inficia la legittimità dell'informativa in punto di sussistenza del rischio di permeabilità mafiosa, ma rappresenta un "sostegno previsto dall'ordinamento per l'imprenditore che sia marginalmente

(117) F. BALATO, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia*, cit.

(118) V. SALAMONE, *Il sistema della documentazione antimafia - normativa e giurisprudenza*, 27 marzo 2019, in www.giustizia-amministrativa.it, ove viene riportata la Circolare del Ministero dell'Interno, prot. n. 11001/119/20(8)-A del 22 marzo 2018.

(119) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. dist., 30 ottobre 2018, n. 643, in www.giustizia-amministrativa.it.

toccato dai clan e che individualmente (specie in realtà piccole e contaminate e ad economia scarsa) non sia in grado di reagire alla criminalità” (120), attraverso un periodo di sorveglianza che ne garantisca una bonifica.

Di recente, il T.A.R. di Reggio Calabria (121) ha avuto modo di chiarire che non è possibile ipotizzare che la sospensione di cui all’art. 34-*bis*, comma 7, d.lgs. n. 159/2011 abbia efficacia retroattiva al punto da travolgere gli atti legittimamente adottati dall’amministrazione “*quale automatica e doverosa conseguenza dell’informativa interdittiva intervenuta a carico dell’originaria aggiudicataria*”. Tale effetto contrasterebbe con la *ratio* del nuovo istituto, nonché con il tenore letterale della norma che, come già evidenziato, individua un limite temporale (compreso tra uno e tre anni) di durata e collega alla misura la mera sospensione degli effetti dell’interdittiva.

La *ratio* essenzialmente recuperatoria dell’istituto in parola dovrebbe indurre la giurisprudenza a ritenere, più di frequente, legittimo il ricorso al controllo giudiziario, andando via via ad allargarne le maglie sul versante soggettivo, cui, in ogni caso, dovrebbe accompagnarsi un certo rigore quanto all’accertamento dei relativi presupposti, quali la presenza di un’agevolazione e l’occasionalità della stessa, unici profili in grado di assicurare un utilizzo corretto e non distorto di un dispositivo dalla chiara finalità di sostegno. Non a caso, proprio al fine di valorizzare gli effetti dell’istituto, la prassi giurisprudenziale è quella di rinviare il giudizio amministrativo a data successiva alla cessazione della misura di prevenzione “*per non porre nel nulla gli effetti di possibile legalizzazione di imprese marginalmente inquinate*” (122).

9. Conclusioni.

Dalla disamina dell’istituto delle informative antimafia emerge, in modo chiaro ed evidente, la centralità che tale strumento preventivo ha progressivamente assunto nella lotta alla criminalità organizzata nello specifico settore degli appalti e finanziamenti pubblici. In tal senso, emblematica è la recente l. 17 ottobre 2017, n. 161 (123), entrata in vigore il 19 novembre 2017. Per un verso, infatti, la riscrittura dell’art. 34 ha ridato “*slancio e profondità*” (124) al vecchio istituto dell’amministrazione giudiziaria, per altro verso, l’introduzione del nuovo “*controllo giudiziario*” di cui all’art. 34-*bis* ha reso possibile l’adozione di strumenti di bonifica aziendale in alternativa a quelli ablatori

(120) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, ord. 2 aprile 2019, n. 658, in www.giustizia-amministrativa.it, poi richiamata in altre successive pronunce dello stesso T.A.R.

(121) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. dist., n. 643/2018, cit.

(122) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 13 maggio 2019, n. 883, in www.giustizia-amministrativa.it.

(123) Gazz. Uff., 4 novembre 2017, anno 158°, n. 258.

(124) C. VISCONTI, *Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 novembre 2015.

(125), così realizzando un più duraturo compromesso tra gli antitetici interessi in gioco.

Come già detto, l'informativa antimafia costituisce uno dei mezzi più incisivi nella lotta alla criminalità organizzata, anche in ragione dei devastanti effetti che è in grado di produrre nei confronti dell'operatore economico che ne è destinatario, al quale viene precluso di contrattare con la P.A. o di giovare di provvedimenti ampliativi della propria sfera giuridica (126). Sempre delicato è apparso il bilanciamento tra i contrapposti valori costituzionali in rilievo: la libertà economica, intesa anche in termini di salvaguardia del patrimonio economico privato, da un lato, e, dall'altro, la tutela preventiva della sicurezza pubblica, quale bene fondamentale che presidia il principio di legalità sostanziale e il contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Il più profondo limite dell'informazione antimafia va rintracciato nella libertà d'impresa, principio supremo del nostro ordinamento liberale, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost., laddove prevede che l'iniziativa economica privata, libera, *“non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o - secondo un climax assiologico di tipo ascendente - in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”* (127).

In questo quadro, ovvio intendere che, ben prima dell'eventuale vaglio giurisdizionale, un ruolo decisivo viene svolto dal Prefetto, chiamato a garantire in concreto quel delicato equilibrio tra i valori parimenti rilevanti, mediante una valutazione discrezionale attentamente ponderata, che tenga conto di tutti gli interessi in gioco, nel rispetto della chiara volontà del legislatore.

L'intento del legislatore è quello di limitare quanto più possibile l'approdo giurisdizionale dei provvedimenti interdittivi antimafia e ciò traspare dall'ampiezza dei poteri conferiti all'Autorità prefettizia (128), cui spetta di valutare se, sulla base del compendio istruttorio acquisito, sussista, nella fattispecie concreta, il rischio che la gestione imprenditoriale sia condizionata da organizzazioni di stampo mafioso o, addirittura, agevoli attività criminali (129).

La specifica natura del giudizio formulato impone, dunque, una valutazione il più possibile attenta e scrupolosa, svolta con l'ausilio di peculiari cognizioni di tecnica investigativa, che garantiscano un corretto utilizzo dello strumento in esame. Ne discende che l'attività istruttoria e valutativa del Pre-

(125) K. TASSONE, *La costante riforma del codice antimafia: un cantiere aperto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2019.

(126) M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm*, n. 3-2016, in www.giustamm.it.

(127) Cons. St., sez. III, n. 758/2019, cit.; si v., al riguardo, Relazione sull'attività del T.A.R. Calabria, sede di Catanzaro, a cura del Presidente V. SALAMONE in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2019, cit.

(128) Cfr. G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, cit.

(129) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 gennaio 2019, n. 40, cit.

fetto dev'essere scevra da logiche presuntive o fondate sul mero sospetto; per di più, si impone una omogeneizzazione dei criteri di indagine dell'autorità prefettizia, poiché, laddove situazioni simili venissero valutate diversamente a seconda dell'Autorità che le adotta o della zona territoriale di riferimento, si finirebbe per trasformare le interdittive in misure discriminatorie.

Del resto, trattandosi di una valutazione tecnica, il giudice amministrativo non può sindacare l'apprezzamento che il Prefetto ha fatto dei singoli elementi, essendogli riservata, unicamente, la possibilità di valutare la sussistenza nel caso concreto della fattispecie prevista dalla legge e di formulare un giudizio di logicità e congruità con riguardo sia alle informazioni acquisite, sia alle valutazioni che il Prefetto ne abbia tratto. Il Giudice amministrativo è chiamato a svolgere un esame approfondito degli elementi sintomatici, singolarmente e nel loro insieme, nella loro intima connessione, onde assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro ogni eventuale eccesso di potere da parte del Prefetto nell'esercizio di tale ampia, ma non indeterminata, discrezionalità amministrativa.

È evidente che una sempre più attenta, puntuale e scrupolosa istruttoria prefettizia sarebbe idonea a ridurre notevolmente il ricorso alla tutela giurisdizionale, che - in questo senso - assumerebbe un ruolo residuale e di *extrema ratio*, garantendo, al contempo, la libera concorrenza fra le imprese.

L'interdittiva antimafia, proprio perché incide negativamente sulla capacità contrattuale di un'azienda, rappresenta un momento critico dell'attività economica dell'impresa stessa, ragion per cui - a fronte delle statistiche formulate di recente (130), che attestano una forte marginalizzazione economica di alcune regioni -, se ne auspica un utilizzo moderato e rispettoso del massimo temperamento dei citati antitetici interessi sottesi, che impongono estremo rigore nel relativo procedimento di adozione.

Solo così potrà dirsi assicurato quel delicato equilibrio tra la tutela preventiva della sicurezza pubblica e la salvaguardia del patrimonio economico privato.

(130) Relazione sull'attività del T.A.R. Calabria, sede di Catanzaro, a cura del Presidente V. SALAMONE in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2019, ove si legge chiaramente che, se da un lato "il numero delle interdittive rispetto ai procedimenti avviati per la verifica del condizionamento da parte di organizzazioni criminali delle attività imprenditoriali corrisponde a una percentuale estremamente marginale (al di sotto dell'1%)", d'altra parte "va dato atto che si tratta di uno strumento efficace di contrasto di un fenomeno che ha determinato, in particolare per la Regione Calabria, una forte marginalizzazione economica, tanto da farne la Regione più povera d'Italia, del tutto esclusa dai flussi di investimento fortemente scoraggiati dal timore che non sussistano in questo contesto territoriale le condizioni di garanzia dell'effettiva concorrenzialità e quindi di libertà dell'iniziativa economica privata". In tale occasione è stato ribadito che la Calabria è ormai totalmente esclusa dai flussi di investimento per il timore che non sussistano in questo contesto territoriale "le condizioni di garanzia dell'effettiva concorrenzialità e quindi di libertà dell'iniziativa economica privata".

Brevi riflessioni sull'atto di ritiro delle dimissioni del sindaco comunale anche alla luce dei potenziali parallelismi con gli effetti propri della questione di fiducia apponibile dal Governo nazionale

*Antonio Mitrotti**

Lo scorso 21 luglio 2018 il Sindaco del Comune di Montefalcone nel Sannio (Provincia di Campobasso) depositava, presso l'Ufficio del Protocollo comunale, l'atto di dimissione dal proprio incarico elettivo.

Si è trattato, in particolare, di sentite dimissioni, giunte ad epilogo di una tormentata crisi *extra consiliare*, la cui lettera citava - in maniera incontrovertibile - la dicitura di "dimissioni irrevocabili".

Eppure il successivo 10 agosto - ossia a distanza dei fondamentali venti giorni concessi *ex lege* per il ritiro dell'iniziale rassegnazione delle dimissioni - veniva depositato, presso il medesimo e suindicato Ufficio di protocollo, l'atto di "revoca delle dimissioni originariamente irrevocabili del Sindaco".

Al di là dell'episodio contingente, non sono infrequenti, sfortunatamente, i casi di Sindaci comunali italiani che abbiano ritirato - ed addirittura per ben due volte all'interno di uno stesso mandato - (sebbene si parli più comunemente nel gergo giornalistico, ed in maniera del tutto impropria ed atecnica, di "revoca") le proprie iniziali dimissioni, originariamente presentate, però, proprio come "irrevocabili" (1): concedendo, purtroppo, così il fianco alle, pur necessarie, puntualizzazioni giuridiche - sotto il profilo del diritto pubblico - della 'fuorviante' prassi amministrativa, con riguardo, più esattamente, alle doverose ed indispensabili precisazioni inerenti alle imbarazzanti sbavature

(*) Già praticante forense presso l'Avvocatura dello Stato, Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Teramo, abilitato all'esercizio della professione forense.

Il presente contributo vuole costituire un'analisi tecnica di commento critico - sotto il profilo squisitamente giuridico - alla peculiare fattispecie concreta della "revoca delle dimissioni irrevocabili" del Sindaco del Comune di Montefalcone nel Sannio (Provincia di Campobasso); posto che si è verificata una piuttosto peculiare, sebbene sfortunatamente non infrequente, fase della vita istituzionale delle Autonomie locali italiane: a fronte del rituale deposito - presso il protocollo comunale - della rassegnazione delle dimissioni del Sindaco comunale - con la dicitura (per il vero tecnicamente impropria) dell'irrevocabilità - si è assistito, in un secondo momento, alla revoca, *in limine* (ovverosia entro il termine "sospensivo" dei 20 giorni previsti dall'art. 53 del D.lgs. del 18 agosto 2000, n. 267 e necessari affinché l'atto dimissionario acquisti efficacia) delle dimissioni "originariamente irrevocabili".

Per una migliore precisazione sui termini del dibattito politico, sia consentito il rinvio ad A. MITROTTI, *Le dimissioni "irrevocabili" del Sindaco*, in *Quotidiano Legale*, 13 agosto 2018. Ancora più di recente A. MITROTTI, *Sulla revoca delle "dimissioni irrevocabili" di un sindaco*, in *Astrid Rassegna*, n. 12/2018.

(1) Illuminante quanto brillantemente ricostruito in M. CERRONI, *Uno studio della prassi delle autonomie locali: lo scioglimento anticipato dei Consigli comunali*, in *Federalismi.it*, n. 20/2011, 19 ottobre 2011.

amministrative verificatesi, e non di rado, in occasione delle “dimissioni irrevocabili” e poi, effettivamente, revocate *in limine*; proprio come accaduto, appunto, nel caso in commento.

Per queste ragioni appariva più che utile sottolineare gli opportuni chiarimenti in merito ad un istituto tanto diffuso quanto poco approfondito in dottrina come quello del ritiro delle dimissioni del Sindaco comunale (2).

Appare preliminare, innanzitutto, fare chiarezza sul distinto significato fra l'atto di ritiro di un provvedimento e la decisione di revoca di un atto amministrativo (3).

Se la decisione di revoca costituisce, infatti, un provvedimento in autotutela ad effetti eliminatori, con efficacia *ex nunc* (vale a dire un vero e proprio provvedimento di secondo grado, non retroattivo (4)), l'atto di ritiro viene, piuttosto, posto in essere allorché l'originario provvedimento oggetto del ritiro non sia ancora divenuto giuridicamente efficace (5); con l'eliminazione (*ex tunc*) dell'atto ritirato, e prima ancora, cioè, che esso abbia potuto iniziare a produrre concretamente degli effetti giuridici.

È il caso, ad esempio, di quanto propriamente accade con il provvedimento di ritiro dell'atto dimissionario del Sindaco comunale, contemplato dall'articolo 53 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.), che, segnatamente, dispone che: «*le dimissioni presentate dal Sindaco [...] diventano efficaci ed irrevocabili trascorso il termine di 20 giorni dalla loro presentazione al Consiglio [...]»*.

Si tratta, è bene precisare, di una disposizione - che, per il vero, ha recepito quanto a suo tempo già prescritto dall'art. 37 *bis* della L. 8 giugno 1990, n. 142 (6) - particolarmente importante - specie nell'ottica di quanto disposto ex art. 51 Cost. - per l'autonomia della carica elettiva del Sindaco comunale, nonché, più in generale, per la vita istituzionale delle Autonomie locali, proprio perché il legislatore ha avuto il merito, con questa norma, di aver spazzato via ogni residuo dubbio e problematicità interpretativa attinente all'esatta efficacia sottesa all'atto dimissionario del Sindaco comunale, stabilendo, appunto, che le dimissioni non siano produttive di alcun effetto immediato ma, piuttosto, acquistino efficacia soltanto decorsi venti giorni dalla loro protocollazione (7).

(2) Si veda, più diffusamente, sul generale tema proprio della carica del Sindaco, nonché delle cause della sua cessazione, N. LAUDISIO, *Le elezioni amministrative negli enti locali*, Ravenna, 2014, pp. 26-30.

(3) Per degli utili approfondimenti S. TARULLO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, 2017, pp. 327-337.

(4) B.G. MATTARELLA, *Il Provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 2012, pp. 381-387.

(5) In dottrina si veda, *ex multis*, S. TARULLO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, 2017, pp. 337 ss.

(6) Appare encomiabile, sul punto, quanto brillantemente ed efficacemente ricostruito in M. CERRONI, *Uno studio della prassi delle autonomie locali: lo scioglimento anticipato dei Consigli comunali*, in *Federalismi.it*, n. 20/2011, 19 ottobre 2011.

In particolare, la *ratio* della suindicata disposizione - prescrivente, appunto, la vera e propria posticipazione tanto dell'efficacia delle dimissioni (rispetto alla data di presentazione, *rectius* di protocollazione) quanto, soprattutto, della loro stessa irrevocabilità - sta nella precisa volontà del legislatore di assegnare al titolare del potere di porre in essere l'atto dimissionario un congruo e prezioso lasso di tempo funzionale alla migliore ponderazione delle conseguenze connesse alle dimissioni: il che, per altro, rende concretamente possibile e praticabile la stessa ritrattazione dell'atto dimissionario inizialmente rassegnato dal Sindaco, così, dunque, da andare inevitabilmente a trasformare (indirettamente) l'istituto delle dimissioni del Sindaco comunale come un vero e proprio importante, quanto piuttosto subdolo, "strumento politico" per serrare i ranghi di fronte ad ogni pericolosa e potenziale crisi consigliare (od *extra* consigliare), nonché per "rinsaldare" la stessa maggioranza di governo comunale di fronte ai presumibili ripensamenti, ed ai repentini mutamenti, discendenti dalle relazioni politiche tra il 'dimissionario' Sindaco e la maggioranza del Consiglio comunale, nonché, in termini ancora più generali, con la stessa opinione pubblica (8).

Pertanto, sotto il profilo squisitamente tecnico, le dimissioni del Sindaco comunale - è bene rimarcare ulteriormente - non sono produttive di effetti immediati, né potrebbero mai dirsi assolutamente irrevocabili sino al momento in cui non decorresse il termine dei venti giorni (fissato dal T.U.E.L. all'art. 53) dalla loro iniziale rassegna al Consiglio: sicché prima di quel fatidico termine al Sindaco non è dato tecnicamente, in alcun modo, di revocare il proprio atto dimissionario, quanto semmai - essendo le dimissioni prive di effetto - la sola (e politicamente preziosa) possibilità di ritirarlo.

A maggior ragione, poi, non si potrebbe mai correttamente parlare, dunque, di una "irrevocabilità delle dimissioni originariamente rassegnate", né tanto più si potrebbe mai alludere alla revoca di un provvedimento non efficace e neppure ancora formalmente davvero 'irrevocabile' *ex lege*.

Il provvedimento di revoca, come già scritto, è un provvedimento amministrativo di secondo grado che va ad incidere, presupponendolo, sull'efficacia di un atto amministrativo di primo grado: pertanto - nel caso delle dimissioni del Sindaco comunale - posto che l'atto dimissionario diventa efficace soltanto successivamente al trascorrere di venti giorni dalla sua iniziale rassegna, è scorretto parlare di revoca, quanto semmai occorrerebbe utilizzare la (distinta) categoria del 'ritiro' delle dimissioni, inefficaci.

Al di là dell'onestà intellettuale, dunque, non si può, e non si deve, parlare

(7) Per degli utili approfondimenti appaiono preziosi i riferimenti ad A. TRAVI, *Dimissioni nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 85; E. MAGGIORA, *Le dimissioni dalla carica di Consigliere, di Sindaco e di Assessore*, in *L'Amministrazione italiana*, n. 9/1996, pp. 1221 ss.

(8) Davvero interessante è quanto recentemente ricostruito e sviluppato da F. PINTO, *Politica e contatti: una anomalia italiana*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018, 23 maggio 2018.

di una ‘irrevocabilità’ delle dimissioni del Sindaco prima del termine dei venti giorni dalla loro concreta rassegna.

Primo perché "irrevocabile", dizionario alla mano, vuol dire - unicamente - “non revocabile”; secondo, e ancora più significativo, perché l'atto dimissionario diventa tecnicamente davvero irrevocabile allorché trascorrano venti giorni dalla sua iniziale rassegna al Consiglio comunale (9): sicché prima di quel fondamentale momento non solo le dimissioni non sono irrevocabili ma costituiscono un atto amministrativo improduttivo di effetti giuridici, che, pertanto, potrebbe soltanto essere ritirato dal Sindaco dimissionario.

Occorre, altresì, soffermarsi su di un altro significativo aspetto proprio del termine (di venti giorni) sospensivo dell'efficacia e della stessa irrevocabilità delle dimissioni del Sindaco comunale.

Appare interessante, infatti, mettere in luce - sotto il profilo dei meccanismi di ingegneria costituzionale (*ex art. 117, comma 2, lett. p, Cost.*; che demanda la relativa competenza al legislatore statale) della forma di governo comunale (così come attualmente contemplato dal D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, T.U.E.L.) - come venga ad assumere un significato ‘politico’ assolutamente peculiare e dirimente il lasso di tempo dei venti giorni sospensivo dell’atto dimissionario e significativamente funzionale alla migliore ponderazione delle concrete conseguenze discendenti dalle dimissioni del Sindaco comunale: ovverosia, più precisamente, lo scioglimento del Consiglio comunale, con il ritorno a nuove elezioni; secondo il classico principio del *simul stabunt simul cadent* (10).

La forma di governo dei Comuni italiani, infatti, ha costituito, come sarà noto, nel nostro Paese il primo vero esempio basato sull’investitura popolare diretta del capo dell’Esecutivo (così come, per il vero, introdotto, già, con legge del 25 marzo 1993, n. 81), con la consacrazione di un inscindibile legame istituzionale tra il mandato elettivo del Sindaco comunale e la contestuale carica dell’Assemblea rappresentativa, ovverosia il Consiglio comunale; il che secondo uno schema mutuato, invero, dalla forma di governo neoparlamentare sperimentata in Israele con scarso successo (11).

(9) Per degli ulteriori approfondimenti si veda, *ex multis*, V. ITALIA - E. MAGGIORA, *Manuale del Consigliere. Guida alle norme che regolano l'attività del Consigliere comunale e provinciale*, Milano, 2011.

(10) Per una lucida e sintetica illustrazione sul tema della forma di governo degli Enti comunali si veda, *ex multis*, R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, pp. 308-310.

(11) La letteratura sviluppata sul punto può dirsi davvero ampia, si vedano soltanto, e senza alcuna pretesa di esaustività, T.E. FROSINI, *L'elezione diretta dei sindaci, dieci anni dopo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 marzo 2003; G. ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2009, pp. 171-180; T. GROPPi - A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del Diritto Pubblico e delle sue fonti*, Torino, 2013, p. 211; L. MEZZETTI, *Diritto costituzionale. Manuale breve*, Milano, 2013, p. 14; G. GARDINI - L. VANDELLI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 215-216; ancora più di recente F. PINTO, *Diritto degli enti locali*, Torino, 2016, pp. 113-115 (in cui l'Autore parla, invero, di un “Modello peculiare con tendenza monocratica”); P. SABBIONI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2018, pp. 222 ss.

Ebbene, a ben riflettere, nell'assetto della forma di governo comunale l'istituto delle dimissioni del Sindaco ed il suo connesso termine sospensivo di efficacia ed irrevocabilità - con la concreta e molto spesso praticata possibilità del ritiro - viene, surrettiziamente, a produrre degli effetti latamente ed "impropriamente" riconducibili a quelli tipici della questione di fiducia che il Governo nazionale può porre sui provvedimenti che richiedano l'approvazione parlamentare (12); con, tuttavia, delle significative e pregnanti, naturali, differenze.

Se, infatti, alla questione di fiducia si applicano regole analoghe a quelle contemplate dalla Costituzione e dai regolamenti parlamentari per la mozione di sfiducia (con la pregnante conseguenza, fra le altre, del voto per appello nominale), l'istituto delle dimissioni del Sindaco - e l'atto di ritiro entro il termine sospensivo dei venti giorni previsto dal T.U.E.L. (ex art. 53) - non è sottoposto ad alcuna rigida regolamentazione, potendo, al più, involgere le generali scelte dell'indirizzo politico del Sindaco come finanche non avere ad oggetto alcuna vera questione attinente al perseguimento degli obiettivi programmatici del governo comunale; vige sul punto una libertà assoluta del Sindaco.

Naturalmente la vera grande differenza - al di là della diversa estensione e regolamentazione dei due diversi istituti - sta nel fatto che con la questione di fiducia viene espresso 'positivamente' il voto - e per appello nominale - dell'Assemblea parlamentare, mentre con le dimissioni del Sindaco, piuttosto, il Consiglio comunale assume un ruolo passivo, "in negativo" ed indiretto sulle sorti dell'eventuale atto di ritiro delle dimissioni: sta di fatto che negli effetti i due istituti sembrerebbero molto simili nel consentire all'Esecutivo la possibilità di serrare i ranghi e rinsaldare la maggioranza di governo (fermo restando, naturalmente, che nella distinta forma del governo parlamentare non è applicato il principio del *simul-simul*).

Quel che, in ogni caso, è strano, e che meriterebbe un serio ripensamento in sede legislativa, è che in una forma di governo neoparlamentare (13) (caratterizzata, cioè, da un inscindibile legame 'esistenziale' tra Esecutivo ed Assemblea rappresentativa, per il perseguimento delle imprescindibili finalità di stabilità di governo) non esista alcun strumento di razionalizzazione e di effettivo controllo sull'atto di ritiro delle dimissioni del Sindaco: non essendo affatto scontato, infatti, che il ritiro dell'atto dimissionario del Sindaco coin-

(12) Sulle potenziali analogie nonché sulle possibili connessioni con la "fiducia-ricatto" appare utile il rinvio a quanto recentemente ricostruito da A. RAZZA, *Note sulla "normalizzazione" della questione di fiducia*, in *Rivista Aic*, n. 3/2016.

(13) Per un'approfondita analisi sulle dimissioni del Presidente della Regione e sui relativi effetti nell'ambito della forma di governo regionale appare significativo rimandare a M. STAS, *Dimissioni del Presidente della Regione, interruzione anticipata della legislatura e forma di governo ad elezione diretta, «contestuale e consonante»*, in *Le Regioni*, n. 1/2011, pp. 57-94.

cida effettivamente, nei fatti, con un vero e concreto rinsaldamento tra le fila della maggioranza; tanto è vero che - come già sopra sottolineato - non sono mancati i casi in cui i Sindaci comunali italiani abbiano abusato di quest'istituto, avendo più volte rassegnato e poi ritirato le proprie dimissioni all'interno di uno stesso mandato e senza, per altro, la responsabilità dell'obbligo di alcuna motivazione dinanzi al Consiglio comunale e, più in generale, nei confronti dell'opinione pubblica.

Proprio nel caso in commento, per esempio, a motivazione del provvedimento di ritiro delle "dimissioni originariamente irrevocabili" è figurato, agli atti, il ritrovamento da parte del Sindaco del metodo di velocità, di organizzazione e competenza che pare avesse smarrito nel frattempo; probabilmente a causa delle frizioni connesse alle divisioni interne alla maggioranza consigliare, nonché ai possibili malumori dell'opinione pubblica.

È evidente, in questo caso, come si sia assolutamente trattato di una motivazione (di stile) del tutto esulante dalle fondamentali questioni effettivamente necessarie per il perseguimento degli obiettivi programmatici di un governo comunale, tanto più che, e oramai da diverso tempo, esiste nel diritto pubblico - a norma dell'art. 4 del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 - una fondamentale distinzione fra politica ed amministrazione (14), secondo cui, cioè, gli organi di Governo sono titolari dell'esercizio di funzioni d'indirizzo politico mentre spetta ai dirigenti (e non evidentemente al Sindaco ed al Consiglio comunale) il compito della concreta gestione, organizzazione e controllo amministrativo.

Ancora una volta, pertanto, si è fatto un abuso dell'atto di ritiro delle dimissioni del Sindaco comunale, in un senso che va in modo assolutamente contrario alla stessa *ratio* sottesa, in via generale, alla peculiare forma di governo comunale nonché, in particolare, alla disposizione di cui all'art. 53 T.U.E.L.: la stabilità del governo comunale, infatti, non può dirsi essere davvero garantita allorché il ritiro delle dimissioni del Sindaco non sia, in qualche maniera, 'controllabile' dall'Assemblea rappresentativa sottoposta alle sollecitazioni politiche ed istituzionali del vertice dell'Esecutivo comunale; il che

(14) La letteratura sul rapporto tra politica ed amministrazione nell'ordinamento italiano è davvero troppo ampia per poter essere qui richiamata con delle pretese di esaustività, si vedano soltanto, *ex multis*, A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1975; S. CASSESE, *L'Amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1976; M. D'ALBERTI (a cura di), *L'alta burocrazia*, Bologna, 1994. Ancora più di recente, A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza*, Napoli, 2002; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, 2006; S. BATTINI, *La distinzione tra politica e amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, pp. 184-186, Milano, 2012; sia, altresì, consentito il rinvio a quanto recentemente ricostruito in A. MITROTTI, "Lo strano caso di una Regione cessionaria nel trasferimento d'azienda privata (ex art. 2112 c.c.)" e l'inevitabile declaratoria d'incostituzionalità per violazione (elusione) della disposizione di cui all'art. 97 Cost., in *Astrid Rassegna*, n. 5/2018.

in un'ottica, per altro, tanto di *accountability* (15) del mandato elettivo del Sindaco comunale quanto, per di più, del necessario rispetto del fondamentale principio di leale collaborazione (16) tra gli Organi di governo comunali.

Vero è che il Consiglio comunale potrebbe, in ogni caso, far valere gli eventuali profili della responsabilità politica del Sindaco con una mozione di sfiducia (*ex art.* 52 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, T.U.E.L.): ma ciò non toglie, sicuramente, che, nei delicati equilibri dei rapporti tra organi legati dal principio del *simul-simul*, al Consiglio comunale manchino, ad oggi, degli idonei mezzi e strumenti giuridici per 'contrappesare' gli effetti politici sottesi all'atto di ritiro delle dimissioni del Sindaco; il che specie se considerato alla luce dei casi in cui il ritiro delle dimissioni sia diventato pressoché 'cronico', ossia manifestamente utilizzato come una sorta di 'generica questione di fiducia personale' sul proprio mandato elettivo; una fiducia da poter 'sempre' tralattivamente ottenere dal Consiglio comunale con la prospettazione ('ricatto') del ritorno al voto, conseguente alle proprie dimissioni dall'incarico elettivo di Sindaco comunale.

(15) «Nella prospettiva di un progressivo decentramento delle funzioni e delle risorse dell'amministrazione centrale, diventa sempre più rilevante la necessità per i Comuni di tenere sotto controllo le scelte di gestione attuate, le risorse utilizzate e i risultati conseguiti. L'elezione diretta del Sindaco, la scelta da parte di questi della squadra di governo, la sostanziale stabilità assicurata alle giunte, pongono le amministrazioni locali di fronte a nuove responsabilità nella rendicontazione dei risultati ottenuti», in questi termini U. COMITE, *Evoluzioni economico - aziendali delle nuove forme di rendicontazione extracontabile negli enti locali. Il Bilancio Sociale di Mandato*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it - sezione Autonomie locali. Appare, per altro, particolarmente significativa la nota 3, ivi citata, in cui l'Autore puntualizza proprio come i cittadini siano (detto in maniera atecnica, sebbene particolarmente evocativa) i «*proprietari*» delle istituzioni pubbliche, posto che da contribuenti forniscono concretamente le risorse economiche e da elettori delegano ai propri rappresentanti il potere della loro migliore e concreta gestione.

(16) Preme evidenziare come la migliore dottrina sia tuttora sostanzialmente divisa in merito all'esatta individuazione della decisiva decisione con cui la Corte costituzionale ha per la prima volta affermato la dignità costituzionale nonché la necessità del fondamentale rispetto del principio della leale collaborazione tra Enti autonomi territoriali: un primo indirizzo, segnatamente, individuerrebbe l'origine giurisprudenziale del principio nella sentenza del 25 luglio 1984, n. 219 della Corte costituzionale (in questo senso S. BARTOLE, *La Corte costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 3/1988, pp. 563-589; R. BIN, *La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n. 2/2008, pp. 34-41), per altra parte della dottrina, invece, l'originaria matrice giurisprudenziale del principio sarebbe, piuttosto, da rinvenire nella sentenza del 14 luglio 1976, n. 175 della Consulta (su questa posizione si confronti M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, n. 5/1994, pp. 1313-1336), per altra autorevole parte della dottrina, ancora, il principio di leale cooperazione istituzionale sarebbe da ricercare nelle argomentazioni della risalente pronuncia del 23 novembre del 1967, n. 116 della Corte costituzionale (sul punto, in particolare, A. ANZON DEMMING, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, pp. 139 ss.), mentre secondo un ulteriore, ed ultimo, indirizzo il principio della leale collaborazione sarebbe stato per la prima volta affermato già con la risalente sentenza del 14 luglio 1958, n. 49 della Consulta (in questo senso A. COSTANZO, *Aspetti problematici delle intese fra Stato e Regione*, in *Diritto e società*, n. 3/1983, pp. 437-453).

Invero, sarebbe molto più coerente con la *ratio* dell'effettiva stabilità del governo comunale se il legislatore statale introducesse degli idonei e molto seri meccanismi che permettessero al Consiglio comunale di "controllare" effettivamente il ritiro dell'atto dimissionario del Sindaco: magari, ad esempio, con il riconoscimento del (controbilanciato) potere di adozione di una delibera consigliare di 'rigetto' dell'atto di ritiro delle dimissioni rassegnate come "originariamente irrevocabili".

Una soluzione, questa suindicata, che, in conclusione, non sembrerebbe, del resto, essere troppo lontana dalle scelte di politica legislativa del T.U.E.L., posto che all'art. 52 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - rubricato "*Mozione di sfiducia*" - si è avvertita, comunque, l'espressa necessità di prescrivere esplicitamente che: «*Il voto del Consiglio comunale [...] contrario ad una proposta del Sindaco [...] non comporta le dimissioni [...]*».

Basterebbe, forse, prevedere semplicemente una debita - quanto auspicabile - eccezione alla suindicata disposizione, proprio per i casi (*ictu oculi* impropriamente 'abusati') di ritiro dell'atto delle dimissioni del Sindaco comunale, che, sfortunatamente, sempre più spesso, come evidenziato, vengono 'solennemente' rassegnate come originariamente "irrevocabili", sebbene per delle finalità propriamente riconducibili a quelle tipiche di una 'questione di fiducia', più che all'effettiva e reale volontà di dimettersi.

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Chiarezza e concisione degli atti giuridici

*Michele Gerardo**

SOMMARIO: 1. Precisazione terminologica ed introduzione - 2. Disciplina normativa. Norma giuridica - 3. Disciplina normativa. (segue) Provvedimento amministrativo - 4. Disciplina normativa. (segue) Sentenza ed atti prodromici - 5. Disciplina normativa. (segue) Negozio giuridico - 6. Disciplina normativa. (segue) Dichiarazione di scienza - 7. Richiamo ai caratteri della chiarezza e sinteticità nel momento storico attuale. Aspetti generali e problematiche connesse agli atti normativi - 8. Richiamo ai caratteri della chiarezza e sinteticità nel momento storico attuale. (segue) Problematiche connesse al provvedimento amministrativo - 9. Richiamo ai caratteri della chiarezza e sinteticità nel momento storico attuale. (segue) Problematiche connesse alla sentenza e agli atti prodromici - 10. Considerazioni finali.

1. Precisazione terminologica ed introduzione.

In via preliminare va fatta una precisazione in ordine all'oggetto dello studio. Tecnicamente atto giuridico è qualsivoglia atto umano consapevole e volontario che abbia rilevanza per il diritto (1); anche l'omicidio è un atto giuridico e precisamente un atto illecito (mero atto giuridico).

Ai fini del presente lavoro si farà riferimento a particolari tipologie di atti giuridici: atti normativi, atti amministrativi, atti giudiziari, atti negoziali e dichiarazioni di scienza.

Gli atti giuridici - norma giuridica, provvedimento, sentenza, negozio giuridico, dichiarazioni di scienza e loro atti prodromici - sono connotati da specifici requisiti.

Tra questi quelli della chiarezza e della concisione (2).

(*) Avvocato dello Stato.

(1) *Ex plurimis*: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, XVI edizione, 2013, p. 83; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, II edizione, Giuffrè, 2000, p. 16.

La chiarezza di un atto, di un discorso o di una esposizione implica, giusta il significato corrente, lucidità, ordine, evidenza, comprensibilità, intelligibilità. La chiarezza dell'atto - nell'ordinamento giuridico italiano - implica altresì l'utilizzo normale della lingua italiana, potendosi ricorrere ad espressioni in lingua straniera solo se di uso comune (*arg. ex art. 7, comma 2, D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, recante il Testo unico in materia di documentazione amministrativa*).

Come tale, la chiarezza è contrapposta alla confusione, all'ambiguità, alla tortuosità.

La concisione di un atto, di un discorso o di una esposizione significa, giusta il significato corrente, sinteticità, stringatezza, essenzialità sulle questioni rilevanti.

Il contrario di concisione è lungaggine, ampollosità, ridondanza, logorrea, verbosità, prolissità. Concisione non implica necessariamente brevità dell'atto; può venire in rilievo un atto - ad esempio una sentenza definitiva di un giudizio con numerose parti, con svariate questioni pregiudiziali e/o preliminari e complessità nel merito con cumulo di domande - nel quale necessariamente il contenuto è "lungo" e non "breve" (3). Inoltre la concisione trova il suo limite nella inintelligibilità; se la concisione conduce ad un atto "oscuro", non chiaro sulle questioni rilevanti, occorre integrare i dati rappresentativi affinché l'atto sia reso intelligibile al destinatario. Eraclito, campione della concisione, non a caso era definito "l'oscuro".

In vari testi normativi si richiede che l'atto sia redatto in modo chiaro, ma anche a prescindere da una previsione espressa quello della chiarezza è un requisito di esistenza, o quanto meno di funzionalità, di un atto. Perché un atto realizzi la sua funzione (prescrittiva nella norma giuridica; dispositiva nel provvedimento, sentenza e negozio giuridico; partecipativa nella dichiarazione di scienza) il suo contenuto deve essere, intuitivamente, chiaro. Ove l'atto non sia chiaro le conseguenze possono essere: la nullità (4), se l'atto sia inintelligibile; la riduzione della sua efficacia giuridica, se l'atto sia parzialmente inintelligibile.

La concisione attiene al modo di esporre. L'atto non conciso, quindi ridondante, inevitabilmente vede ridotta la propria capacità persuasiva, argomentativa. La mancanza di concisione non determina, di per sé sola, la nullità.

Un atto può essere:

- chiaro e conciso;

(2) Su tali problematiche: G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, 2018 (con particolare riguardo alle sentenze).

(3) In tal senso anche A. PANZAROLA, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., p. 131.

(4) Sanzione enucleabile: dagli artt. 1325, n. 3 e 1418, comma 2, c.c. per il contratto; dall'art. 21-septies, comma 1, L. 7 agosto 1990, n. 241 per il provvedimento; art. 164, comma 4, c.p.c. per gli atti processuali di parte; art. 156, comma 2, per gli atti processuali del giudice.

- non chiaro e conciso;
- chiaro e non conciso;
- non chiaro e non conciso.

Affinché l'atto adempia alla sua funzione e sia altresì persuasivo ed efficace, va scelta la combinazione "chiaro e conciso". In tale contesto chiarezza e sinteticità - intese nel loro significato corrente - costituiscono di norma un'endiadi (5), aspetti complementari rispetto alla piena ed adeguata funzionalità dell'atto. All'evidenza, un testo ridondante fa perdere chiarezza.

Vuol dirsi che l'atto, in ordine a tutti i suoi requisiti di forma-contenuto, deve essere sia chiaro sia essenziale.

2. *Disciplina normativa.*

Norma giuridica.

La norma giuridica, la fonte del diritto (6) ha - quale carattere ontologico - quello di prescrivere ed infatti rientra nella categoria generale delle proposizioni prescrittive. Come proposizione essa è un insieme di parole aventi un significato; come prescrizione ha un contenuto che consiste nel dare comandi, consigli, raccomandazioni, avvertimenti, sì da influire sul comportamento altrui e modificarlo (7).

La norma giuridica dovrebbe avere un contenuto assiomatico, senza necessità di motivare (8).

Per realizzare la sua funzione la norma giuridica deve essere chiara e sintetica.

Ove fosse non chiara - e quindi: oscura, confusa - la norma non potrebbe orientare il comportamento dei consociati. In particolare, quando la norma di-

(5) Così G. PARODI, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., p. 117.

(6) Per un quadro d'insieme sulla materia delle fonti del diritto si richiamano *ex multis*: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II volume, CEDAM, V edizione, 1984, pp. 1 e ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, III edizione, 1984, pp. 49 e ss.; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, VIII edizione, 2007, pp. 277 e ss.; A. BARBERA - C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, il Mulino, II edizione, 2014, pp. 101 e ss.; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, 1960, pp. 25 e ss.; F. MODUGNO, voce *Fonti del Diritto* in *Digesto*, 2010; M. LUCISANO, voce *Fonti del Diritto* in *Il diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24Ore*, 2007, vol. 6, p. 469. Corollario della qualificazione di fonte del diritto è l'applicazione di una serie di principi, tra cui: a) *iura novit curia*; b) *ignorantia legis non excusat*; c) necessità della pubblicazione nei modi ufficiali previsti dall'ordinamento giuridico; d) applicazione dell'art. 12 delle preleggi, in materia di interpretazione; e) la violazione e falsa applicazione della norma giuridica è censurabile in sede di legittimità (artt. 360, co. 1, n. 3, c.p.c. e 606, co. 1, lett. b, c.p.p.).

(7) Su tali temi: N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, 1958, pp. 71-122.

(8) Conf. art. 3, comma 2, L. 7 agosto 1990, n. 241 secondo cui "*La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale*". Fanno eccezione gli atti normativi dell'Unione Europea per i quali l'art. 296, comma 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea stabilisce che "*Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati*".

sciplina i rapporti con la Pubblica Amministrazione, la chiarezza è uno degli antidoti per contrastare la corruzione e l'illegalità: dove vi è opacità prescrittiva, è facile che possano esservi condotte illecite dei funzionari pubblici.

La sinteticità è coesistente al carattere prescrittivo. Dovendo prescrivere - e non convincere - la norma deve essere essenziale, senza fronzoli.

I caratteri ora detti sono sottolineati nelle norme e circolari dello Stato, di Regioni e di enti territoriali che orientano la qualità della regolazione, le tecniche di redazioni degli atti normativi (9).

L'ideale, risalente all'illuminismo, è quello della legge chiara, precisa, completa e comprensibile dai cittadini.

3. *Disciplina normativa.*

(segue) *Provvedimento amministrativo.*

Il provvedimento amministrativo è l'atto con il quale la pubblica amministrazione dispone in ordine agli interesse pubblici di cui è attributaria, all'esito della ponderazione comparativa di tutti gli interessi compresenti nella vicenda, operando la scelta migliore di tutela (10).

La disciplina della forma-contenuto del provvedimento è rinvenibile nell'art. 3 della L. n. 241/1990, avente ad oggetto la motivazione del provvedimento (11). Tale disposizione così recita: "*1. Ogni provvedimento ammini-*

(9) *Ex plurimis*: Circolare 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/10888/9.92 della Presidenza del Consiglio dei Ministri avente ad oggetto la "Guida alla redazione dei testi normativi". Tale testo, in apertura, evidenzia che il precetto normativo ha una valenza di ordine ed è efficace ed autorevole solo se è preciso, sintetico e chiaro per il destinatario. Si cita altresì, per il suo carattere di sintesi, l'art. 4 della L.R. Campania 14 ottobre 2015, n. 11 - rubricato "Miglioramento della qualità della normazione" - secondo cui: "*1. Il processo normativo regionale si conforma ai principi di proporzionalità, sussidiarietà, trasparenza, responsabilità, accessibilità, chiarezza e semplicità delle norme, di cui alla relazione della Commissione Europea al Consiglio ed al Parlamento COM(2011)803 del 23 novembre 2011 e alla Comunicazione della Commissione Europea COM(2013)122 del 7 marzo 2013. A tal fine, in attuazione dell'Accordo tra Governo, Regioni e Autonomie locali in materia di semplificazione e di miglioramento della qualità della regolamentazione 23/CU del 29 marzo 2007 il Consiglio Regionale e la Giunta Regionale, nel rispetto dei propri ordinamenti, si avvalgono, in particolare dei seguenti strumenti: a) analisi tecnico normativa (ATN); b) analisi di impatto della regolazione (AIR); c) verifica di impatto della regolazione (VIR); d) clausole valutative; e) drafting normativo. 2. Per assicurare l'utilità e l'efficacia dell'intervento normativo, ogni disegno di legge è corredato, per la sua trattazione a norma dello Statuto regionale, dall'analisi tecnico normativa e dall'analisi di impatto della regolamentazione. La mancata presentazione delle suddette relazioni rende improcedibile l'istruttoria e l'esame dei provvedimenti secondo quanto disposto dal Regolamento interno del Consiglio Regionale*".

(10) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, II edizione, 1988, p. 485.

(11) Su cui: F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, III edizione, 2014, p. 288; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, VIII edizione, 2017, p. 281, il quale evidenzia che "*Sebbene non la richieda espressamente, implicitamente la Costituzione stabilisce un obbligo di motivazione anche per i provvedimenti amministrativi, nel momento in cui prescrive che l'amministrazione debba essere imparziale (art. 97) e prevede che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi*"; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, III edizione, 2017, p. 173. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, XVI edizione, 2014, p. 534.

strativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. 2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. 3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama. 4. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere”.

È necessario che le premesse di fatto e l'illustrazione delle ragioni giuridiche - specie negli atti aventi riflessi economici (ad es. quelli sfocianti in transazioni) - siano complete, al fine di rendere conoscibile il percorso seguito dalla P.A. È necessario altresì che la proposizione grammaticale sia chiara, non ambigua. Ciò è quanto viene, tra l'altro, evidenziato nella Direttiva sulla semplificazione del linguaggio dei testi amministrativi dell'8 maggio 2002 del Dipartimento della funzione pubblica. Un testo involuto, prolisso e non chiaro contribuisce, ovviamente, a tentativi di corruzione, atteso che nasconde le ragioni sottostanti le scelte amministrative.

4. *Disciplina normativa.*

(segue) *Sentenza ed atti prodromici.*⁽¹²⁾

Preliminarmente va ricordato che, giusta l'art. 111, comma 6, della Costituzione “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*”.

La sinteticità della sentenza implica che non sono ammesse motivazioni subordinate, *obiter dicta* ed ogni enunciazione che vada oltre ciò che è indispensabile alla decisione.

Sentenza ed atti prodromici nel processo civile.

Nessuna norma codicistica enuncia che il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara. Tuttavia, come evidenziato nell'introduzione, la chiarezza è un requisito ontologico e funzionale degli atti processuali.

Discorso più articolato, a seconda della tipologia di atto processuale, vale per il requisito della sinteticità, il quale - comunque - è immanente nel processo civile, attesa la prescrizione di cui all'art. 16-*bis*, comma 9-*octies*, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. L. 17 dicembre 2012, n. 221 secondo cui: “*Gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica*”.

(12) Sulla materia: B. CAPPONI, *Sulla “ragionevole brevità” degli atti processuali civili*, in *Judicium*.

Quanto alla sentenza, la forma-contenuto è disciplinata dall'art. 132, comma 2, c.p.c. secondo cui: *“Essa deve contenere: 1) l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata; 2) l'indicazione delle parti e dei loro difensori; 3) le conclusioni del pubblico ministero e quelle delle parti; 4) la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione; 5) il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice”*. Disposizione da integrare - circa il contenuto della motivazione - con l'art. 118, commi 1, 2 e 3, d.a.c.p.c. secondo cui: *“1. La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi. 2. Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto nell'articolo 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione. 3. In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici”*. Il primo comma della disposizione da ultimo riportata legittima la motivazione *per relationem*.

La motivazione è la rappresentazione e documentazione dell'*iter* logico-intellettuale seguito dal giudice per arrivare alla decisione (13).

Semplificazioni del modello decisorio sono da rinvenire

- nell'art. 281-*sexies* c.p.c. in ordine alla decisione a seguito di trattazione orale del tribunale in composizione monocratica (*“Se non dispone a norma dell'articolo 281-quinquies, il giudice, fatte precisare le conclusioni, può ordinare la discussione orale della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un'udienza successiva e pronunciare sentenza al termine della discussione, dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. In tal caso, la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata in cancelleria”*);

- nell'art. 348-*ter*; comma 1, c.p.c. in ordine alla pronuncia sull'inammissibilità dell'appello (*“All'udienza di cui all'articolo 350 il giudice, prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, dichiara inammissibile l'appello, a norma dell'articolo 348-bis, primo comma, con ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi. Il giudice provvede sulle spese a norma dell'articolo 91”*);

- nell'art. 375 c.p.c. (14) in ordine al provvedimento definitivo del giu-

(13) *Ex plurimis*: C. MANDRIOLI, A. CARRATTA; *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Giappichelli, XXV edizione, 2016, p. 537.

(14) *“La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio quando riconosce di dovere: 1) dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto, anche per mancanza dei motivi previsti dall'articolo 360; 4) pro-*

dizio dinanzi alla Corte di Cassazione, che di regola è un'ordinanza ed, eccezionalmente, è una sentenza.

Con decreto del 14 settembre 2016, n. 136 il Primo Presidente della Corte di Cassazione ha dato direttive sulla motivazione dei provvedimenti in materia civile. Nello stesso si sottolinea come le modalità di redazione dei provvedimenti possano costituire uno degli strumenti utili per consentire alla Corte di svolgere il proprio ruolo, sia mediante la chiarezza argomentativa delle decisioni (in primo luogo di quelle a valenza nomofilattica), sia mediante la differenziazione delle tecniche di motivazione. Ferma la necessità che, per lo svolgimento della funzione nomofilattica, tutti i provvedimenti rispettino i canoni della chiarezza, essenzialità e funzionalizzazione della motivazione alla decisione, si prevede che per i provvedimenti privi di valenza nomofilattica siano adottate tecniche più snelle di redazione motivazionale, anche utilizzando *“appositi moduli per specifiche questioni, processuali o di diritto sostanziale, sulle quali la giurisprudenza della Corte è consolidata (salvo che il Collegio non ritenga di discostarsi motivatamente)”*. Al fine di assicurare l'osservanza delle direttive, il decreto dispone che *“I Presidenti di sezione devono tenere conto, in sede di predisposizione del rapporto informativo relativo a ciascun magistrato, della capacità di redigere sentenze in forma sintetica, anche mediante motivazione semplificata”* (15).

La sinteticità è un requisito che vale anche per gli atti di parte, come confermato dal citato art. 16-bis, comma 9-octies, D.L. n. 179/2012. Calamandrei ammoniva: *“La brevità delle difese scritte ed orali (noi avvocati non riusciamo mai ad impararlo!) è forse il mezzo più sicuro per vincere le cause”* (16).

Richiamando quanto esposto nell'introduzione, va rimarcato che concisione non implica necessariamente brevità dell'atto; può venire in rilievo un atto - ad esempio un atto di citazione del proprietario di una palazzina contro gli occupatori abusivi di tutti gli appartamenti con conseguente cumulo soggettivo di domande - nel quale necessariamente il contenuto è “lungo” e non “breve”. Quello che si richiede - in nome della concisione - è che l'atto di citazione sia stringato, essenziale sulle questioni rilevanti.

nunciare sulle istanze di regolamento di competenza e di giurisdizione; 5) accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza. La Corte, a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio in ogni altro caso, salvo che la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla particolare rilevanza della questione di diritto sulla quale deve pronunciare, ovvero che il ricorso sia stato rimesso dall'apposita sezione di cui all'articolo 376 in esito alla camera di consiglio che non ha definito il giudizio”.

(15) Sulla materia vanno segnalate altresì le *“Linee guida in materia di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti”*, deliberate dal Consiglio Superiore della Magistratura il 5 luglio 2017.

(16) Così P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, 1989, p. 88, il quale - a pag. 80 - consigliava altresì: *“Ricordati che la brevità e la chiarezza sono le due doti che il giudice ama nel discorso dell'avvocato”*.

Ciò in quanto gli atti processuali di parte devono avere - tra l'altro - il non meno importante requisito della completezza e dell'autosufficienza, pena il maturare di preclusioni.

La norma generale sulla forma-contenuto degli atti di parte è l'art. 125, comma 1, c.p.c. (17) in uno all'art. 46 d.a.c.p.c. (18), da integrare con le disposizioni relative agli specifici atti, tra cui:

- l'art. 163 c.p.c. sull'atto di citazione dinanzi al Tribunale con il rito ordinario;

- l'art. 167 c.p.c. sulla comparsa di risposta dinanzi al Tribunale con il rito ordinario. Il requisito della completezza, dell'autosufficienza è vieppiù accentuato dall'operatività del principio di non contestazione *ex art.* 115, comma 1, c.p.c. (19);

- l'art. 342, comma 1, c.p.c. (20) sull'atto di citazione in appello con il rito ordinario. La forma-contenuto dell'appello è normativamente complessa, tenuto conto dei requisiti della motivazione - una sorta di progetto alternativo di sentenza - e dell'operatività del cd. "filtro" *ex artt.* 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c. All'evidenza, la regola della sinteticità dell'appello deve essere relativizzata alla luce di tale complessa disciplina;

- l'art. 366, comma 1, c.p.c. sul ricorso per cassazione, ove il requisito della autosufficienza - con la necessità, almeno, di individuare gli atti processuali sui quali esso si fonda - pena il maturare delle inammissibilità, è molto rigoroso, vieppiù aggravato da talune prese di posizione della Suprema Corte (21).

In merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in cassazione in materia civile e tributaria la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense in data 17 dicembre 2015 hanno stipulato un protocollo d'intesa contenente determinate raccomandazioni, nel quale, preliminarmente vi è la presa d'atto "*I) delle difficoltà ingenerate nella gestione dei procedimenti innanzi alla Corte*

(17) "*Salvo che la legge disponga altrimenti, la citazione, il ricorso, la comparsa, il controricorso, il precetto debbono indicare l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni o l'istanza, e, tanto nell'originale quanto nelle copie da notificare, debbono essere sottoscritti dalla parte, se essa sta in giudizio personalmente [c.p.c. 47, 82, 86], oppure dal difensore che indica il proprio codice fiscale. Il difensore deve altresì indicare il proprio numero di fax*".

(18) "*I processi verbali e gli altri atti giudiziari debbono essere scritti in carattere chiaro e facilmente leggibile, [...]*".

(19) "*Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*".

(20) "*L'appello si propone con citazione contenente le indicazioni prescritte dall'articolo 163. L'appello deve essere motivato. La motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità: 1) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; 2) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata*".

(21) Sulle implicazioni dell'operatività dei requisiti della completezza e dell'autosufficienza: G. ALPA e A. PANZAROLA, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., rispettivamente a p. 14 e a pp. 126 e ss.

di cassazione: a) dal moltiplicarsi di ricorsi, controricorsi e memorie sovradimensionati nell'esposizione di motivi ed argomentazioni, da un lato, e b) dalla riscontrata difficoltà di definire in modo chiaro e stabile il senso e i limiti del c.d. principio di autosufficienza del ricorso affermata dalla giurisprudenza, dall'altro; 2) considerato che il sovradimensionamento degli atti difensivi di parte possa essere di ostacolo alla effettiva comprensione del loro contenuto essenziale con effetti negativi sulla chiarezza e celerità della decisione; 3) considerato altresì che il suddetto sovradimensionamento possa essere, almeno in parte, frutto della ragionevole preoccupazione dei difensori di non incorrere nelle censure di inammissibilità per difetto di autosufficienza, con la conseguente necessità che di tale principio meglio si definiscano i precisi limiti alla luce di effettivi e concreti dati normativi; 4) ritenuto che una significativa semplificazione possa derivare dall'adozione di un modulo redazionale dei ricorsi, che ne definisca i limiti di contenuto e ne agevoli l'immediata comprensione da parte del giudicante, senza che l'eventuale mancato rispetto della regola sui limiti dimensionali comporti un'automatica sanzione di tipo processuale".

Il protocollo contiene uno schema per la redazione dei ricorsi, che precisa: il tipo di fogli da utilizzare (A4), mediante caratteri di tipo corrente (ad es. *Times New Roman*), le dimensioni (di almeno 12 pt nel testo), l'interlinea, i margini orizzontali e verticali; le modalità contenutistiche della parte ricorrente, della parte intimata, della sentenza impugnata, dell'oggetto del giudizio, del valore della controversia, della sintesi dei motivi, dello svolgimento del processo (che deve essere contenuta nel limite massimo di 5 pagine), dei motivi di impugnazione (che deve essere contenuta nel limite massimo di 30 pagine), delle conclusioni e dei documenti allegati.

In nota a detto Protocollo si precisa, tra l'altro, che: *"2) Il mancato rispetto dei limiti dimensionali indicati nel modulo e delle ulteriori indicazioni ivi previste non comporta l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso (e degli altri atti difensivi or ora citati), salvo che ciò non sia espressamente previsto dalla legge; il mancato rispetto dei limiti dimensionali, salvo quanto in appresso indicato, è valutabile ai fini della liquidazione delle spese del giudizio. 3) Nel caso che per la particolare complessità del caso le questioni da trattare non appaiano ragionevolmente comprimibili negli spazi dimensionali indicati, dovranno essere esposte specificamente, nell'ambito del medesimo ricorso (o atto difensivo), le motivate ragioni per le quali sia ritenuto necessario eccedere dai limiti previsti".*

All'evidenza, le direttive contenute nel Protocollo delineano mere raccomandazioni vevoli tanto per gli avvocati nella redazione dei ricorsi, quanto per i giudici nell'applicazione del principio di autosufficienza (22). Una sorta

(22) In tal senso anche C. PUNZI, *Il principio di autosufficienza e il «Protocollo d'intesa» sul ricorso in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 585.

di circolare interpretativa, meramente esplicativa della normativa in materia, che non può condurre alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso per il solo fatto che questo è “prolisso”, ma solo - come si argomenterà di seguito - ad una condanna alle spese per la parte che violi, non il Protocollo in sé, bensì la regola di non adottare atti prolissi (23).

Sentenza ed atti prodromici nel processo amministrativo.

L’art. 3 del Codice del processo amministrativo (D.L.vo. 2 luglio 2010, n. 104) - rubricato “*Dovere di [...] sinteticità degli atti*” - al secondo comma recita: “*Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione*” (24).

L’art. 26, comma 1, del Codice statuisce: “*Quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese del giudizio, secondo gli articoli 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del codice di procedura civile, tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2*”.

(23) Sulla valenza interpretativa del Protocollo si richiama Cass. civ., Ord., 24 aprile 2018, n. 10112 per la quale la non specificità di un dato motivo di ricorso in cassazione - che conduce alla dichiarazione di inammissibilità - può essere ricavata dalla violazione dei parametri indicati nel detto Protocollo. La stessa evidenza: “*l'inammissibilità del motivo, secondo quanto subito si dirà, non discende, ovviamente, dalla violazione del protocollo, che è di per sé privo di efficacia normativa: ma il Protocollo testimonia di un condiviso orientamento interpretativo che ha la sua base nel dato normativo, sia per quanto attiene all'esigenza di specificità, sia per quanto attiene all'esigenza di autosufficienza, sicché legittima l'interpretazione della norma in conformità al protocollo, con l'ulteriore conseguenza che la violazione delle regole del protocollo dà luogo ad inammissibilità laddove esso rifletta opzioni interpretative di quel dato. Ora, quanto alla specificità, si tratta di un requisito che, con riguardo ai motivi di ricorso per cassazione, non è espressamente contemplato dal codice di rito, come è per l'appello, secondo quanto stabilisce l'art. 342 c.p.c. Ciò, però, non vuol certo dire che i motivi di ricorso per cassazione, secondo la legge, possano essere aspecifici, quanto, piuttosto, che l'esigenza di prevedere espressamente il requisito di specificità ricorreva per l'appello, ma non per il ricorso per cassazione, giacché, mentre è astrattamente configurabile un appello non fondato su motivi specifici [...], il motivo di ricorso per cassazione non può per ragioni intrinseche che essere specifico, giacché diretto a demolire il provvedimento impugnato in ragione della sussistenza di uno dei vizi normativamente previsti, con la conseguente necessità di individuare il vizio e spiegare in qual modo esso si annida nella decisione impugnata. Un motivo di cassazione non specifico, cioè, è per definizione un non-motivo. E il motivo è specifico se, quando le affermazioni che esso contiene sono vere, senza che la Corte debba supplire a sue mancanze, il provvedimento impugnato è affetto dall'errore denunciato. Quanto all'autosufficienza, poi, il protocollo altro non è che il recepimento di principi già indicati da questa Corte - secondo l'orientamento più elastico formatosi in proposito - sulla base dell'art. 366 c.p.c. (Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 7161; Cass. 23 agosto 2011, n. 17602; Cass. 4 gennaio 2013, n. 124). [...] Sicché può in definitiva affermarsi che la violazione delle regole per la redazione del ricorso per cassazione secondo il Protocollo siglato il 17 dicembre 2015 dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio nazionale forense, a mezzo dei loro presidenti, in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria, dà luogo ad inammissibilità, laddove tale violazione implica la violazione - non già, ovviamente, del Protocollo in sé, bensì - del dato normativo di riferimento nell'interpretazione recepita nello stesso Protocollo”.*

(24) In dottrina: E.M. BARBIERI, *I principi di sinteticità, di chiarezza e di specificità dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, 3, p.769; F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, VII edizione, 2017, 272.

L'art. 13-ter delle norme di attuazione - rubricato "*Criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte*" - enuncia: "1. Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza di cui all'articolo 3, comma 2, del codice, le parti redigono il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del presidente del Consiglio di Stato, da adottare entro il 31 dicembre 2016, sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria degli avvocati amministrativisti. 2. Nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi si tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. 3. Con il decreto di cui al comma 1 sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti. 4. Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, anche mediante audizione degli organi e delle associazioni di cui al comma 1, effettua un monitoraggio annuale al fine di verificare l'impatto e lo stato di attuazione del decreto di cui al comma 1 e di formulare eventuali proposte di modifica. Il decreto è soggetto ad aggiornamento con cadenza almeno biennale, con il medesimo procedimento di cui al comma 1. 5. Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione" (25).

La forma-contenuto del ricorso introduttivo della lite e del giudizio in appello è contenuta, rispettivamente, nell'art. 40 e nell'art. 101 del Codice (26).

(25) Per la disciplina dei criteri di cui al presente articolo è stato emanato dal Presidente del Consiglio di Stato il Decreto 22 dicembre 2016.

L'art. 2 del Decreto disciplina i criteri di redazione degli atti processuali di parte (forma-contenuto, con disciplina integrativa degli artt. 40 e 101 del Codice; alla lettera d precisa: "*d) evitano, se non è strettamente necessario, la riproduzione pedissequa di parti del provvedimento amministrativo o giurisdizionale impugnato, di documenti e di atti di precedenti gradi di giudizio mediante «copia e incolla»; in caso di riproduzione, riportano la parte riprodotta tra virgolette, e/o in corsivo, o con altra modalità atta ad evidenziarla e differenziarla dall'atto difensivo*").

L'art. 3 del Decreto regola i limiti dimensionali degli atti processuali di parte (tra l'altro si dispone che le dimensioni dell'atto di parte sono contenute - nel rito ordinario, nel rito abbreviato comune di cui all'art. 119, nel rito appalti, nel rito elettorale di cui all'art. 130 e seguenti del codice del processo amministrativo, e nei giudizi di ottemperanza a decisioni rese nell'ambito di tali riti - in 70.000 caratteri, corrispondenti a circa 35 pagine nel formato di cui all'art. 8).

L'art. 5 del decreto regola deroghe ai limiti dimensionali - sulla base di autorizzazione preventiva o successiva dei capi degli Uffici Giudiziari - qualora la controversia presenti questioni tecniche, giuridiche o di fatto particolarmente complesse ovvero attenga ad interessi sostanziali perseguiti di particolare rilievo anche economico, politico e sociale, o alla tutela di diritti civili, sociali e politici.

(26) Art. 40: "*1. Il ricorso deve contenere distintamente: a) gli elementi identificativi del ricorrente, del suo difensore e delle parti nei cui confronti il ricorso è proposto; b) l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato, e la data della sua*

La forma-contenuto della sentenza è disciplinata dall'art. 88, commi 2 e 3, del Codice, a termini del quale: “ 2 [...] deve contenere: a) l'indicazione del giudice adito e del collegio che l'ha pronunciata; b) l'indicazione delle parti e dei loro avvocati; c) le domande; d) la concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto della decisione, anche con rinvio a precedenti cui intende conformarsi; e) il dispositivo, ivi compresa la pronuncia sulle spese; f) l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa; g) l'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui la decisione è pronunciata; h) la sottoscrizione del presidente e dell'estensore. 3. Si applica l'articolo 118, comma 3, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile”.

Nel sistema processuale amministrativo esiste altresì la sentenza in forma semplificata, la cui adozione è - a seconda dei casi - facoltativa, obbligatoria, mista.

La sentenza in forma semplificata facoltativa è disciplinata dagli artt. 60 e 74 del Codice (27).

La sentenza in forma semplificata obbligatoria è disciplinata dagli artt. 114, comma 3 (Giudizio di ottemperanza), 116, comma 4 (Rito in materia di accesso ai documenti amministrativi), 117, comma 2 (Tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione) e 129, comma 6 (Tutela anticipata avverso gli atti di esclusione dai procedimenti elettorali preparatori per le elezioni comunali, provinciali e regionali) del Codice (28).

notificazione, comunicazione o comunque della sua conoscenza; c) l'esposizione sommaria dei fatti; d) i motivi specifici su cui si fonda il ricorso; e) l'indicazione dei mezzi di prova; f) l'indicazione dei provvedimenti chiesti al giudice; g) la sottoscrizione del ricorrente, se esso sta in giudizio personalmente, oppure del difensore, con indicazione, in questo caso, della procura speciale. 2. I motivi proposti in violazione del comma 1, lettera d), sono inammissibili.”. Art.101: 1. Il ricorso in appello deve contenere l'indicazione del ricorrente, del difensore, delle parti nei confronti delle quali è proposta l'impugnazione, della sentenza che si impugna, nonché l'esposizione sommaria dei fatti, le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, le conclusioni, la sottoscrizione del ricorrente se sta in giudizio personalmente ai sensi dell'articolo 22, comma 3, oppure del difensore con indicazione, in questo caso, della procura speciale rilasciata anche unitamente a quella per il giudizio di primo grado. 2. Si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio”.

(27) Art. 60: “In sede di decisione della domanda cautelare, purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione.[...]”. Art. 74: “Nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme”.

(28) Art. 114, comma 3: “Il giudice decide con sentenza in forma semplificata”. Art. 116, comma 4: “Il giudice decide con sentenza in forma semplificata”. Art. 117, comma 2: “Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata”. Art. 129, comma 6: “Il giudizio è deciso all'esito dell'udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi nello stesso giorno. La relativa motivazione può consistere

La sentenza in forma semplificata mista è disciplinata dall'art. 120, commi 6 e 10 del Codice (29), in tema di rito abbreviato relativo alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture.

Il corollario di quanto descritto è, con qualche incoerenza e qualche aporia, evidente: gli atti del processo vanno redatti in modo chiaro e sintetico affinché le posizioni processuali siano comprensibili ed il processo si chiuda con una sentenza "giusta".

L'incoerenza riguarda la irragionevole diversità delle conseguenze della inosservanza dell'art. 3 a seconda che la condotta riguardi la parte o il giudice: se a violare i precetti è la parte, questa è esposta alle spese processuali e, nel caso in cui l'atto superi i limiti dimensionali, il giudice non è obbligato a tenere conto della parte eccedente; se a violare i precetti è il giudice, alcuna conseguenza specifica è prevista, se non la generale responsabilità disciplinare.

Una prima aporia riguarda l'irragionevole distinguo tra sentenza ordinaria e sentenza in forma semplificata. Atteso che il distinguo, secondo le previsioni legali, sentenza ordinaria-sentenza in forma semplificata attiene, nella sostanza, alla esposizione dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto, la categoria della sentenza in forma semplificata è inutile. Ciò in quanto, già in via ordinaria, la sentenza deve contenere la concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto. Nell'espone i motivi in fatto è imprescindibile il riferimento agli atti processuali intervenuti nel corso del processo (30). Diversamente, la motivazione non potrebbe assolvere la propria funzione, consistente nella esposizione del percorso logico-giuridico seguito dal giudice per pervenire alla decisione, percorso che deve essere intelligibile non solo dalle parti in causa, ma anche da terzi (ed *in primis* dal terzo più rilevante, ossia dall'eventuale giudice dell'impugnazione). La concisione rende inutile, quindi, la tipologia della sentenza in forma semplificata. All'evidenza, già in via ordinaria, nel caso in cui il ricorso sia tardivo per decadenza, la motivazione della sentenza può limitarsi ad enunciare, in modo sintetico, la inammissibilità e non esaminare tutte le altre questioni.

anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie".

(29) Art. 120, commi 6 e 10: "6. Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni. 10. Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74".

(30) Arg. ex art. 118, comma 1, d.a.c.p.c.

Ciò per l'ordine logico delle questioni (31): il giudice esamina prima le questioni pregiudiziali di rito (presupposti processuali, condizioni dell'azione, nullità), poi - superate dette questioni - esamina le questioni preliminari di merito, infine il merito (domande ed eccezioni).

In ordine al requisito della sinteticità degli atti di parte vale quanto detto, *mutatis mutandis*, per gli atti processuali di parte nel processo civile, con l'argomento complementare che gli atti introduttivi delle due fasi di merito devono enunciare in modo specifico, a pena di inammissibilità, i motivi, le censure. Sicché concisione non necessariamente significa riassunto, atto "breve".

Sentenza ed atti prodromici nel processo contabile.

L'art. 5 del Codice di giustizia contabile (D.L.vo 26 agosto 2016, n. 174) - rubricato "*Dovere di [...] sinteticità degli atti*" - al secondo comma recita: "*Il giudice, il pubblico ministero e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica*" (32).

La forma-contenuto della sentenza è disciplinata dall'art. 39, comma 2, del Codice di giustizia contabile (33), in modo analogo alla sentenza del giudice amministrativo.

Nel sistema processuale contabile esiste altresì la sentenza in forma semplificata, la cui adozione è obbligatoria (34).

In ordine al requisito della sinteticità degli atti di parte vale quanto detto, fatti i debiti mutamenti, per gli atti processuali di parte nel processo civile.

5. Disciplina normativa.

(segue) Negozio giuridico.

Il negozio giuridico, atto di volontà diretto ad uno scopo rilevante per l'ordinamento giuridico, dispone di dati interessi, personali o patrimoniali, delle parti stipulanti (35).

(31) Arg. ex art. 276, comma 2, c.p.c. "*Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa*". Identico precetto nell'art. 101, comma 2, del Codice di giustizia contabile.

(32) Principio confermato dall'art. 16-bis, comma 9-octies, D.L. n. 179/ 2012 secondo cui: "*Gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica*", applicabile al processo contabile per la disposizione di rinvio di cui all'art. 6, comma 5, del Codice di giustizia contabile secondo cui "*Si applicano, ove non previsto diversamente, le disposizioni di legge e le regole tecniche relative al processo civile telematico*".

(33) "*Esse, definitive o non definitive, devono contenere: a) l'indicazione del giudice che ha pronunciato; b) il nome e cognome delle parti e dei difensori quando nominati; c) la concisa esposizione delle conclusioni del pubblico ministero e delle parti; d) la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, anche con rinvio a precedenti cui si intende conformare; e) il dispositivo; f) la data della pronuncia; g) la sottoscrizione del presidente del collegio e dell'estensore*".

(34) Il giudizio di ottemperanza è deciso con sentenza in forma semplificata (art. 218, comma 3, del Codice di giustizia contabile).

(35) *Ex plurimis*: C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 7.

Come è noto, in via di principio i motivi del negozio sono irrilevanti e attengono alla sfera interna del soggetto (36) - sicché la loro enunciazione non costituisce un requisito necessario del negozio - e solo in casi del tutto eccezionali è richiesta la motivazione (ad esempio: art. 2497-ter c.c. sulla motivazione delle decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate; art. 2, comma 2, L. 15 luglio 1966, n. 604 sulla motivazione dei licenziamenti individuali).

La regola dell'irrelevanza dei motivi deve armonizzarsi, comunque, con l'esigenza che i requisiti di chiarezza e sinteticità valgano anche per l'atto negoziale, per le ragioni enunciate in premessa (37).

In ordine alla chiarezza, peraltro, va evidenziato che secondo l'art. 1337 c.c. *“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”*. La buona fede rileva qui come regola di condotta, cioè come buona fede in senso oggettivo, che impone alla parti - tra l'altro - di comportarsi lealmente. A tale stregua vi è in capo alle parti l'obbligo di chiarezza, evitando un linguaggio suscettibile di non essere pienamente compreso (38).

Al rispetto delle regole in tema di forma-contenuto consegue la soddisfazione dei due menzionati requisiti. Il prototipo della forma-contenuto del negozio giuridico può essere individuato nella disciplina dell'atto notarile (39). All'uopo, l'art. 51, comma 2, L. 16 febbraio 1913, n. 89 (legge notarile), prescrive:

“L'atto deve contenere: 1) l'indicazione in lettere per disteso dell'anno, del mese, del giorno, del Comune e del luogo in cui è ricevuto; 2) il nome, il cognome e l'indicazione della residenza del notaio e del distretto notarile nel cui ruolo è iscritto; 3) il nome, il cognome, [...], il luogo di nascita, il domicilio o la residenza delle parti, dei testimoni e dei fidefacienti. Se le parti od alcune di esse intervengono all'atto per mezzo di rappresentante, le precedenti indicazioni si osserveranno, non solo rispetto ad esse, ma anche rispetto al loro rappresentante. La procura deve rimanere annessa all'atto medesimo o in originale o in copia, a meno che l'originale o la copia non si trovi negli atti del notaio rogante ovvero sia iscritto nel registro delle imprese; 4) la dichiarazione della certezza dell'identità personale delle parti o la dichiarazione

(36) *Ex plurimis*: C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 461.

(37) per C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 461 *“se si ha riguardo alla funzione pratica che le parti hanno effettivamente assegnato al loro accordo, devono allora rilevare anche i 'motivi', se questi non siano rimasti nella sfera interna di ciascuna parte ma si siano obiettivizzati nel contratto, divenendo interessi che il contratto è diretto a realizzare”*.

(38) Su tali concetti: C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., pp. 162-166.

(39) Il notaio, giusta art. 47, comma 2, L. 16 febbraio 1913, n. 89 *“indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto”*. Sul contenuto-forma dell'atto notarile: G. SANTARCANGELO, *La forma degli atti notarili*, Stamperia Nazionale, III edizione, 2006, pp. 13 e ss.; M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Giuffrè, II edizione, 20007, pp. 165 e ss.

dell'accertamento fattone per mezzo dei fidefacienti; 5) l'indicazione, almeno per la prima volta, in lettere per disteso, delle date, delle somme e della quantità delle cose che formano oggetto dell'atto; 6) la designazione precisa delle cose che formano oggetto dell'atto, in modo da non potersi scambiare con altre. Quando l'atto riguarda beni immobili, questi saranno designati, per quanto sia possibile, con l'indicazione della loro natura, del Comune in cui si trovano, dei numeri catastali, delle mappe censuarie, dove esistono, e dei loro confini, in modo da accertare la identità degli immobili stessi; 7) l'indicazione dei titoli e delle scritture che s'inseriscono nell'atto; 8) la menzione che dell'atto, delle scritture, dei titoli inseriti nel medesimo fu data dal notaio, o, presente il notaio, da persona di sua fiducia, lettura alle parti, in presenza dei testimoni, se questi siano intervenuti. [...]; 9) la menzione che l'atto è stato scritto dal notaio o da persona di sua fiducia, con l'indicazione dei fogli di cui consta e delle pagine scritte; 10) la sottoscrizione col nome, cognome delle parti, dei fidefacienti, dell'interprete, dei testimoni e del notaio. [...]; 11) per gli atti di ultima volontà, l'indicazione dell'ora in cui la sottoscrizione dell'atto avviene. Tale indicazione sarà pure fatta, quando le parti lo richiedano, o il notaio lo ritenga opportuno, negli altri atti; 12) negli atti contenuti in più fogli, la sottoscrizione in margine di ciascun foglio, anche col solo cognome, delle parti, dell'interprete, dei testimoni e del notaio, eccettuato il foglio contenente le sottoscrizioni finali”.

All'evidenza, anche per il negozio sintesi non significa atto “breve”, viepiù tenuto conto della importanza della descrizione del percorso argomentativo nella funzione del notaio.

Il notaio, da sempre, partecipa alla costruzione del diritto vivente con un apporto creativo; a tal guisa è sommamente opportuno che il notaio non si limiti al mero richiamo dei dati legislativi, ma illustri in modo sintetico e conciso le ragioni, anche normative, che supportano quella soluzione, attraverso un discorso giustificativo argomentato, inserendo la disposizione legislativa nella rete delle fonti utilizzate; chiarendo in tal modo i motivi logici e giuridici e le scelte operate, richiamando i precedenti giurisprudenziali, dottrinali e notarili (40).

6. *Disciplina normativa.*

(segue) *Dichiarazione di scienza.*

La dichiarazione di scienza non ha un contenuto dispositivo, bensì partecipativo. Essa descrive determinati avvenimenti del mondo esterno, dà atto di una data situazione già verificatasi (41). Come tale, può essere vera o falsa.

La forma-contenuto della dichiarazione di scienza effettuata nel processo

(40) In tal senso M. PALAZZO, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., pp. 240-243.

(41) *Ex plurimis*: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 94.

può essere individuata nell'art. 126 c.p.c., relativo al contenuto del processo verbale, a termini del quale *“Il processo verbale deve contenere l'indicazione delle persone intervenute e delle circostanze di luogo e di tempo nelle quali gli atti che documenta sono compiuti; deve inoltre contenere la descrizione delle attività svolte e delle rilevazioni fatte, nonché le dichiarazioni ricevute. Il processo verbale è sottoscritto dal cancelliere. Se vi sono altri intervenuti, il cancelliere, quando la legge non dispone altrimenti, dà loro lettura del processo verbale”*.

La forma-contenuto della dichiarazione di scienza effettuata nei rapporti di diritto civile può essere rinvenuta nella descrizione dei verbali di constatazione redatti da notaio riportati nei formulari notarili (42).

La forma-contenuto della dichiarazione di scienza effettuata nei rapporti di diritto societario si può rinvenire nell'art. 2375 c.c., relativo al verbale delle deliberazioni dell'assemblea, statuyente: *“Le deliberazioni dell'assemblea devono constare da verbale sottoscritto dal presidente e dal segretario o dal notaio. Il verbale deve indicare la data dell'assemblea e, anche in allegato, l'identità dei partecipanti e il capitale rappresentato da ciascuno; deve altresì indicare le modalità e il risultato delle votazioni e deve consentire, anche per allegato, l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti. Nel verbale devono essere riassunte, su richiesta dei soci, le loro dichiarazioni pertinenti all'ordine del giorno. Il verbale dell'assemblea straordinaria deve essere redatto da un notaio. Il verbale deve essere redatto senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione”*.

Scontato il requisito della chiarezza, il requisito della sinteticità della dichiarazione di scienza - come per l'atto processuale di parte - non implica l'atto “breve”, dipendendo la dimensione dai dati del mondo reale da acclarare.

Qui il concetto di sinteticità va declinato nel senso di descrizione dei dati del mondo esterno non ridondante. Il verbale di accertamento della Polizia Sanitaria presso una salumeria dovrà necessariamente identificare i presenti nei locali, raccogliere le dichiarazioni rese, descrivere la merce e la sua condizione igienica. Non dovrà, tuttavia, come in certe pagine di Zola, indugiare nella descrizione naturalistica/verista degli alimenti (dimensione delle salsicce, umidità dei formaggi, dimensioni notevoli delle olive pisciottane, qualità dei sottaceti, ecc.) presenti nella vetrina.

(42) È discussa la competenza, di carattere generale, del notaio a ricevere atti non negoziali, in forza del disposto di cui all'art. 1 l. notarile. Sul tema: Studio n. 432-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato, *L'attività notarile fra constatazione di fatti, verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali, prova prima del processo e delega all'assunzione della prova (testimoniale)*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 12 dicembre 2012; altresì M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, cit., pp. 138 e ss. e A. AVANZINI, L. IBERATI, A. LOVATO, *Formulario degli atti notarili*, UTET Giuriduca, XIX edizione, pp. 1139 e ss.

7. *Richiamo ai caratteri della chiarezza e sinteticità nel momento storico attuale. Aspetti generali e problematiche connesse agli atti normativi.*

Per quanto finora esposto, i caratteri della chiarezza e della sinteticità degli atti giuridici costituiscono quasi un dato ovvio, scontato, pregiuridico.

Tuttavia, nel tempo recente, vi è da parte del legislatore, degli osservatori, dei giuristi un richiamo ripetuto e accentuato al rispetto dei detti caratteri negli atti giuridici. Ciò con riguardo agli atti normativi, amministrativi e giudiziari, perché il discorso non si è mai posto in modo significativo per i negozi giuridici e per le dichiarazioni di scienza.

Evidentemente il dato ovvio e naturale, per una serie di ragioni, non viene rispettato; sicché - come nelle grida manzoniane - vi è un costante richiamo ai detti caratteri.

Ciò detto in linea generale, passando agli atti normativi, da una rapida scorsa si evince che l'attuale quadro legislativo si caratterizza per la scarsa qualità: testi che rinviano ad altri testi, leggi che rinviano - in aspetti qualificanti - a regolamenti, fattura sciatta, eccessiva lunghezza.

Prima aporia è una sorta di provvedimentalizzazione della legge. È prassi che le leggi finanziarie (poi di stabilità ed ora di bilancio) degli ultimi anni sono strutturate in uno o pochi articoli, ciascuno con qualche migliaio di commi (43), vieppiù con numerose disposizioni-provvedimento.

Una seconda aporia è quella che potremmo definire la delegificazione senza qualità. La delegificazione è una tecnica - massiva a partire dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso - per cui la disciplina di alcune materie non protette da riserva di legge assoluta è trasferita dalla fonte legislativa primaria a fonti normative inferiori o ad atti amministrativi generali. Tale tecnica viene ritenuta maggiormente congeniale al fine dell'adattamento del sistema normativo alla rapida evoluzione della società e/o per la semplificazione del sistema normativo. Ove la delegificazione venga intesa come trasferimento di livello delle fonti di disciplina, lo strumento emblematico è costituito dal regolamento cd. di delegificazione di cui all'art. 17, commi 2 e 3, L. 23 agosto 1988, n. 400.

Tale tecnica, tuttavia, ha determinato una moltiplicazione seriale delle fonti disciplinatrici, con complicazioni in ordine alla conoscibilità delle norme.

Per illustrare il fenomeno si segnala il caso della disciplina in tema di esclusione dal diritto di accesso ai documenti amministrativi: ai sensi dell'art. 24, comma 2, L. 7 agosto 1990, n. 241, le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti al diritto di accesso. In attuazione di tale precetto è stata adottata una miriade di atti, dal contenuto pressoché identico, con

(43) "quegli ammassi informi di norme" per S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storie e prospettive*, Giuffrè, 2010, p. 550.

parcellizzazione della disciplina. Il cittadino, per conoscere i casi di esclusione dall'accesso, deve fare una ricerca amministrativa per amministrativa, individuando altresì l'attuale vigenza della fonte.

Tale soluzione, in chiave di costi e benefici, non pare ottimale.

Vuol dirsi che va ripensata la tecnica della delegificazione. Miglior partito sarebbe quello, per quanto possibile, di disciplinare con una unica fonte la materia, cercando di prevedere tutti i possibili casi concreti.

Ulteriore aporia è quella della legge non autoapplicativa a causa del rinvio a provvedimenti completivi del precetto giuridico. Negli ultimi anni deve registrarsi che la legge dello Stato e delle Regioni in misura rilevante contiene - nella disciplina di una data materia - rimandi a provvedimenti completivi, da adottare entro un dato termine. Con il termine provvedimenti completivi si fa riferimento ad atti che completano la norma giuridica contenuta nella disposizione. In assenza di tali atti il precetto è incompleto e non può applicarsi. Vi è una sorta di rinvio per la determinazione del contenuto. Tali provvedimenti completivi in minima parte sono fonti secondarie, come i regolamenti; per la massima parte sono delibere dell'organo politico collegiale (delibere del Consiglio dei Ministri o delibere di Giunta regionale), dell'organo politico monocratico (D.P.C.M.; D.P.G.R.; D.M.; D.I.; Decreti assessorili) e della dirigenza (Decreti dirigenziali). A mo' di esempio si cita la previsione di cui all'art. 11, comma 6, del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.L.vo 19 agosto 2016, n. 175) secondo cui *“Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, per le società a controllo pubblico sono definiti indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle suddette società. Per le società controllate dalle regioni o dagli enti locali, il decreto di cui al primo periodo è adottato previa intesa in Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Per ciascuna fascia è determinato, in proporzione, il limite dei compensi massimi al quale gli organi di dette società devono fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti, che non potrà comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico”*. Inutile sottolineare l'importanza di tale decreto: fissare il compenso congruo per i manager pubblici, strumentale alla efficienza delle società pubbliche, con le conseguenti ricadute sul bilancio pubblico. Orbene, il decreto *de quo*, che doveva adottarsi entro 30 giorni dall'entrata in vigore del D.L.vo n. 175/2016, non è stato ancora adottato.

Si rammenta, poi, un caso che può considerarsi emblematico del problema evidenziato, ossia quello del nuovo Codice degli Appalti (D.L.vo 12 aprile 2016, n. 50). Questo deve essere integrato da circa cinquanta atti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero delle Infrastrutture, dell'ANAC, aventi la più disparata natura e da adottare entro determinati termini. L'operatore che vuole conoscere la disciplina di una materia deve disporre - in luogo di un unico testo - di una congerie di fonti, da controllare nella loro vigenza. Una sorta di vestito di Arlecchino, per intenderci. Con l'aggravante che, laddove non vengano adottati i provvedimenti normativi entro i termini prefissati (termini giustamente definibili, con Redenti, "canzonatori"), la disciplina è quanto mai problematica. Valga il caso della qualificazione delle stazioni appaltanti; *ex art. 38, comma 2, del detto Codice "Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la semplificazione della pubblica amministrazione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentite l'ANAC e la Conferenza Unificata, sono definiti i requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione all'elenco di cui al comma 1, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui, per le centrali di committenza, il carattere di stabilità delle attività e il relativo ambito territoriale. Il decreto definisce, inoltre, le modalità attuative del sistema delle attestazioni di qualificazione e di eventuale aggiornamento e revoca, nonché la data a decorrere dalla quale entra in vigore il nuovo sistema di qualificazione"*. Il decreto in questione, a tre anni della entrata in vigore del Codice degli Appalti, non ha ancora visto la luce.

I principi di unità, completezza, chiarezza e sinteticità nella materia degli appalti sono messi a dura prova da tale modo di legiferare. Ove si insista nel mantenere tale tecnica normativa - con i numerosi rinvii evidenziati - occorrerebbe almeno adottare, *ex art. 17-bis, L. n. 400/1988* testi unici compilativi, onde semplificare la ricerca del diritto.

Ciò descritto, si rileva che diverse sono le cause del fenomeno della legge non autoapplicativa a causa del rinvio a provvedimenti completivi. Tra queste cause evidenziamo:

- assenza di unitaria visione politica nelle forze governative che sostengono l'approvazione della legge. In tale evenienza, in assenza di un accordo, si rinvia al futuro atto per il completamento della disciplina;
- azione ostativa dei portatori di interessi, contrari alla piena attuazione della legge, sugli organi politici al fine di impedire o rallentare il completamento della vicenda;
- istruttoria incompleta alla base della legge e/o impreparazione dei *conditores*. In questo caso la tecnica del rinvio all'atto completivo è una misura necessitata, confidando, poi, di recuperare in seguito il tempo perduto;

- volontà di non rendere immediatamente conoscibili i destinatari di benefici e/o provvidenze. Il rinvio all'atto completivo ha la funzione di dilatare nel tempo le fonti della conoscenza.

Inutile dire che tale tecnica di normazione cozza con i principi di efficacia dell'azione politica, dilatandosi i tempi entro i quali conseguire e misurare i risultati. Con l'ulteriore aggravante che spesso i provvedimenti attuativi vengono adottati con ritardo rispetto ai termini fissati o addirittura non vengono adottati.

Tale tecnica di normazione andrebbe espunta dal sistema. La legge, da subito, dovrebbe essere completa nei contenuti (44).

Tacito evidenziava che uno dei sintomi della corruzione della *res publica* è la molteplicità delle leggi. È fin troppo evidente che un testo normativo prolioso, involuto, richiamante altre disposizioni (in modo che il quadro della materia risulti da varie leggi, come un puzzle) agevola anche condotte amministrative opache. Più semplice e chiaro è il quadro normativo, meno facili sono condotte corruttive e viceversa.

Il sistema giuridico prevede strumenti finalizzati alla produzione di norme chiare (es. AIR, *drafting*, etc.), che però non vengono adeguatamente utilizzati.

Certo, un legiferare semplificato è attività impegnativa. Pascal nel concludere una lettera ad un amico scrisse: "*Scusami per la lunghezza della lettera, ma non ho avuto il tempo di farla più breve*". Cionondimeno i produttori delle norme dovrebbero mettere in campo tutti gli sforzi per la redazione di leggi immediatamente fruibili da tutti i consociati.

8. *Richiamo ai caratteri della chiarezza e sinteticità nel momento storico attuale. (segue) Problematiche connesse al provvedimento amministrativo.*

I caratteri della chiarezza e sinteticità, nel caso del provvedimento amministrativo, spesso sono obliati. La redazione del provvedimento non rispetta le numerose istruzioni - tra cui la citata Direttiva dell'8 maggio 2002 del Dipartimento della funzione pubblica - sulla semplificazione del linguaggio dei testi amministrativi.

Spesso i provvedimenti amministrativi sono redatti non in funzione del naturale destinatario, ossia del cittadino, ma - in una sorta di amministrazione difensiva - in funzione di chi potrà controllare e/o censurare l'atto.

Per fare un esempio, in un procedimento concessorio per il finanziamento di una sagra, al comitato festa interessa conoscere in via immediata se il contributo è stato dato o negato. Sicché l'atto dovrebbe in via immediata statuire, decidere (ad esempio: il tale contributo è concesso), poi illustrare i presupposti

(44) Sulle descritte aporie: M. GERARDO, *La perdita di centralità della legge, quale conseguenza del tramonto dei caratteri della generalità e dell'astrattezza*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2018, I, pp. 281-297.

di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria (motivazione). L'atto, poi, andrebbe chiuso, magari in nota, con l'indicazione delle fonti normative e degli atti istruttori.

Invece, spesso i provvedimenti hanno una struttura esattamente inversa a quella appena delineata. Si parte dalle premesse, nelle quali si illustrano in dettaglio le motivazioni, gli elementi di diritto e i fatti oggetto dell'atto, con indicazione delle norme di riferimento e dei documenti utilizzati nell'atto, spesso con ridondanze e ripetizioni. Il provvedimento, quindi, si chiude con il deliberato/decretazione, ossia con il contenuto prescrittivo, che spesso ripropone parte delle premesse.

Le cause del linguaggio oscuro e ridondante dei provvedimenti amministrativi possono essere molteplici:

- il non adeguato aggiornamento professionale e/o l'insufficienza della preparazione giuridica degli attuali *conditores* dei testi. Chi legga una relazione di una qualsiasi Prefettura degli anni '50 del secolo trascorso, ad esempio in materia di espropriazioni, potrà registrare la completezza, il tecnicismo, la proprietà del linguaggio giuridico. Altrettanto non può dirsi - *ceteris paribus* - nel tempo presente. Nonostante i mezzi tecnologici/informatici consentano la rapidità di ricerca e di acquisizione del materiale giuridico, le deficienze formative - a cominciare dal rispetto delle regole della grammatica - delle risorse umane addette all'attività amministrativa conducono ad una *performance* non esaltante in ordine alla qualità redazionale degli atti amministrativi;

- la scelta di rendere volutamente opaca la conoscenza della condotta della Pubblica Amministrazione, funzionale ad una gestione non imparziale della cosa pubblica (ad esempio in ordine ai destinatari di benefici e/o provvidenze);

- la complessità, caoticità e contraddittorietà della norma giuridica da applicare. Intuitivamente, se a monte il quadro normativo non è chiaro, a valle l'adozione del provvedimento amministrativo sconterà i difetti con una redazione analogamente ridondante e contraddittoria.

9. *Richiamo ai caratteri della chiarezza e sinteticità nel momento storico attuale.* (segue) *Problematiche connesse alla sentenza e agli atti prodromici.*

L'ambito nel quale l'intervento del legislatore è stato frenetico nel prescrivere in modo, tutto sommato ossessivo, i caratteri della chiarezza e sinteticità degli atti giuridici è quello del processo (45).

(45) Nel 2009, con il comma 17 dell'art. 45, L. 18 giugno 2009, n. 69, il numero 4 dell'art. 132 c.p.c. (sui requisiti della motivazione della sentenza) che recitava "*la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione*" è stato sostituito con l'inciso "*la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*"; inoltre con il comma 5 dell'art. 52, L. n. 69/2009, il comma 1 dell'art. 118 d.a.c.p.c. che recitava "*La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, n. 4 del codice consiste nell'esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione*" è stato sostituito con il seguente "*La motivazione della sentenza di cui al-*

Diverse le cause della lunghezza, oscurità e prolissità degli atti processuali che hanno reso necessario detto intervento. Tra queste vi possono essere:

- lo sviluppo della tecnologia informatica, con la pratica del “copia e incolla”, che ha contribuito ad allungare i contenuti degli atti giuridici con inutili ridondanze (46). È un dato di evidenza che, ove si voglia esprimere un concetto partendo da una semplice idea, la dichiarazione conseguente ha una data dimensione; ove si voglia esprimere lo stesso concetto partendo da pregresse dichiarazioni (ad esempio: elenco delle massime della Cassazione su un dato istituto), la dichiarazione conseguente tende pigramente a recepire quelle precedenti con una dimensione ancora maggiore;

- le richieste del cliente che ha torto (47). In tale evenienza il difensore, se non è riuscito a dissuadere il cliente dall'intraprendere un'azione, redigerà gli atti camuffando le ragioni ed i torti. In modo analogo, la prolissità ed oscurità è voluta da chi intorbida le acque solo per resistere ad una pretesa fondata ma sgradita (Schopenhauer insegnava: se non puoi convincerli, confondili);

- i limiti culturali di avvocati (48) e giudici. Qui vale richiamare quanto esposto nel precedente paragrafo a proposito del non adeguato aggiornamento professionale e del degrado della preparazione giuridica dei *conditores* dei testi;

- improprio sfoggio di cultura giuridica degli operatori del diritto. A volte la sentenza è una sorta di trattato giudiziario, con (inutile) esposizione dettagliata degli istituti giuridici coinvolti nella lite (49);

- la “*diffusa quanto falsa sensazione comune (nell'avvocato e nel cliente) che multa sia multum*” (50). Tale ipotesi è particolarmente ricorrente nel processo amministrativo impugnatorio, nel quale, invece di indicare le “vere” ed essenziali ragioni del ricorso, spesso vi è una moltiplicazione ridondante di motivi, in cui la stessa censura è proposta sotto profili diversi;

- la complessità, caoticità e contraddittorietà della norma giuridica da applicare. Anche qui si richiama quanto esposto nel precedente paragrafo sul punto.

Oltre a queste cause, che potremmo definire patologiche, vi sono poi quelle situazioni nelle quali un atto processuale, ancorché coinciso, non è

l'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi”. Nel 2010, con il codice della giustizia amministrativa, è stata introdotta la disposizione *ad hoc* su chiarezza e sinteticità; identico intervento si è avuto nel 2016, con il codice della giustizia contabile.

(46) In tal senso anche A. ORLANDO e A. GENTILI, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., rispettivamente, p. 16 e p. 29.

(47) In tal senso anche A. GENTILI, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., pp. 28-29.

(48) In tal senso anche A. GENTILI, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., p. 28.

(49) In tal senso anche A. GIUSTI, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., p. 68.

(50) così A. GENTILI, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., p. 29.

“breve” ma “lungo” per ragioni oggettive. Queste situazioni, all’evidenza, non rientrano nella problematica della concisione degli atti giuridici. Richiamando quanto evidenziato nella introduzione, concisione non implica necessariamente brevità dell’atto; può venire in rilievo un atto - ad esempio una sentenza definitiva di un giudizio con numerose parti, con svariate questioni pregiudiziali e/o preliminari e complessità nel merito con cumulo di domande - nel quale necessariamente il contenuto è “lungo” e non “breve”. Analogo discorso per l’atto processuale di parte, come ad esempio una comparsa di risposta, che dovrà tenere altresì conto del requisito della completezza, della autosufficienza, del maturare di preclusioni, non contestazioni ed acquiescenze, delle contestazioni delle controparti. Alla stregua di quanto detto, non si può - nelle ipotesi fisiologiche - predeterminare in astratto la dimensione dell’atto processuale.

Il mancato rispetto dei requisiti della chiarezza e concisione, nelle ipotesi patologiche, determina varie conseguenze pregiudizievoli.

Ove la non chiarezza o la non concisione renda non intelligibile il contenuto dell’atto nei punti essenziali - ossia in ordine alle *personae*, al *petitum* e alla *causa petendi* - la conseguenza è la nullità (violazione invalidante). Nullità tanto degli atti processuali di parte (51), quanto degli atti del giudice (52).

Diversamente, l’atto non sarà invalido, ma arrecherà dei pregiudizi (violazione non invalidante). Pregiudizi costituiti, negli atti di parte, dall’ostacolo al pieno dispiegarsi del contraddittorio e del diritto di difesa e, negli atti del giudice, dalla inadeguata comprensione delle ragioni del *decisum* (53). Ad atti non chiari e non concisi - nella violazione non invalidante - può conseguire altresì, secondo una diffusa opinione, la violazione della regola della ragionevole durata del processo.

Per conseguire l’obiettivo della redazione concisa degli atti giuridici - evitando le patologie sopraesposte conseguenti alla riottosità degli operatori del diritto a rispettare i criteri della chiarezza e, soprattutto, della concisione - sono state individuate varie tecniche.

Schematizzazione degli atti processuali. Una prima tecnica è quella della schematizzazione degli atti processuali (54). Gli atti dovrebbero essere redatti secondo uno specifico format, strutturati, anche tipograficamente, in indici,

(51) Il prototipo della disciplina è da rinvenire nell’art. 164, comma 1 nel richiamo al n. 2 dell’art. 163, e comma 4 nel richiamo ai nn. 3 e 4 dell’art. 163 c.p.c.

(52) *Arg. ex art.* 360, comma 1, n. 4, c.p.c.

(53) In tal senso anche C. CONSOLO, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., pp. 74-75.

(54) Tecnica caldeggiata nei sopraccitati Protocollo d’intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria e nel decreto del Primo Presidente della Corte di Cassazione relativo alla motivazione dei provvedimenti in materia civile.

paragrafi e sub-paragrafi: “*Lo schema esteriore avrà la virtù di trascinare con sé lo schema interno, fornendo chiarezza e sfrondando le deplorevoli continue ripetizioni: tutto, per una sola volta, su ogni punto, in ordine logico*” (55).

Ciò tanto per gli atti di parte che per quelli del giudice.

Quanto agli atti di parte, con discorso focalizzato sul contenuto degli atti processuali di ingresso della parte nel processo (atto di citazione, comparsa di risposta, comparsa di intervento), si rileva che anche modifiche nella forma degli atti (contenuto-forma; stringatezza del contenuto) possono contribuire ad una migliore funzionalità del processo.

Potrebbe in proposito, *de jure condendo*, prevedersi che il codice di rito contenga lo schema-tipo dell'atto processuale di ingresso, quasi un sorta di formulario con delle parti in bianco da riempire in via obbligatoria e da completare con punti ben definiti nello schema dell'atto ove esporre i requisiti dello stesso.

Tale tecnica è operante per vari settori dell'ordinamento: nel diritto commerciale, il bilancio deve essere redatto seguendo, *ex art.* 2424 cod. civ., uno schema ben delineato, nell'evidente intento di facilitare la leggibilità ad opera dell'interessato. Anche gli atti procedurali delle procedure di selezione dei contraenti negli appalti pubblici debbono seguire uno schema vincolato.

Nello specifico ambito del processo civile, un simile modello è già operante in alcuni Paesi europei. Il *writ*, atto introduttivo della procedura di prima istanza in Inghilterra e Galles, “*è un modulo pre-stampato che l'attore può acquistare da qualsiasi rivenditore autorizzato. Oltre ad elementi formali ed ai nomi delle parti in causa, il writ deve contenere l'esposizione della domanda dell'attore, pur se in modo stringato e non dettagliato*” (56); caratteristiche analoghe ha il *summons*, atto introduttivo della procedura di prima istanza in Scozia (57). Anche nel procedimento europeo per le controversie di modesta entità è previsto che l'attore (art. 4 del Reg. CE n. 861/2007 dell'11 luglio 2007) introduca l'iter compilando il modulo di domanda standard ed è previsto che il convenuto (art. 5 del Reg. CE n. 861/2007) risponda compilando un modulo di replica standard.

Tale proposta di modifica può avere varie ricadute positive a livello organizzativo: adeguata leggibilità degli atti ad opera degli operatori giudiziari; tentativo di stringatezza del contenuto, prevedendo (sul modello degli schemi del diritto comunitario in tema di appalti) limiti massimi nel contenuto di de-

(55) Così: A. GENTILI, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., p. 35. In senso analogo anche L. CALAMARO, in G. CONTE - F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi degli atti giuridici*, cit., p. 190.

(56) Così J.A. JOLOWICZ, *L'amministrazione della giustizia civile: Inghilterra e Galles*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, CEDAM, vol. I, 1994, p. 153.

(57) I. WILLOCK, *L'amministrazione della giustizia civile: Scozia*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, cit., p. 181.

terminate parti (ad es. gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda ex art. 163, comma 3 n. 4, c.p.c.) (58).

Quanto agli atti del giudice, andrebbe caldeggiato l'utilizzo della tecnica - propria dell'ordinamento francese - del "*considerato che*". Nella tradizione francese le sentenze "*sono per lo più formulate mediante una serie di proposizioni subordinate, introdotte ciascuna dell'espressione <<ATTENDU QUE>> od altra analoga, in modo da costruire sintatticamente una frase unica (eccetto il dispositivo)*" (59).

Sanzione processuale nel caso di atti non concisi. Una tecnica per controstimolare la redazione di atti patologicamente non concisi potrebbe essere quella della previsione di inammissibilità (per gli atti di parte) e di nullità (per gli atti del giudice). Allo stato attuale tale sanzione non può essere applicata perché non prevista dall'ordinamento (60). Potrebbe essere prevista *de jure condendo*.

(58) Per tali aspetti: M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Indagine sul processo civile in Italia. Irragionevole durata del processo e possibili "ragionevoli" linee di intervento*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2010, 4, pp. 236-237.

(59) Così A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, 1983, Giuffrè, p. 172. Auspica l'utilizzo di tale tipo di motivazione E. LUPO, *Il funzionamento della Cassazione civile*, in *Foro It.* 1999, V, c. 202, nel sistema attuale in relazione alla sentenza della Corte di Cassazione; l'utilizzo di tale motivazione è definita dall'Autore "*a forma contratta*", in alternativa a quella tradizionale di tipo discorsivo, dovrebbe essere frutto di una scelta del Collegio giudicante in ordine alla decisione di ricorsi che deducono vizi di motivazione (sul giudizio di fatto) e alle decisioni di ricorsi che propongono questioni giuridiche sulle quali esistono precedenti della Corte che non vengono seriamente messi in discussione e, pertanto, la motivazione può limitarsi ad un rinvio ai precedenti (cfr. *op. ult. cit.*, c. 203); l'Autore evidenzia, altresì, che grazie soprattutto al diverso stile delle proprie decisioni, la Corte di Cassazione francese, con un numero di magistrati di gran lunga inferiore a quello della nostra Corte di Cassazione, ha emanato, nel 1998, 19.815 pronunce, di cui 13.776 sentenze (*arrêts*) e 6039 ordinanze, laddove in Italia le sentenze emanate sono state, invece, 12.908 (*op. ult. cit.*, c. 102). Sulla questione altresì: V. CAPASSO, *La motivation enrichie: controtendenze dalla Francia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, 2, p. 532; l'autrice evidenzia che tra le Corti superiori francesi è in atto un movimento in controtendenza rispetto al principio della sinteticità della motivazione: la consapevolezza della necessità di rendere pronunce «*accessibili*» spinge a ripensare lo schema della «*phrase unique*», mentre la constatazione che «*tous les arrêts ne méritent pas une motivation plus explicite*» induce a differenziare il grado di approfondimento in base all'interesse generale alla conoscenza della motivazione.

(60) In tal senso anche, con discorso riferito all'atto di parte nel processo amministrativo, A. CASATELLA, *L'inammissibilità dell'appello manifestamente prolisso*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, 2, 237, per il quale sembra preclusa al giudice, in difetto di espressa previsione legale, la declaratoria di inammissibilità del gravame manifestamente prolisso, posto che si tratterebbe di una sanzione atipica non contemplata dal codice di rito e che nel caso dell'appello prolisso, la sanzione sarà rappresentata dalla condanna alla liquidazione delle spese di lite, o, comunque, da una ripartizione che tenga conto della violazione dell'art. 3, comma 2, c.p.a., nei termini ora stabiliti dall'art. 26, comma 1, c.p.a. In senso contrario Cons. Stato, 7 novembre 2016, n. 4636, per la quale l'appello manifestamente prolisso deve essere dichiarato inammissibile: "*Nel caso di specie - premesso che la difesa del Q. non ha specificamente contestato l'eccezione di inammissibilità sollevata da Roma Capitale e non ha proposto di ridurre e semplificare i motivi di gravame - il Collegio rileva che l'atto di appello (di 217 pagine), risulta caratterizzato da plurime reiterazioni delle medesime argomentazioni, dalla conseguente esposizione delle stesse in modo non specifico ed esaustivo ma attraverso motivi intrusi, da interpolazioni con atti*

Sanzione della inutilizzabilità dell'atto per la parte che supera la ragionevole dimensione. Altra tecnica per controstimolare la redazione di atti di parte patologicamente non concisi è quella della inutilizzabilità dell'atto per la parte che supera la ragionevole dimensione. Ciò è quanto specificamente previsto - come illustrato innanzi - nel processo amministrativo. Tale sanzione, come la tecnica innanzi esposta, è applicabile solo se contemplata dall'ordinamento.

Sanzione della condanna alle spese in capo alla parte che ha redatto l'atto che supera la ragionevole dimensione. Un modo, intuitivamente efficace, per impedire la redazione di atti di parte patologicamente non concisi è quella della condanna alle spese in capo alla parte che ha redatto un atto che supera la ragionevole dimensione.

Tanto è previsto espressamente nel processo amministrativo.

La condanna alle spese per la detta ragione può reputarsi operante anche nel processo civile giusta gli artt. 88, comma 1, e 92, comma 1, c.p.c. L'art. 92, comma 1, c.p.c. recita: *"Il giudice, nel pronunciare la condanna di cui all'articolo precedente [condanna alle spese in applicazione della regola della soccombenza], [...] può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'articolo 88, essa ha causato all'altra parte"*. L'art. 88, comma 1, c.p.c. dispone: *"Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità"*. All'evidenza, la redazione di atti non chiari e non concisi integra una condotta violativa del principio di lealtà processuale, atteso che la chiarezza e concisione attengono alla piena attuazione del contraddittorio e alla piena funzionalità del diritto di difesa (61).

Analoga conclusione può essere predicata per il processo contabile, ricordando l'art. 31, comma 6, D. L.vo n. 174/2016 - secondo cui *"Per quanto non espressamente disciplinato dai commi da 1 a 5, il giudice nel regolare le spese applica gli articoli 92 [...] del codice di procedura civile"* - e l'art. 88, comma 1, c.p.c., applicabile al processo contabile in virtù della disposizione di rinvio "esterno" di cui all'art. 7, comma 2, del Codice di giustizia contabile

giudiziari ed amministrativi (talora fotocopiati ed inseriti nel testo), dallo stralcio di dibattiti in sedute di organi collegiali nonché da manifesta prolissità. Tale esposizione ha reso estremamente difficile la comprensione del thema decidendum da parte del Collegio che - pur avendo effettuato una attività di "estrazione" dei motivi come desumibili dalla lettura del ricorso - resta non certo né della esaustività dei motivi di appello, né della loro esatta definizione contenutistica. Tanto basta a che l'appello proposto dal Q. sia dichiarato inammissibile per difetto di specificità dei motivi proposti e violazione del dovere di sinteticità". Il Supremo Consesso amministrativo, tra le ragioni della inammissibilità evoca anche l'aspetto della giurisdizione come risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, sì da preservare la possibilità di consentirne l'utilizzo anche alle parti nelle altre cause pendenti e agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale.

(61) In tal senso anche G. FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 4-5, p. 853.

enunciante: “*Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano gli articoli 99, 100, 101, 110 e 111 del codice di procedura civile e le altre disposizioni del medesimo codice, in quanto espressione di principi generali*”.

Sanzione incidente sullo status dei difensori e dei giudicanti autori di atti non concisi. Ulteriori tecniche per scoraggiare la redazione di atti patologicamente non concisi sono quelle della sanzione disciplinare in capo ai difensori, rimessa ai Consigli dell’Ordine (misura adottabile giusta art. 88, comma 2, c.p.c.) (62) e della valutazione negativa ai fini della progressione nella carriera in capo al giudice (misura evidenziata nel sopracitato decreto del Primo Presidente della Corte di Cassazione relativi alla motivazione dei provvedimenti in materia civile).

Rinuncia alla motivazione. Altra tecnica - valevole per gli atti del giudice - potrebbe essere, recependo quanto previsto nel processo civile germanico (63), la introduzione di una disposizione prevedente la non necessità della motivazione se le parti vi hanno rinunciato entro un dato termine. È vero che tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati (art. 111, comma 6, della Cost.), ma è anche vero che la tutela giurisdizionale dei propri diritti è disponibile (art. 24, comma 1, della Cost.); orbene, se è disponibile il diritto di azione, *a fortiori* sarà disponibile il diritto alla motivazione del provvedimento che decide sull’azione esercitata (64).

10. Considerazioni finali.

Quali conclusioni trarre dalla disamina finora condotta?

Di tutti gli atti esaminati, quello per il quale, in modo quasi ossessivo, si pretende la redazione sintetica è sicuramente l’atto giudiziario.

Una redazione non sintetica costituisce, secondo una opinione diffusa, concausa - tra le più rilevanti - della irragionevole durata del processo, che gli organi giurisdizionali cercano di contrastare con varie tecniche.

Si è menzionata innanzi una sentenza del Supremo consesso amministrativo, che ha dichiarato inammissibile un atto per il solo fatto di essere non conciso. Tale dichiarazione non è tuttavia consentita dall’ordinamento giuridico. Orientamenti del genere conducono al formalismo giuridico.

A parere di chi scrive l’ipotesi della “patologica” non concisione degli

(62) In tal senso anche G. FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, cit., p. 853 per il quale non può escludersi che la violazione del dovere di sinteticità - avente una valenza deontologica, in quanto può integrare la violazione dei doveri lealtà e correttezza, di fedeltà, di diligenza e competenza (artt. 6, 7 e 8 L. 31 dicembre 2012, n.247) - possa essere fonte di responsabilità disciplinare.

(63) W.J. HABSCHIED, *La giustizia civile in Germania*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, cit., p. 120, richiamante il § 313a *Zivilprozessordnung*.

(64) Sul punto altresì: M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Indagine sul processo civile in Italia. Irragionevole durata del processo e possibili “ragionevoli” linee di intervento*, cit., p. 235.

atti processuali non costituisce concausa della irragionevole durata del processo. Ciò per due ragioni.

La prima, è che, tra le diverse cause della dilatazione della durata del processo, marginale è l'aspetto relativo al contenuto prolisso degli atti.

Da una piana disamina del sistema si può ricavare che le cause della dilatazione della durata del processo sono principalmente ascrivibili a:

- aumento progressivo del numero dei processi, con forte accelerazione a seguito dell'introduzione del cd. processo del lavoro a metà degli anni '70 del secolo trascorso;

- effetto cumulativo dell'arretrato;

- riduzione del contenzioso affidato a giudici onorari;

- vuoti nell'organico della magistratura;

- insufficienza del numero dei magistrati togati in uno allo svolgimento - in numerosi casi - di attività extragiudiziarie ad opera degli stessi (quali la partecipazione ad attività di concorsi nella qualità di commissari, incarichi di insegnamento universitario) (65).

- tendenza a più elevati tassi di litigiosità: crisi dei tradizionali apparati di mediazione e composizione dei conflitti (famiglia, istituzioni religiose e politico-sindacali); complessità, instabilità e spesso inaccessibilità della legge;

- condotta di una certa parte del ceto forense che, con vari cavilli legali, allunga la durata del processo, in uno all'eccessivo numero degli avvocati esistenti in Italia;

- inefficace controllo sulla produttività dell'attività dei magistrati (66).

La seconda ragione è l'"occhio clinico" del giudicante che sterilizza i tempi tecnici.

Nella comune esperienza, qualsivoglia lettore, tranne casi eccezionali, riesce a decifrare un dato oggetto in un tempo tecnico sufficientemente breve. La normale intelligenza di chi legge, conduce ad afferrare in modo rapido i punti rilevanti.

Comprova di quanto detto è la stratificata giurisprudenza amministrativa, che - nei giudizi su ricorso avverso le inidoneità agli esami di abilitazione, nei quali il ricorrente censura, tra l'altro, la brevità dei tempi di correzione di un compito - reputa plausibile tempi di correzione di pochi minuti della prova, sul presupposto della esperienza e capacità e, appunto, dell'"occhio clinico" (nel significato corrente di avere la capacità di capire, valutare una situazione al primo approccio).

(65) Numerosi giudici ordinari sono impegnati in un numero elevato di attività sociali, politiche ed economiche che esulano dalla loro attività giudiziaria.

(66) Su tali cause: M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Indagine sul processo civile in Italia. Irragionevole durata del processo e possibili "ragionevoli" linee di intervento*, cit., pp. 206-208.

Non è quindi plausibile che i casi - peraltro non ordinari - di atti prolissi rallentino la durata del processo.

Il caso degli atti patologicamente non concisi - peraltro - può essere stemperato con l'attivazione del dovere di collaborazione del giudice, il quale può chiedere chiarimenti alle parti (su ciò che non è chiaro) (67) e il riassunto delle questioni rilevanti (su ciò è inutilmente prolisso).

(67) Riconosciuto nell'art. 183, comma 4, c.p.c. (*“Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”*) e nell'art. 64, comma 3, D.L.vo n. 104/2010 (*“Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione”*).

La costituzione di parte civile nel processo contro gli enti

Fabrizia Cesarano*

SOMMARIO: 1. Premessa: il superamento del principio “societas delinquere non potest” - 2. La problematica questione dell’ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo contro un ente - 2.1. Considerazioni preliminari: l’assenza di una disciplina ad hoc sul punto - 2.2. La tesi estensiva: gli orientamenti che ammettono la costituzione di parte civile - 2.3. La tesi restrittiva: gli orientamenti che negano la costituzione di parte civile - 3. La giurisprudenza sul punto: i distinti approdi delle supreme giurisdizioni - 3.1. La giurisprudenza di legittimità - 3.2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia - 3.3. La giurisprudenza costituzionale - 4. Aperture giurisprudenziali: il caso “Ilva” - 5. Cenni conclusivi.

1. Premessa: il superamento del principio “societas delinquere non potest”.

Alla domanda se una persona giuridica potesse essere considerata responsabile penalmente, fino a qualche tempo fa, si rispondeva semplicemente e acriticamente in maniera negativa. Si trattava di un’affermazione non argomentata né motivata, che dava per scontati gli assunti su cui si fondava, primo fra tutti il principio del “societas delinquere non potest” (1), assunto addirittura a “mitologia giuridica della modernità” (2), in quanto dato per vero senza essere mai stato messo in discussione criticamente.

Come mai si formulava questa risposta in termini così categorici? La ragione è evidente e si desume dallo stesso indice sinottico del codice penale. Il nostro codice ha, infatti, una conformazione antropocentrica e antropomorfica ed è costruito - così come gli istituti al suo interno - intorno all’idea di uomo persona fisica.

Solo nell’ultimo secolo in Italia si è iniziato ad avvertire ciclicamente il bisogno di superare il principio in questione (3): prima del 2000, infatti, pur

(*) Dottoressa in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli (avv. Vinca Giannuzzi Savelli).

(1) Cfr. G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 943. L’autore definisce il principio in questione “uno dei cardini inattaccabili del diritto penale classico, uno dei miti giuridici più solidi mai conati in ambito penalistico”.

(2) Sulla nozione di “mitologia giuridica” più approfonditamente S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 3.

(3) Più nello specifico, negli anni Venti, con l’intento di introdurre una forma di responsabilità dei sindacati, cfr. DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in *Riv. pen.*, 1920, pp. 201 ss. Negli anni Settanta con i lavori di Franco Bricola. Per una panoramica sul punto vd. F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale. Parte speciale e legislazione complementare. Diritto penale dell’economia*, a cura di CANESTRARI-MELCHIONDA, II, t. II, Milano, 1997.

non arrivando mai ad una svolta nella disciplina, si è più volte sentita la necessità di superare i dogmi in materia (4).

La circostanza che molti reati, commessi palesemente nell'ottica e nell'interesse della politica aziendale di una società, fossero poi imputati a una persona fisica - quale "capro espiatorio" - lasciando impunito l'ente effettivamente responsabile, rappresentava, infatti, un costo intollerabile per il nostro sistema penale. I tentativi cui si è accennato, anche se rimasti infruttuosi, hanno però contribuito a far vacillare il principio del *societas delinquere non potest*, preparando il terreno per un radicale cambiamento.

Ebbene, il punto di svolta c'è stato con l'introduzione del d.lgs. 231 del 2001, che - nell'ambito del panorama normativo italiano - ha rappresentato indubbiamente uno degli eventi più rilevanti e significativi degli ultimi decenni (5).

Il d.lgs. 231 dell'8 giugno 2001, rubricato "Responsabilità amministrativa delle società e degli enti" ha definitivamente reso i soggetti metaindividuali, con o senza responsabilità giuridica (6), coprotagonisti della vicenda punitiva (7): la disciplina, infatti, pur se esplicitamente qualificata come "amministrativa dipendente da reato", pare assumere per alcuni aspetti carattere penale.

Il legislatore ha, quindi, nel giro di un anno, abbattuto il *totem* del "*societas delinquere non potest*", senza però costruire nuovi criteri e principi in materia tanto di responsabilità, che di pene, per le persone giuridiche e soprattutto, inquadrandone la natura in chiave solamente formalistica (8).

(4) G. AMARELLI, *Op. cit.*, pp. 944-948.

(5) La letteratura in materia è vastissima. Cfr., tra gli altri, A. BASSI e T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Giuffrè, Milano, 2002; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008; G.M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2008; R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Giuffrè, Milano, 2006; M.A. PASCULLI, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Cacucci, Bari, 2005; M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Jovene, Napoli, 2009; G. RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, Giappichelli, Torino, 2007; F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Giuffrè, Milano, 2004. Vd. inoltre, con specifico riferimento ai gruppi di società, F.C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Egea, Milano, 2010; E. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè-Luiss University Press, Milano-Roma, 2006.

(6) Ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 231, le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. La responsabilità è invece esclusa (comma 3) per lo Stato, per gli enti pubblici territoriali, per gli altri enti pubblici non economici e per quelli che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Tra gli altri, cfr. A. ROSSI, *I soggetti persone giuridiche: su quali enti vigila il D.Lgs. 231?*, in *Le Società*, pp. 23 ss.

(7) G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1351253564De%20Simone%20definitivo.pdf>

(8) V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, pp. 879 ss.

Questa circostanza ha fatto sì che l'effettiva qualificazione di tale responsabilità fosse lasciata al vaglio della dottrina e della giurisprudenza, dando adito al susseguirsi di differenti teorie in merito, come meglio si approfondirà di seguito.

La menzionata questione non ha una mera portata accademica e nominalistica: infatti, dalla natura giuridica che si attribuisce alla responsabilità degli enti, ne discendono conseguenze pratiche, entrando chiaramente in gioco i "referenti costituzionali" della disciplina tratteggiata nel d.lgs. 231/2001 (9).

In quest'ottica, definire la responsabilità delle persone giuridiche amministrativa piuttosto che penale o viceversa, o addirittura un cosiddetto "tertium genus", cambia il modo di approcciare ai risvolti concreti che tale classificazione comporta, non da ultimo quello su cui ci si soffermerà nel presente scritto.

La problematica relativa all'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo per l'accertamento della responsabilità da reato dell'ente è, infatti, strettamente legata alla *quaestio* relativa alla natura della tematica in esame. Entrando nel vivo dell'analisi, sarà inevitabile toccare - pur se brevemente - il problema della natura da attribuire alla responsabilità di cui ci si sta occupando. Problema che è forse giusto identificare come il filo conduttore intorno al quale ruota ogni dubbio che è sorto, nel corso del tempo, in dottrina e in giurisprudenza, a proposito del d.lgs. 231/2001.

2. La problematica questione dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo contro un ente.

La tematica concernente l'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo per l'accertamento della responsabilità da reato (o meglio, da illecito amministrativo dipendente da reato) dell'ente, ha costituito - fin dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001 - una problematica su cui dottrina e giurisprudenza si sono soffermate con particolare attenzione.

Preliminarmente, pare opportuno chiarire che la costituzione di parte civile cui si fa riferimento in questa sede, è quella legata alla pretesa risarcitoria - l'esercizio dell'azione civile ai sensi degli art. 185 c.p. e 175 c.p.p. - che il soggetto danneggiato avanzi direttamente nei confronti delle persone giuridiche responsabili dell'illecito amministrativo da reato (10). Si allude, quindi,

(9) G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 151 ss.; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002.

(10) M. RICCARDI, "Sussulti" giurisprudenziali in tema di costituzione di parte civile nel processo de societate: il caso Ilva riscopre un leitmotiv del processo 231, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 4, pp. 1-2.

all'ingresso della parte civile in quella vicenda processuale che, pur muovendosi parallelamente al processo instaurato nei confronti del soggetto persona-fisica, segue in realtà regole derogatorie rispetto a quelle del codice di procedura penale, mantenendo una propria autonomia (11).

Tale circostanza non esclude la possibilità per il danneggiato di far valere le proprie pretese "indirettamente" nei confronti dell'ente, quale responsabile civile per i danni derivanti dal reato commesso dalla persona fisica (12).

Date queste premesse, si comprende come la questione si converta in un effettivo problema applicativo nei casi in cui non sia possibile ricorrere all'istituto del responsabile civile, lasciando apparentemente il danneggiato privo di qualsiasi tipo di tutela. Questo accade quando, ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 231/2001 "l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile" o "il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia" (13), in quanto si riconosce l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica imputata (14), ovvero qualora si contesti la responsabilità dell'ente pur a fronte di una sentenza di assoluzione delle persone fisiche (15), nonché in ipotesi in cui la persona fisica si sia "defilata" (16) dal *simultaneus processus* (17).

Ed è proprio l'impossibilità di realizzare, anche indirettamente, la pretesa risarcitoria del danneggiato in tali circostanze, che spinge a interrogarsi sull'effettiva possibilità di ammettere, in sede penale, l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno direttamente nei confronti dell'ente "imputato".

Si procederà, di seguito, alla disamina delle differenti interpretazioni formulate in dottrina e in giurisprudenza sul punto (18), tentando - senza alcuna pretesa di esaustività - di offrire una panoramica della problematica.

2.1. Considerazioni preliminari: l'assenza di una disciplina ad hoc sul punto.

È sicuramente nell'ordine logico delle cose, quando ci si confronta con una tematica, partire preliminarmente dall'analisi del dato letterale.

(11) F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1347.

(12) R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale*, parte generale, Molfetta, 2017-18, p. 428.

(13) Art. 8, comma 1, lett. a), b), d.lgs. 231 dell'8 giugno 2001.

(14) R. GAROFOLI, *Op. cit.*, p. 428.

(15) D. PULITANÒ, *Ma lo strumento è coerente con il sistema dei rapporti tra azione civile e rito penale*, in *Resp. risarc.*, 2008, p. 11.

(16) Ad esempio, per la separazione dei processi, in caso di patteggiamento.

(17) M. RICCARDI, *Op. cit.*, p. 4.

(18) Cfr., tra gli altri: A. BASSI, *La costituzione di parte civile nel processo agli enti: un capitolo ancora aperto*, in *Rivista 231*, 2009, 3, pp. 17 ss.; G. ELIA, *In tema di costituzione di parte civile nei confronti degli enti responsabili ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Foro ambr.*, 2004, pp. 22 ss.; A. ZAMPAGLIONE, *Considerazioni sulla costituzione di parte civile nel processo penale a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, pp. 1235 ss. Sull'evoluzione giurisprudenziale, cfr. L. VARANELLI, *La questione dell'ammissibilità della pretesa risarcitoria nel processo penale nei confronti degli enti*, in *Rivista 231*, 2009, 3, pp. 159 ss.

In primis, l'art. 185.2 c.p. recita "ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbano rispondere per il fatto di lui". Come accennato in precedenza, è, quindi, consentita un'azione risarcitoria direttamente in capo al colpevole e indirettamente in capo ai soggetti che, secondo le norme civilistiche, sono tenuti a rispondere del fatto di quest'ultimo.

Ebbene, dalla lettura del testo del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, quanto si rileva è la totale assenza di riferimenti legislativi sulla legittimazione o meno della parte civile a costituirsi nel *simultaneus processus* cui sono sottoposti l'ente e le persone fisiche imputate per il reato-presupposto.

Infatti, soffermandosi in particolare sul capo III del decreto, rubricato "Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative" e ancora più nello specifico sulle sez. II, V e VII (19), le parti, cioè, in cui sarebbe astrattamente "naturale" rinvenire la disciplina sul procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente, si nota come manchino espressamente riferimenti a tale istituto.

È pur vero, però, che gli artt. 34 (20) e 35 (21), sancendo l'osservanza delle norme "speciali" poste dal decreto e, per quanto compatibili, delle disposizioni "generali" del codice di rito e di quelle dedicate all'imputato, fungono da "valvola di apertura" (22) idonea a colmare eventuali vuoti di disciplina.

Tramite tali disposizioni di rinvio, unitamente all'art. 74 c.p.p. (23) che legittima l'inserimento nel processo penale della pretesa risarcitoria di matrice civilistica a opera del danneggiato dal reato o dei suoi successori universali, si potrebbe concludere per la diretta applicabilità, almeno in linea teorica, del summenzionato art. 185 c.p. anche nel processo nei confronti dell'ente.

Ciononostante, un attento interprete non potrà fare a meno di interrogarsi sull'atteggiamento "ambiguo" del legislatore. La scelta di non esprimersi direttamente sulla costituzione di parte civile, pur avendo posto in essere una disciplina *ad hoc* sul trattamento processuale dell'ente e avendo adeguato taluni istituti codicistici alle caratteristiche ontologiche della persona giuridica, è frutto di un atteggiamento consapevole, volto a negarne l'ammissibilità, o

(19) Rispettivamente: Sez. II "Soggetti, giurisdizione e competenza" (Artt. 36-43); Sez. V "Indagini preliminari e udienza preliminare" (Artt. 55-61); Sez. VII "Giudizio" (Artt. 65-70), d.lgs. 231/2001, Capo III.

(20) Art. 34, d.lgs. 231/2001 - Disposizioni processuali applicabili - "1. Per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme di questo capo nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271".

(21) Art. 35, d.lgs. 231/2001 - Estensione della disciplina relativa all'imputato - "1. All'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili".

(22) M. RICCARDI, *Op. cit.*, p. 3.

(23) C. GASTALDO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto processuale*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009.

si tratta di una spinta rivolta all'operatore del diritto a compiere di volta in volta un coordinamento tra fonti di disciplina generale e speciale?

La risposta a questo interrogativo può rappresentare un primo indice argomentativo a sostegno di una piuttosto che di un'altra tesi sul punto.

In ogni caso, prima di procedere nella trattazione, si rammenti che l'argomento letterale non può essere assunto quale *unicum* per consacrare definitivamente uno degli orientamenti: è necessario, infatti, procedere a un'analisi sistematica della disciplina "231", al fine di avere una panoramica quanto più completa possibile sulla materia.

2.2. La tesi estensiva: gli orientamenti che ammettono la costituzione di parte civile.

Come già evidenziato in precedenza, la qualificazione della natura giuridica della responsabilità dell'ente rappresenta la "madre" di tutte le questioni in materia di "231".

E, in effetti, il primo approccio estensivo all'ammissione della costituzione di parte civile nell'ambito di questo tipo di processo, si è formato proprio partendo dall'assunto della natura formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale della responsabilità *ex. d.lgs. 231/2001*.

Secondo quest'interpretazione, il legislatore, nel testo del decreto, rubricandolo "Responsabilità amministrativa delle società e degli enti", avrebbe compiuto una cosiddetta "frode delle etichette" (24), in modo tale da non dover affrontare l'ostacolo insormontabile, accanto alla stessa struttura del nostro codice penale, rappresentato dall'art. 27 comma 1 (25) della Costituzione, che sancisce il principio della personalità della responsabilità penale.

La natura sarebbe, in effetti, sostanzialmente penale. Pur non essendo questa la sede adatta a un approfondimento sul punto, per esigenze di completezza pare opportuno accennare ad alcuni degli elementi indizianti - ampiamente ricorrenti nella manualistica (26) - che celerebbero l'operazione di occultamento realizzata dal nostro legislatore in materia (27).

(24) C. CONTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio *societas delinquere non potest?**, in *Il diritto penale dell'impresa*, C. CONTI (a cura di), in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XXV, Padova, 2001, p. 866; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, G. GARUTI (a cura di), Padova, 2002, p. 80; V. MAIELLO, *Op. cit.*, p. 899; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, p. 8.

(25) In relazione alla compatibilità con il principio di personalità dell'articolo 27 Cost., cfr. A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 1-2, p. 45; F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, pp. 951 ss.

(26) G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, *Op. cit.*, pp. 151 ss.

E in effetti, la circostanza che l'ente risponda per un reato piuttosto che per un illecito amministrativo, la cui cognizione è demandata al giudice penale, comporta inevitabilmente l'irrogazione di sanzioni analoghe a quelle penali.

Ciononostante, accanto a coloro che fanno derivare la possibilità della costituzione di parte civile nell'ambito del processo "231" dalla natura sostanzialmente penale di tale responsabilità, c'è anche chi condivide la stessa posizione pur considerando le due problematiche indipendenti tra loro.

Alcuni (28), infatti, partendo dall'assunto per cui, ai sensi dell'art. 2043 c.c., è in presenza di un "qualunque fatto" illecito che scatta l'obbligo di risarcimento del danno, hanno ritenuto che anche l'illecito amministrativo da reato contestato all'ente legittimerebbe la pretesa risarcitoria del danneggiato, ammettendosi conseguenzialmente la costituzione di parte civile nel processo "231" senza fare ricorso agli articoli 74 c.p.p. e 185 c.p.

Nella stessa direzione si pone anche chi, dato il meccanismo di immedesimazione organica della persona giuridica alla persona fisica (29), che lo rende soggetto autore del fatto, e valorizzando la componente compensativa dell'offesa che caratterizza tutta la struttura del decreto, ha riconosciuto come dal fatto dell'ente derivi un danno risarcibile sullo stampo di quello "diretto" ex artt. 2043 e 2059 c.c., diverso, quindi, da quello di cui all'art. 2049 c.c. (30).

Altri ancora, esaltando la condotta riparatoria e reintegrativa delle condotte *post factum* della disciplina del "231" (31), ritengono che l'art. 185 c.p.p. vada interpretato estensivamente, ricomprendendo quindi anche il *tertium genus* della responsabilità dell'ente (32).

(27) Optano per la tesi penale, tra gli altri: C. DE MAGLIE, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 11, p. 1348; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 6, pp. 1103 ss.; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845.

(28) C.F. GROSSO, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 4, pp. 1335 ss.

(29) Sulla base dei criteri di attribuzione dell'illecito degli articoli 5, 6 e 7.

(30) Per la giurisprudenza in merito, si veda: processo *Telecom*, GUP Trib. Milano, 9 luglio 2009, in *Foro ambr.*, 2009, 3, p. 288, con nota di D. PULITANÒ, M. ZANCHETTI, *Memoria della parte civile in merito all'ammissibilità della costituzione nei confronti dell'ente citato ex d.lg. 231/2001*; processo *Eni-power*, GUP Trib. Milano, 5 febbraio 2008, in *Dir. pen. cont.*, 5 febbraio 2008, e in *Foro ambr.*, 2008, 2, p. 222, con nota di G. BELLINGARDI, *In tema di ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente responsabile ex d.lgs. 231/2001*; GUP Trib. Napoli, 25 gennaio 2008, in *Il Merito*, 2008, 3, p. 61, con nota di A. SORGATO, *La costituzione di parte civile nei confronti delle persone giuridiche*.

(31) Art. 12 comma 1, lett. a) e comma 2 lett. b); art. 17 comma 1, lett. a); art. 19.

(32) D. PULITANÒ, *Ma lo strumento è coerente con il sistema dei rapporti tra azione civile e rito penale*, in *Responsabilità e risarcimento*, 2008, n. 5, p. 12. L'autore ritiene, tralaltro, che un simile ap-

Va, quindi, messo in luce come l'ammissione della costituzione di parte civile nell'ambito del processo "231" sia senz'altro in linea con la politica legislativa, tipica degli ultimi anni, che in materia di *corporate liability*, punta su una decisa repressione dell'attività d'impresa (33).

Tirando le somme, pur riconoscendo i benefici a livello di economia processuale di questa posizione, che evita al danneggiato di adire la sede naturale civile per trovare tutela alla propria pretesa risarcitoria, va tuttavia notato che il riconoscimento di tale legittimazione, identificando l'ente quale centro di imputazione tanto dell'illecito 231, quanto del reato presupposto, lo si individua potenzialmente come responsabile del fatto illecito *ex art.* 2043 c.c., come responsabile civile *ex art.* 2049 c.c. e come civilmente obbligato per la pena pecuniaria ai sensi dell'art. 197 c.p., attribuendogli una moltitudine di qualifiche processuali di sicuramente non facile gestione.

2.3. *La tesi restrittiva: gli orientamenti che negano la costituzione di parte civile.*

La tesi predominante, tanto sul fronte giurisprudenziale quanto su quello dottrinale, nega qualsiasi possibilità di rendere ammissibile la costituzione di parte civile del danneggiato nel processo di accertamento dell'illecito amministrativo da reato.

È interessante notare come, pur partendo da argomentazioni simili, le due correnti giungano a esiti totalmente differenti: le ragioni che spingono verso tale esclusione sono, infatti, parzialmente coincidenti con quelle considerate dalla tesi opposta per giustificare l'ammissione.

Ebbene, alla base della teoria in esame vi è l'argomento per cui, la disciplina del d.lgs 8 giugno 2001 n. 231, non dedica alcuna specifica disposizione alle obbligazioni civili nascenti dall'illecito imputato all'ente, né in sede di disciplina dei soggetti del procedimento, né in sede di definizione dell'ambito di cognizione del giudice penale preposto al *simultaneus processus* (34). L'assenza, nel d.lgs. n. 231 del 2001, di qualsiasi riferimento espresso alla parte civile è stata letta come una scelta consapevole del legislatore di esclusione dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente.

Accanto al dato letterale - facilmente argomentabile se si considerano le esigenze di economia e snellezza redazionale insite nella "clausola di apertura"

proccio non implichi un'applicazione analogica in *malam partem* degli art. 185 c.p. e 74 c.p.p., richiedendone solo una lettura sistematica. C.F. GROSSO, *Sulla costituzione di parte civile*, cit., p. 1338. L'autore, invece, osserva che avendo le disposizioni citate natura rispettivamente civile e processuale, sarebbero, in quanto tali, sottratte al divieto di analogia discendente dagli artt. 25.2 Cost. e 1 c.p.

(33) M.T.M. RUBERA, *La costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 2, p. 233.

(34) A. BASSI, *La costituzione di parte civile nel processo agli enti: un capitolo ancora aperto*, *Op. cit.*, pp. 29 ss.

di cui all'articolo 34 e sulla norma estensiva dell'articolo 35 - ci sono altri istituti presenti nella disciplina "231" che legittimano tale teoria (35).

A proposito della responsabilità patrimoniale dell'ente, infatti, l'articolo 27 considera soltanto l'obbligazione avente ad oggetto il pagamento della sanzione pecuniaria; allo stesso modo l'articolo 33 - nell'ambito delle vicende modificative che possono coinvolgere l'ente imputato - dispone unicamente in merito all'allocazione dell'obbligo di pagamento della sanzione pecuniaria per il caso di cessione dell'azienda al cui interno è stato commesso il reato-presupposto.

Ancora, l'articolo 36, nel definire il perimetro cognitivo del giudice penale, non riporta alcun esplicito riferimento all'azione risarcitoria, così come l'articolo 57 (dedicato all'informazione di garanzia), differenziandosi dalla norma "ordinaria" dell'articolo 369 c.p.p., omette di considerare quale destinataria la persona offesa; della persona offesa e, quindi, di un'eventuale danneggiato dal reato che possa costituirsi parte civile non v'è traccia neppure nell'articolo 55 comma 2 (per quanto attiene alla c.d. ispezione nel registro delle notizie di reato), nell'articolo 58 in tema di archiviazione (sotto il profilo, ad esempio, dell'esercizio della prerogativa dell'opposizione *ex* articoli 408 e 410 c.p.p.), nell'articolo 59 comma 2 quanto all'atto di contestazione dell'illecito (in relazione ai contenuti della richiesta di rinvio a giudizio di cui all'articolo 417 c.p.p.) e nell'articolo 61 comma 2, riferito al decreto che dispone il giudizio (per differenza dai requisiti definiti dall'articolo 429 c.p.p.).

Nella fase decisoria, infine, per l'ipotesi di condanna dell'ente ai sensi dell'articolo 69, non è stata riprodotta una disciplina riferita alle statuizioni sulla responsabilità civile analoga a quella degli articoli 538, 539, 540 e 541 c.p.p., difettando inoltre una qualsivoglia disposizione concernente l'impugnazione della sentenza per gli interessi civili rapportabile agli articoli 574 e 576 c.p.p.

L'art. 19, in materia di confisca, è stato utilizzato per avvalorare la tesi avversa, in quanto i suoi fautori evidenziano come la scomputazione dalle *res* confiscabili della parte che può essere restituita al danneggiato presupponga la previa quantificazione a opera del giudicante dell'entità del risarcimento. A questa lettura, se ne oppone un'altra: la riserva garantita realizzerebbe una forma di restituzione limitata a beni individuati, che prescinderebbe dal risarcimento del danno, come conferma il successivo comma in ipotesi di confisca di valore (per cui non è prevista analoga clausola restitutoria, non essendo possibile in tal caso accedere a beni individuati).

(35) Per una maggiore disamina sul punto, in dottrina: A. GIARDA, *Azione civile di risarcimento e responsabilità "punitiva" degli "enti"*, in *Corr. mer.*, 2005, n. 5, p. 579. In giurisprudenza, GUP Trib. Milano, 11 giugno 2010, in *Dir. pen. cont.*, 11 giugno 2010; GUP Trib. Milano, 10 giugno 2008, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2008.

Maggiore valenza argomentativa va senz'altro attribuita all'articolo 54, che, al fine di prevenire un'eventuale carenza delle garanzie per le somme dovute a vario titolo all'erario statale, disciplina i presupposti applicativi del sequestro conservativo, ricalcando quanto previsto dall'articolo 316 c.p.p. e attribuendo il relativo potere di richiesta al solo pubblico ministero.

Tuttavia, il testo della d.lgs. 231/2001, rinviando esplicitamente al solo comma 4, tralascia completamente (e volutamente?) l'esame della parte civile, la cui disamina è invece prevista dai commi 2 e 3 del 316 c.p.p. (36).

Ma l'argomento decisivo è che l'ingresso nel processo dell'ente da parte del danneggiato difetterebbe di legittimazione sotto il profilo sostanziale: infatti, non producendo l'illecito amministrativo danni ulteriori rispetto a quelli cagionati dal reato della persona fisica, non verrebbe in alcun modo giustificata la pretesa fatta valere, non risultando un danno che sia conseguenza immediata e diretta dell'illecito (37).

Tale affermazione trova conferma anche negli articoli 12 e 17, i quali indicano come le poste risarcitorie ipotizzabili e identificabili nella vicenda processuale trovino una netta limitazione, in quanto le condotte riparatorie dell'ente sono unicamente riferibili al "danno del reato", circostanza che esclude qualsivoglia conseguenza aquiliana autonoma da illecito dell'ente (38).

Anche dal punto di vista strutturale, tale tesi ancora una volta confuta quanto considerato dagli "ammissibilisti", ritenendo che il fatto addebitato all'ente sia ontologicamente diverso da quello contestato al soggetto effettivamente agente. Si tratterebbe, in buona sostanza, di un illecito che pur trovando origine nel reato della persona fisica, ne resterebbe distinto (39): il reato-presupposto è elemento necessario, ma non sufficiente per costituire il titolo da cui dipende la responsabilità della persona giuridica, sicché dall'impossibilità di identificare illecito individuale e illecito collettivo (o organizza-

(36) Per una rassegna giurisprudenziale: GUP Trib. Torino, 24 luglio 2008, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2008, e in *Giur. mer.*, 2009, 11, 2819, con nota di G.G. SANDRELLI, *Procedimento a carico degli enti e costituzione di parte civile*. In dottrina, D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, p. 431.

(37) Sul punto, in dottrina, tra gli altri: D. FRACCHIA, *In tema di costituzione di parte civile nel procedimento avviato nei confronti degli «enti» di cui al D.Lgs. n. 231/2001*, in *Soc.*, 2009, 8, p. 1031; L. MONTESANO, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi. La società unica imputata: la prima sentenza di condanna pronunciata al termine del dibattimento*, in *Rivista 231*, 2008, 1, p. 177. In giurisprudenza, GUP Trib. Milano, 26 gennaio 2009, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2009.

(38) Cfr. sul punto: S. GIAVAZZI, *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza penale di condanna*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 137; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, G. GARUTI (a cura di), Padova, 2002, p. 153; L. PISTORELLI, *La problematica costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti: note a margine di un dibattito forse inutile*, in *Rivista 231*, 2008, 3, p. 105.

(39) MANZIONE, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, 2^a ed., Milano, 2010, p. 585.

tivo) consegue analoga impossibilità di parificarne le rispettive conseguenze risarcitorie (40).

Indipendentemente dalle considerazioni fin qui fatte, va ricordato quel filone interpretativo per cui, l'esclusione della parte civile sarebbe una naturale conseguenza della decisione di abbracciare la natura amministrativa della responsabilità dell'ente (41).

Infine, nel considerare un ipotetico riconoscimento del danneggiato nel processo 231, bisogna valutare le conseguenze - non indifferenti - cui l'accertamento del giudice sarebbe chiamato, tanto per ciò che concerne i profili propriamente penali e para-penali, quanto per quelli relativi l'obbligazione risarcitoria della persona fisica (42).

3. La giurisprudenza sul punto: i distinti approdi delle supreme giurisdizioni.

Delineata una panoramica della tematica, occorre ora dare spazio all'analisi dei riscontri pratici che si sono venuti a creare a livello giurisprudenziale: infatti, sull'annosa controversia esaminata nei paragrafi precedenti si è registrata una decisa presa di posizione del formante giurisprudenziale che, in tre distinti approdi delle supreme giurisdizioni nazionale ed europea, ha posto - o almeno tale era l'impressione - dei punti fermi.

3.1. La giurisprudenza di legittimità.

Partendo dalla giurisprudenza di legittimità, un impatto importante è stato segnato dalla sentenza con cui la Corte di Cassazione, sposando l'orientamento maggioritario in dottrina, ha negato l'accesso della parte civile nel processo contro gli enti (43).

In prima battuta, la Corte ha evidenziato come la soluzione alla problematica in analisi non vada ricercata nell'argomento "ontologico" relativo alla qualificazione della natura della responsabilità dell'ente - sia essa amministrativa, penale o un *tertium genus* - concentrandosi invece sull'osservazione della disciplina positiva (44).

(40) M. RICCARDI, *Op. cit.*, p. 11.

(41) GUP Trib. Milano, 27 febbraio 2009, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2009; Trib. Milano, sez. II, 18 aprile 2008, in *Guida dir.*, 2008, 25, p. 81.

(42) S. DOVERE, *La costituzione di parte civile nel processo contro l'ente per i reati previsti dall'articolo 25-septies d.lgs. 231/2001*, in *Rivista 231*, 2008, 3, p. 92.

(43) Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, p. 2539, con nota adesiva di G. VARRASO, *L'"ostinato silenzio" del d. lgs. n. 231 dl 2001 sulla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo "perché"*, in *Arch. pen.*, 2011, 1, 273, con nota adesiva di G. MAGLIOCCA, *La costituzione di parte civile nel processo de societate: questione definitivamente risolta?*, nonché in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, 1-2, 275, con nota di P. BALDUCCI, *La Corte di Cassazione prende posizione sulla costituzione di parte civile nel processo a carico dell'ente*.

(44) A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti, D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2002, pp. 45 ss.

Da questo punto di vista, la mancata menzione della parte civile nella disciplina “231” appare come una precisa scelta del legislatore, confermata anche dai già citati articoli 27 e 54 (45). Non sarebbe possibile rimediare a tale mancanza in alcun modo, né per il tramite di un innesto analogico degli articoli 74 c.p.p. 185 c.p. (46), nè tantomeno trapiantando tali norme nel tessuto della disciplina “231” utilizzando l’articolo 34: una tale operazione - come sottolinea la Cassazione - incontrerebbe un limite nel fatto che tali norme si riferiscono a un reato, e non ad una fattispecie complessa che, pur presupponendo il reato stesso, non si identifica in esso (47).

Taluni tentano di scalfire tale conclusione chiamando in causa la disposizione di cui all’art. 2043 c.c., in quanto astrattamente idonea a garantire la risarcibilità del fatto ingiusto dell’ente (48). Tuttavia, basta un’analisi più accurata per accorgersi di come tale norma non possa trovare spazio nel processo “231”, giacché la costituzione di parte civile assume una natura derogatoria rispetto al principio di autonomia dell’azione civile ex art. 75 c.p.p (49).

A ciò si aggiunge che - da un punto di vista sostanziale - il danno derivante da reato abbraccia tutte le conseguenze concretamente risarcibili anche in ipotesi della responsabilità dell’ente: manca, in effetti, un danno risarcibile in senso tecnico, inteso come conseguenza immediata e diretta - ai sensi degli artt. 2056 e 1223 c.c. - dell’illecito addebitato all’ente e non anche, al contempo, del reato commesso dall’apicale o dal sottoposto (50).

Da considerare infondate sono, infine, anche le censure relative a presunte violazioni dei principi costituzionali di eguaglianza, in ragione della diversità dei titoli generatori delle responsabilità della persona fisica e di quella giuridica (ossia, il reato e l’illecito amministrativo), e di difesa, in ragione della possibile citazione dell’ente - all’interno del processo a carico della persona fisica - come responsabile civile (51).

3.2. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia.*

A essere interpellata sul punto, in sequenza temporale, è stata poi la Corte

(45) Così R. LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO e C.E. PALIERO, Padova, 2007, p. 2354; V. NAPOLEONI, *La responsabilità patrimoniale per le obbligazioni derivanti dall’illecito*, in *Reati e responsabilità degli enti*, cit., pp. 269 ss.

(46) M. CERESA GASTALDO, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 5, p. 2239.

(47) A. BASSI, *La costituzione di parte civile nel processo con l’ente: stop and go tra Roma e Lussemburgo - Parte I*, in *Rivista 231*, 2011, 3, p. 180.

(48) F. VIGNOLI, *Citazione del responsabile o costituzione nei confronti dell’ente? Brevi appunti sulla conservazione della domanda risarcitoria ammessa in giudizio*, in *Rivista 231*, 2012, 2, p. 84.

(49) B. LAVARINI, *Azione nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2010.

(50) R. BRICCHETTI, *La persona giuridica non risponde del reato ma di un illecito inidoneo per il risarcimento*, in *Guida dir.*, 2011, 9, p. 60.

(51) Per un approfondimento critico cfr. M.T.M. RUBERA, *La costituzione di parte civile*, *Op. cit.*

di Giustizia (52), sollecitata, in sede di rinvio pregiudiziale di interpretazione dal GUP presso il Tribunale di Firenze, (53) a verificare la compatibilità della normativa di matrice europea con l'assetto - legislativo e giurisprudenziale - in tema di costituzione della parte civile nel processo all'ente.

L'ordinanza di rinvio (54), pur giungendo alla stessa soluzione adottata dalla pronuncia della Cassazione, individua un duplice *vulnus* delle prerogative della persona offesa con riferimento alle pretese risarcitorie che questa volesse avanzare nei confronti dell'ente (55): tanto sulla premessa dell'inammissibilità della relativa pretesa, quanto sul presupposto che la normativa codicistica non consentisse neppure che la persona offesa potesse citare l'ente quale responsabile civile, giusta la disposizione dell'articolo 83 c.p.p. Ha, inoltre, ravvisato un potenziale profilo di discriminazione, evidenziando come l'esclusione degli organi "pubblici" dal novero dei soggetti perseguibili ex articolo 1 comporti che gli stessi possano essere chiamati a rispondere in veste di responsabili civili.

In ogni caso, l'approdo cui giunge la Corte di giustizia conferma la piena compatibilità con il diritto eurounitario dello statuto della parte civile nel processo "231": l'articolo 9 par. 1 della decisione quadro 2001/220 GAI (56) non è in effetti ostativo al regime di esclusione della parte civile dal processo a carico della persona giuridica.

Eppure, a ben vedere, tutto ciò che ha fatto il giudice unionale è stato confermare che l'opzione negazionista, non ponendosi in contrasto con l'obbligo posto dalla decisione quadro, fosse compatibile col diritto dell'unione (57), rimanendo silente in merito all'effettiva possibilità di costituirsi parte civile nel procedimento contro l'ente.

(52) Corte giust., sez. II, 12 luglio 2012, *Giovanardi*, C-79/11, in *Cass. pen.*, 2013, 1, 336, in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2012, con nota di F. VIGANÒ-VALSECCHI, *Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell'Unione*.

(53) GUP Trib. Firenze, ord. 9 febbraio 2011.

(54) Per un approfondimento, L. DELLA RAGIONE, *Questione pregiudiziale europea sulla parte civile nel processo a carico dell'ente*, in *Arch. pen.*, 2011, 2, p. 673.

(55) L'articolo 9 par. 1 della decisione quadro 2001/220/GAI impone agli Stati membri di garantire alla vittima del reato «il diritto di ottenere, entro un ragionevole lasso di tempo, una decisione relativa al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale, eccetto i casi in cui il diritto nazionale preveda altre modalità di risarcimento», nonché, al successivo par. 2, di adottare «le misure atte a incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima». L'articolo 12 par. 2 della direttiva 2004/80/CE sancisce che «tutti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati» commessi nei rispettivi territori «che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime» e che il risarcimento debba essere «facilmente accessibile», M. RICCARDI, *Op. cit.*, nota n. 50, p. 15.

(56) La cui pertinenza era stata evidenziata anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale. Per approfondimenti sul punto cfr. *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2012, con commento di F. VIGANÒ-VALSECCHI, *Costituzione di parte civile contro l'ente imputato: le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di giustizia UE nel caso Giovanardi*.

Circostanza, questa, che genera non poche perplessità nei casi in cui, venuta meno la posizione della persona fisica, l'ente si trovi solo nel proseguire il processo (58).

3.3. *La giurisprudenza costituzionale.*

Per ultima si è espressa in merito la Corte Costituzionale, chiamata a risolvere la questione di legittimità sollevata dal medesimo GUP di Firenze (59) in conseguenza della pronuncia negativa della Corte di giustizia.

L'obiezione si fondava sulla (presunta) preclusione assoluta per il danneggiato di ottenere nel processo "231" soddisfazione della pretesa civilistica, tanto in via diretta che indiretta. La Corte si è espressa confermando la regola per cui è possibile chiedere e ottenere nel processo a carico della persona fisica la citazione dell'ente quale responsabile civile, dichiarando, quindi, l'inammissibilità della questione (60).

Nonostante, per come genericamente formulata, la censura di costituzionalità sembrasse voler colpire l'intera disciplina "231", a indurre in errore era stata l'inesatta interpretazione fatta dell'art. 83 c.p.p. Tale disposizione, infatti, non pretende, ai fini dell'ammissibilità della citazione dell'imputato come responsabile civile per il fatto del coimputato, l'effettiva emissione di una pronuncia liberatoria nei propri confronti, ma, diversamente, prevede una disciplina "condizionata" della citazione medesima, nel senso che questa è possibile anche prima del proscioglimento, producendo i relativi effetti solo allorché il proscioglimento stesso si concretizzi nella realtà processuale (61).

La *ratio* della limitazione posta dal citato art. 83 c.p.p., risponde alla logica di evitare che lo stesso soggetto possa essere chiamato a rispondere dei danni in veste di autore del reato e, contestualmente, di responsabile civile per il (medesimo) fatto del coimputato. Sul punto la Corte evidenzia anche come ente imputato e persona fisica non possano - ex art. 83.1 c.p.p. - essere qualificati come coimputati, essendo i fatti a essi contestati radicalmente diversi:

(57) La Corte di giustizia, infatti, si è limitata a escludere una violazione delle prerogative "europee" della persona offesa, rilevando che il diritto italiano consenta in effetti alle vittime del reato di far valere le loro pretese risarcitorie nei confronti delle persone fisiche imputate del reato-presupposto rispetto ai danni cagionati direttamente da quest'ultimo mediante la costituzione ai sensi dell'articolo 74 c.p.p. nella relativa vicenda processuale, nel pieno rispetto, dunque, della garanzia del citato articolo 9 par. 1, sottolineando al contempo che detta disposizione non può essere interpretata nel senso che la vittima deve avere anche la possibilità di chiedere, nell'ambito del *simultaneus processus*, il risarcimento dei danni all'ente incolpato.

(58) C. SANTORIELLO, *La costituzione di parte civile nel processo contro gli enti collettivi: le decisioni della Cassazione e della Corte di Giustizia segnano un punto di approdo solo parziale?*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, pp. 9 ss.

(59) GUP Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2012.

(60) Corte cost., 18 luglio 2014, n. 218.

(61) M. RICCARDI, *Op. cit.*, p. 18.

come spesso ribadito, la fattispecie di illecito amministrativo, pur contenendo in se il reato-presupposto della persona fisica, ne differisce totalmente.

4. Aperture giurisprudenziali: il caso “Ilva”.

Il consolidamento dell’orientamento maggioritario ha subito un ridimensionamento nell’ambito della vicenda giudiziaria relativa al caso *Ilva*.

Nell’ambito di un’ordinanza resa nel processo “Ambiente svenduto”, che vede imputate, accanto alle numerose persone fisiche, anche le tre società del gruppo - Riva FIRE s.p.a. (oggi Partecipazioni industriali s.p.a.), Ilva s.p.a. e Riva Forni Elettrici s.p.a. - la Corte di Assise di Taranto ha ammesso le richieste di costituzione di parte civile presentate nei confronti delle predette persone giuridiche (62), cui sono contestati gli illeciti amministrativi di cui agli articoli 24-ter comma 2, 25, 25-undecies comma 2 lett. a), b), c) e h) e (per la sola Ilva s.p.a.) 25-septies commi 1, 2, e 364.

Rimandando ad autorevole dottrina per un’analisi dettagliata dell’ordinanza (63), ci si limita qui a far notare come - distaccandosi nettamente dall’orientamento ormai dominante - il testo faccia uso di molti degli argomenti adoperati in passato dal filone “ammissibilista”, preoccupandosi addirittura di affrontare quanto affermato dai precedenti della giurisprudenza di legittimità, costituzionale e sovranazionale.

Ciò che colpisce della presa di posizione della Corte tarantina, indipendentemente dalle argomentazioni in diritto, è l’originalità della pronuncia.

Ci troviamo, infatti, di fronte al tentativo di collegare la legittimazione della parte civile a una lettura sistematica della normativa sulla responsabilità dell’ente, spostando l’attenzione sulla differenza esistente, relativamente la tutela di interessi dell’ente, tra la disciplina codicistica della parte civile, considerata esportabile nel processo “231”, e la disciplina che la legge delega aveva inizialmente ipotizzato, rigettata poi in sede di redazione del decreto.

Nonostante si tratti di una lettura evidentemente “creativa”, va senz’altro apprezzata per le scelte argomentative affrontate, che si discostano dalle tematiche “classiche” e rivitalizzano un dibattito che, pur permanendo zone d’ombra, sembrava essersi ormai esaurito.

A conferma della circostanza che il tema non è scomparso dai *radar* della giurisprudenza “231”, si segnala un’ulteriore recentissima pronuncia (64) in cui i giudici del Tribunale di Trani si sono distanziati dall’orientamento restrittivo, maggioritario tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza delle Supreme Corti, allineandosi invece con le conclusioni a cui era approdata qualche anno prima la Corte d’Assise di Taranto (65).

(62) Ass. Taranto, ord. 4 ottobre 2016, pres. Pietrangelo.

(63) M. RICCARDI, *Op. cit.*, pp. 18 ss.

(64) Trib. Trani, sez. unica penale, ord. 7 maggio 2019, Pres. Pavese.

5. Cenni conclusivi.

La questione dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo a carico dell'ente ha rappresentato, nel primo decennio di vita del decreto, uno dei temi più controversi e di difficile interpretazione della disciplina "231", colpevole senz'altro l'equivoco dato testuale del decreto (66).

Preme *in primis* ribadire come la risposta al quesito in esame - e di molti altri - non vada sterilmente ricercata nelle complesse e forse irrisolvibili trame della vicenda definitoria della natura della responsabilità dell'ente. Tematica protagonista delle più disparate ricostruzioni, tutte egualmente avvalorate dagli indici testuali del decreto, e che, probabilmente, trova adeguata sistematizzazione soltanto nella tesi del *tertium genus*: la responsabilità dell'ente, trovandosi a un bivio tra quella penale e amministrativa, altro non è che un ibrido tra le due di cui fonde le caratteristiche.

La soluzione andrebbe invece individuata partendo dalla valutazione dei risvolti pratici che un'eventuale ammissione della parte civile - e presa di posizione del legislatore sul punto - determinerebbe.

Adottando questo tipo di approccio, indipendentemente dalla minore o maggiore pregnanza degli argomenti utilizzati dai contrapposti orientamenti, a spingere verso un atteggiamento di chiusura della parte civile (67) sarebbero proprio ragioni pratiche.

Infatti, ammettendo nel processo a carico dell'ente la costituzione della parte civile, il rischio sarebbe quello di ottenere una duplicazione delle poste risarcitorie, come tralatro segnalato dalla stessa dottrina "estensionista", con conseguente moltiplicazione delle voci di danno e applicazione nei confronti dell'ente di *punitive damages*, a oggi (ancora) non contemplati dal nostro ordinamento (68).

Deve inoltre rilevarsi come le preoccupazioni concernenti i *deficit* di tutela della persona offesa e del danneggiato vadano riconsiderate alla luce, tanto della possibilità di citare l'ente come responsabile civile per il fatto dell'apicale o del sottoposto *ex art. 83 c.p.p.*, quanto della circostanza per cui - anche ove si registri la "scomparsa" della persona fisica - nulla esclude che il danneggiato faccia valere le proprie ragioni avanzando la pretesa risarcitoria ai sensi dell'articolo 2043 c.c. dinanzi al giudice civile.

(65) Per un approfondimento sulla pronuncia del Tribunale di Trani cfr., G. ANGIOLINI, *Costituzione di parte civile nei confronti dell'ente incolpato dell'illecito da reato: ammissibile secondo il Tribunale di Trani nel processo penale relativo al disastro ferroviario sulla linea Andria-Corato*, in <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6697-costituzione-di-parte-civile-nei-confronti-dellente-incolpato-dellillecito-da-reato-ammissibile-sec>.

(66) A. BASSI, *La costituzione di parte civile*, *Op. cit.*, p. 29.

(67) G. RANALDI, *Parte civile e processo de societate: profili di un'esclusione ragionevole*, in *Arch. pen.*, 2013, 2, pp. 14 ss.

(68) Filone interpretativo inaugurato da Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, e in *Corr. giur.*, 2007, p. 497.

Ebbene, dopo un periodo di silenzio, in cui la questione sembrava essersi risolta con l'adozione della tesi maggioritaria, oggi il dibattito è nuovamente vivo e acceso, al punto da aprire una breccia anche nelle argomentazioni più consolidate. Quella che poteva sembrare una pronuncia isolata - il caso "Ilva" - frutto di una creativa giurisprudenza di merito, appare invece come il punto di partenza, cui hanno già fatto seguito altre sentenze (69), verso la formazione di un nuovo filone interpretativo giurisprudenziale, potenzialmente in grado di scuotere le fondamenta e il futuro del processo *de societate*.

(69) Trib. Trani, sez. unica penale, ord. 7 maggio 2019, Pres. Pavese.

La valorizzazione dei beni culturali quale terreno elettivo del partenariato pubblico-privato e, in particolare, pubblico-pubblico

Giulio Profeta*

*SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il rapporto di partenariato pubblico-privati - 3. L'in-
House quale limite esterno al partenariato pubblico-privato - 4. La valorizzazione dei beni
culturali quale terreno elettivo del partenariato pubblico-privato e, in particolare, pubblico-
pubblico - 5. Il caso concreto: l'accordo di valorizzazione del 20 febbraio 2017 - 6. Conside-
razioni conclusive.*

1. Introduzione.

Il seguente lavoro procede ad una disamina, a tutto tondo, dell'istituto del Partenariato, analizzando nello specifico, il partenariato c.d. "pubblico-privato" in riferimento alla disciplina dei beni culturali.

In particolare, trae spunto da una controversia, ancora in essere, tra il Ministero dei Beni Culturali e un soggetto privato nella gestione di un servizio per il pubblico, ossia di un servizio a natura culturale ancillare alla gestione di una struttura museale.

Al momento, la controversia deve ancora essere decisa nel merito, mentre in sede cautelare, con l'ordinanza n. 5311/2017 del Consiglio di Stato, è stata accolta la domanda di rigetto dell'istanza, proposta dalla Difesa Erariale.

Infatti, il Ministero aveva disposto, nell'imminenza della scadenza di una concessione di servizi aggiuntivi museali, un affidamento diretto in favore di un soggetto formalmente privato, una fondazione, ma sostanzialmente pubblico, essendo qualificato come organismo di diritto pubblico; i controinteressati al contrario, lamentavano l'omesso esperimento di una procedura ad evidenza pubblica da parte del Ministero nella gestione dei servizi aggiuntivi *de quibus*, sostenendo implicitamente che vi fosse un obbligo per l'autorità di procedere sempre ad una esternalizzazione degli stessi e, quindi, ad una gara.

Ai fini della comprensione della lite, la trattazione è stata strutturata in tre paragrafi: il partenariato pubblico-privato, la cooperazione pubblico-pubblico e l'incidenza di queste soluzioni organizzative all'interno della materia dei beni culturali.

Il partenariato pubblico-privato, per quanto apparentemente estraneo alla tematica trattata, è in realtà la forma primigenia nel nostro ordinamento di un nuovo modello organizzativo nella gestione di un servizio ed è stato, per questa

(*) Già praticante forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato (con l'avv. Pietro Garofoli), attualmente corsista presso il Centro Studi Parlamentari Silvano Tosi.

ragione, assunto come termine di comparazione per l'analisi della cooperazione pubblico-pubblico, fenomeno verificatosi nella prassi applicativa più recentemente.

Infine, una volta delineata la fisionomia di questo contesto normativo, è stato possibile ricostruirne l'evoluzione all'interno della disciplina dei beni culturali, dagli anni Novanta particolarmente sensibile alle sperimentazioni tra pubblico e privato.

2. *Il rapporto di partenariato pubblico-privati.*

La nascita del diritto amministrativo è, tradizionalmente, ricondotta al celeberrimo *Arrêt Blanco*, pronuncia francese con cui, nel 1873, si statuì come la responsabilità civile dell'amministrazione non fosse, né potesse essere, equiparata a quella dei privati, vista la sua peculiare funzione di perseguire l'interesse generale (1).

Di qui trae origine nel diritto amministrativo la dialettica tra autorità e libertà, il costante confronto, in altri termini, tra pubblica amministrazione e cittadini, con la prima sovraordinata rispetto ai secondi proprio per le finalità da essa perseguite (2).

In progresso di tempo, questa contrapposizione è andata ad affievolirsi per effetto di molteplici concause, anche internazionali, dirette ad inquadrare il rapporto tra pubblici poteri e individuo come tendenzialmente paritario, con la conseguenziale adozione di strumenti consensuali da parte dell'amministrazione in luogo di quelli autoritari e unilaterali.

Tra queste, assumono elevata importanza sia l'ascesa negli anni Ottanta del modello dello Stato Regolatore in Europa, con la conseguenziale compressione dell'ambito di intervento dei pubblici poteri nell'economia a favore di strumenti a natura regolatoria, sia la espansione del raggio di azione delle allora Comunità Europee (3).

Questo ha determinato profondi mutamenti all'interno del diritto amministrativo, tanto nell'ambito procedimentale, quanto in relazione alla natura del provvedimento amministrativo, in specie con riguardo alla particolare categoria degli atti ampliativi della sfera giuridica del soggetto destinatario (4).

Accanto alle tradizionali forme della concessione e dell'autorizzazione (5), è stato possibile scorgere lo sviluppo di nuove forme di collaborazione,

(1) Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna 2013, p. 43.

(2) M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 230.

(3) Per un'analisi di questa dinamica, soprattutto della trasformazione dell'intervento dello Stato in economia, cfr. C. MAJONE - A. LA SPINA, *Lo Stato Regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000.

(4) Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 130 e sgg. Alla distinzione tra atti restrittivi e ampliativi della sfera giuridica del soggetto destinatario si correla, tradizionalmente, quella tra interesse legittimo oppositivo e interesse legittimo pretensivo.

(5) M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 179 e sgg. la prima si distinguerebbe dalla seconda per il conferimento *ex novo* o il trasferimento di un diritto in capo ad un soggetto privato,

accomunate dall'esigenza di garantire maggiore flessibilità operativa ai pubblici poteri.

Una prima manifestazione di questa sensibilità si può cogliere all'interno dell'ordinamento italiano già con la legge numero 241 del 1990, la quale ha introdotto agli articoli 11 e 15 la facoltà per le pubbliche amministrazioni di stipulare accordi, rispettivamente, con privati e fra loro *“al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo”* (6) o *“per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”* (7).

Fu il diritto Europeo, tuttavia, a dare un forte impulso a questa rivisitazione della relazione tra pubblico e privato, su influenza soprattutto degli ordinamenti anglosassoni, da sempre meno permeati da un rapporto gerarchico tra autorità e libertà (8).

All'esito di un dibattito sorto in sede sovranazionale, dovuto alla progressiva attrazione della contrattualistica pubblica all'interno della disciplina europea, fu emanato nel 2004 il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

L'atto era preordinato a fornire un primo inquadramento organico a tutte quelle forme di cooperazione sviluppatesi più o meno spontaneamente, entro la diversa cornice normativa di ogni singolo Stato, in via alternativa alle canoniche procedure di affidamento.

Proprio il tentativo di colmare questa frammentazione legislativa nazionale fu, secondo la dottrina, l'esigenza principale delle istituzioni Europee, intenzionate a regolare la materia degli accordi tra pubblico e privato al fine di evitare elusioni della disciplina concorrenziale (9).

non rimuovendo soltanto un limite al suo esercizio. La distinzione, sulla carta manichea, si rivela nella prassi più complessa di quanto si creda; si rivelano, ad esempio, figure a natura intermedia le licenze o le autorizzazioni costitutive.

(6) L'articolo 11 fu, successivamente, ampiamente rivisitato nel 2005 e fu soppresso il rispetto dei *“casi previsti dalla legge”* quale necessario presupposto per la stipulazione di accordi.

(7) G.M. RACCA, *Gli accordi fra Amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, marzo 2017, pp. 111 e sgg.

(8) Sull'influenza determinante della civiltà giuridica anglosassone, cfr. M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, da www.studiolegalechiti.it; sull'importanza del diritto Europeo quale fattore di sviluppo e diffusione di una nuova concezione del rapporto pubblico-privato in Italia, si veda V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 6, 2010, pp. 1501 e sgg.; G. PIPERATA, *Introduzione: la collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Torino, Giappichelli 2011; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, fasc. 1, anno 2015, pp. 101 e sgg.

(9) G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, cit., pp. 110 e sgg.

In particolare, la carenza di una condivisa definizione fra i vari ordinamenti nazionali in ordine alla nozione di accordo tra pubblico e privato determinava contrasti interpretativi (10).

In questo contesto, il Libro Verde introdusse per la prima volta una regolamentazione del fenomeno del partenariato pubblico-privati, reputandolo strumento duttile per le pubbliche amministrazioni ma, al tempo stesso, connotato da limiti e caratteri propri, tali da non identificarlo quale *“una soluzione <<miracolo>> per un settore pubblico sottoposto a restrizioni di bilancio”* (11).

Inoltre, l'accordo di partenariato assurgeva a vero e proprio simbolo di una rivisitazione dello Stato nell'economia da operatore a regolatore, con un asserito beneficio per l'autorità in termini di acquisizione di risorse economiche supplementari e utilizzo di un *“know-how”* estraneo alla mano pubblica (12).

Il documento ha illustrato una serie di elementi la cui compresenza determina la configurabilità di un rapporto di partenariato, a cominciare da una collaborazione di relativa lunga durata, un finanziamento del progetto a carico, quantomeno parziale, del soggetto privato, la compartecipazione dell'operatore economico alla progettazione, in raccordo alla definizione degli obiettivi da parte dei pubblici poteri, nonché una ripartizione di rischi che veda l'assunzione di quest'ultimi da parte, anche qui quantomeno parzialmente, del privato.

Il Libro Verde, poi, ha recepito una distinzione già presente nella prassi

(10) Il Libro Verde si apre proprio con tale constatazione, affermando come *“Il termine partenariato pubblico-privato (“PPP”) non è definito a livello comunitario. Questo termine si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio”*. Ancora, il punto 1.2 specifica che *“Il presente Libro verde analizza il fenomeno dei PPP alla luce del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni. Il diritto comunitario non prevede regimi specifici comprensivi del fenomeno dei PPP. Ciononostante, qualsiasi atto, sia contrattuale sia unilaterale, attraverso il quale un'impresa pubblica affida la prestazione di un'attività economica ad un terzo deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato, in particolare in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (articoli 43 e 49 del Trattato CE). Tali principi comprendono in particolare i principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento”*.

(11) Punto 1.1, paragrafo 5 del Libro Verde. Il paragrafo è ancora più netto nel periodo seguente, specificando come *“L'esperienza mostra che, per ciascun progetto, occorre valutare se l'opzione del partenariato comporta una plusvalore reale rispetto ad altre opzioni come la stipulazione di un contratto d'appalto di tipo più classico”*. Il dibattito immediatamente successivo a questa prima forma di regolamentazione del PPP fu, in realtà, dominato da una netta apertura di fronte a questo strumento.

Solo dopo e a distanza di diversi anni la dottrina ha iniziato a mettere in luce anche i limiti del partenariato, come ricorda M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.

(12) Punto 1.1, paragrafo 3 *“Nel corso dell'ultimo decennio, il fenomeno dei PPP si è sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica. L'aumento del ricorso a operazioni di PPP è riconducibile a vari fattori. In presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte, esso risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Inoltre, il fenomeno è spiegabile anche con la volontà di beneficiare maggiormente del “know-how” e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica. Lo sviluppo dei PPP va d'altronde inquadrato nell'evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica, che passa da un ruolo d'operatore diretto ad un ruolo d'organizzatore, di regolatore e di controllore”*.

tra partenariati contrattuali e partenariati istituzionali, a seconda che la collaborazione tra autorità e privati si fondi su accordi convenzionali o sfoci nella creazione di un'entità distinta incaricata di perseguire un risultato comune (13).

I due modelli presentano non solo fisionomie distinte, ma anche questioni applicative totalmente diverse fra loro.

Nei partenariati a natura contrattuale una o più fasi del rapporto sono devoluti alla parte privata, nei cui confronti l'autorità esercita un potere di vigilanza; dirimente, in questi casi, diventa l'entità del rischio.

Infatti, un rischio elevato per i soggetti economici diminuisce l'attrattività dell'operazione per gli stessi, mentre uno esiguo può favorire il compimento di condotte opportunistiche della parte privata, con evidenti ricadute negative per la comunità (14).

Per questa ragione, assume particolare importanza il documento di valutazione dei rischi, il quale deve essere predisposto dall'operatore privato e analizzato dai pubblici poteri.

All'interno della concessione, che rappresenta l'esempio emblematico di partenariato pubblico-privati su base contrattuale, possiamo riscontrare la centralità del PEF, ossia del piano economico finanziario, il quale costituisce **“il cuore dell'iniziativa da finanziare”** (15).

La funzione del PEF, peraltro, non è solo quella di accertare l'entità del rischio presente in capo al soggetto concessionario, ma anche, sulla base di questo, identificare l'idoneità dello stesso a svolgere la prestazione oggetto del rapporto.

In altri termini, il PEF si pone quale strumento di valutazione non solo per l'operatore privato, ma anche per quello pubblico (16).

L'individuazione della convenienza dell'operazione si ricava attraverso l'esame della previsione iniziale *“dei costi e ricavi attesi dalla realizzazione dell'opera, nonché attraverso la sussistenza di margini ulteriori quando si*

(13) Cfr. M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, cit., pp. 110 e sgg.; V. SESSA, *Il Partenariato pubblico-privato*, *Giustamm.it-Rivista di diritto pubblico*, anno 2016, fascicolo n. 7; B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, da *Amministrazione in Cammino - Luiss*; V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, cit.

(14) Cfr. G.F. CARTEL, *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urbanistica e Appalti*, fascicolo 8-9, anno 2016, pp. 940 e sgg. sull'entità del rischio nei contratti di concessione.

(15) Cfr. T.A.R. Puglia, sent. n. 3877/2004.

(16) G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, cit., pp. 128. La relativa nozione è stata sviluppata all'interno del nuovo Codice dei Contratti Pubblici all'art. 3, comma 1, lett. fff), il quale definisce il concetto di equilibrio finanziario come quello di *“contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento”*.

considerino gli oneri relativi al finanziamento. I flussi in entrata devono essere, quindi, sufficienti a rimborsare ogni costo (finanziario e non finanziario) preventivato e inoltre essere tali da poter garantire per il concessionario un margine normale di profitto” (17).

Al contrario, nei partenariati istituzionalizzati le parti costituiscono un nuovo soggetto incaricato di svolgere l'attività individuata e, in tali contesti, fondamentale è il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza nella scelta del *partner* privato, discendenti direttamente dall'articolo 97 comma 2 della Costituzione.

Figura emblematica dei partenariati istituzionalizzati è la società mista, partecipata in quote variabili dai pubblici poteri e da parte privata (18).

In questo caso, la pubblica amministrazione è tenuta a promuovere una procedura ad evidenza pubblica a doppio oggetto, avente lo scopo sia di selezionare l'operatore privato con cui costituire la società, sia quella di affidare la gestione di un servizio alla stessa.

La rilevanza della procedura a doppio oggetto nella costituzione di società miste pubblico-privato è tale che la giurisprudenza oramai ritiene legittima la loro istituzione solo nel rispetto di tale procedimento amministrativo, censurando scelte dell'operatore privato in via diretta e senza apposita gara (19).

L'impianto così delineato non ha subito forti rivisitazioni nel corso del tempo.

A livello sovranazionale, le istituzioni Europee hanno, poi, approvato una serie di documenti in cui precisano la portata applicativa e i confini del partenariato pubblico-privati senza, tuttavia, alterarne la fisionomia.

In particolare, sia la Comunicazione sui PPP e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni del 15 novembre 2005, sia la risoluzione del Parlamento Europeo del 26 ottobre 2006 hanno confermato come non fosse necessario creare una cornice normativa precisa per i partenariati, rimettendo sostanzialmente la disciplina legislativa ai singoli Stati nel rispetto dei principi sviluppati fino a quel momento anche e soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In Italia, grazie anche all'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale costituzionalizzato nel 2001, nel 2008 si assiste all'introduzione nel

(17) G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, *ibidem*.

(18) V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, cit., pp. 1501 e sgg.; M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.

(19) Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, sent. n. 1165 del 22 marzo 2016, secondo cui “*Gli affidamenti di servizi si possono essere conferiti a società miste in via diretta solamente nel caso in cui l'affidamento diretto ad una società mista sia preceduto dalla gara per la scelta del socio privato e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi senza trasmodare nell'inammissibile forma di una società <<generalista>>*”.

Codice dei Contratti Pubblici del Partenariato Pubblico-Privati (D.Lgs. n. 163/2006), definito ai sensi del comma 15-ter dell'articolo 3 (20).

La disposizione ha cristallizzato alcuni punti fermi inerenti al dibattito sul tema dei partenariati (21).

In primo luogo, la concessione, sia di lavori sia di servizi, è stata identificata a tutti gli effetti quale manifestazione del partenariato pubblico-privato, così come, similmente, si verifica con il fenomeno delle società miste.

Inoltre, l'elencazione non ha esaurito l'ambito dei partenariati pubblico-privati, dato che lo stesso comma 15-ter specifica come il valore dell'enumerazione sia meramente esemplificativo; d'altronde, ingessare i moduli organizzativi suscettibili di essere scelti dalla pubblica amministrazione sarebbe stata una visione radicalmente incompatibile proprio con le esigenze sottese ai partenariati, ovvero, come detto, flessibilità operativa e gestionale.

Infine, il Legislatore, vista l'importanza acquisita all'interno dell'ordinamento, ha attribuito autonomo risalto ad alcune figure tipizzate di partenariati, quale la finanza di progetto (22).

Sotto il versante procedurale, il Codice del 2006, sulla scia di quanto avvenuto a livello sovranazionale, non ha fornito un quadro normativo organico, limitandosi a delineare in alcune disposizioni una disciplina giuridica comune estensibile a tutti i contratti di partenariato pubblico-privato (23).

Successivamente, gli interventi posteriori al 2006 si pongono tutti in una direttrice di valorizzazione dell'istituto dei partenariati, sia attraverso un loro ampliamento, sia per mezzo dell'inserimento di nuove procedure utilizzabili per le fattispecie già contemplate dal Codice (24).

(20) L'importanza della sussidiarietà orizzontale quale paradigma teorico di una relazione non conflittuale tra autorità e privati è pacifica in dottrina. Sul punto, Cfr. A. TROISI, *Partenariato Pubblico Privato ed investimenti infrastrutturali*, in *Concorrenza e mercato*, fasc.10, 2012, pp. 891 e sgg.; B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, cit.

(21) Art. 3 comma 15-ter: *“Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi”*.

(22) Fra i vari modelli presenti, sicuramente la finanza di progetto rappresenta l'archetipo del partenariato, anche per la sua diffusione avvenuta nel giro di qualche decennio. A riprova di ciò, si rammenta come la prima disciplina normativa inerente alla finanza di progetto sia stata introdotta in Italia con la legge n. 415 del 1998.

(23) Ad esempio, l'articolo 157 in tema di emissione di obbligazioni e titoli di debito. Cfr. V. SESSA, *Il Partenariato pubblico-privato*, cit., pp. 3 e sgg.

Le direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014 non rielaborano l'istituto del partenariato pubblico-privato, limitandosi, semmai, esclusivamente a precisare e a rafforzare l'importanza della concessione quale figura principe e autonoma di partenariato, tanto da essere oggetto dell'intera direttiva n. 23.

La dottrina ha, comunque, colto un maggior approfondimento della nozione del rischio nei partenariati all'interno delle più recenti fonti del diritto sovranazionali, che hanno tentato di delineare con maggiore precisione i contorni di questo concetto fondamentale ai fini della valutazione sull'opportunità di adottare soluzioni organizzative innovative rispetto a quelle tradizionali (25).

Sembrirebbe, negli ultimissimi documenti predisposti dalle istituzioni dell'Unione, diffondersi, anzi, anche un ripensamento in ordine ad un uso indiscriminato dei partenariati.

Infatti, come attesta la relazione della Corte dei Conti Europea n. 9 del 2018, si riscontra come spesso e volentieri i partenariati siano stati utilizzati strumentalmente per aggirare i vincoli posti alla finanza pubblica generando, tuttavia, “*carenze diffuse e benefici limitati*”.

Il documento perviene ad evidenziare, in netta rottura con le convinzioni pregresse, come “*i PPP hanno consentito alle autorità pubbliche di appaltare infrastrutture di grandi dimensioni attraverso un'unica procedura, ma hanno aumentato il rischio di una concorrenza insufficiente, indebolendo quindi la posizione negoziale delle amministrazioni aggiudicatrici*”; ancora, “*analogamente ai progetti tradizionali, anche la maggior arte dei PPP sottoposti a audit sono risultati inficiati da notevoli inefficienze, che si sono tradotte in ritardi in fase di costruzione e forti incrementi di costo*” (26).

Solo il tempo potrà, a questo punto, dirci se questo nuovo orientamento influenzerà anche gli organi legislativi sovranazionali, imponendo un ripensamento ancora più marcato.

Si evidenzia, infine, come nel DEF del 2019 il Governo abbia inserito dei riferimenti proprio al partenariato pubblico-privato, manifestando la volontà di approvare un contratto *standard*; non è chiaro se l'intenzione dell'esecutivo sia quella di fornire una definizione giuridica al partenariato o introdurre nuove forme di questo modello descrittivo (27).

(24) Nel primo caso si rammenta l'introduzione del contratto di disponibilità con il D.L. n. 1 del 2012, mentre nel secondo l'ampliamento delle procedure amministrative utilizzabili per la finanza di progetto.

(25) Cfr. G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, fasc. 2, anno 2018, pp. 599 e sgg.

(26) Cfr. Relazione della Corte dei Conti Europea n. 9 del 2018, pp. 9 e 10.

(27) Cfr. DEF, III Sezione, p. 38: “*Il Governo intende, inoltre, valorizzare il Partenariato Pubblico-Privato (PPP), con la definizione di un contratto standard PPP che è già ad uno stadio avanzato di elaborazione. Unitamente alla matrice dei rischi e al capitolato di gestione, esso fornirà una guida alle pubbliche amministrazioni per la strutturazione in dettaglio delle operazioni di PPP e la redazione dei relativi atti e documenti negoziali, con il fine di accrescere la competitività del Paese a livello in-*

3. *L'in-House quale limite esterno al partenariato pubblico-privati.*

L'espressione *in-house* fu coniata per la prima volta con il Libro Bianco sugli appalti pubblici nel 1998 per indicare “*quelli [appalti] aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione ed una società interamente controllata*” (28). Un anno dopo, con la celebre sentenza numero 107, la Corte di Giustizia precisò i casi in cui una pubblica amministrazione potesse, direttamente, scegliere una propria articolazione organizzativa in luogo di un soggetto terzo, designato attraverso regolare procedura concorsuale per l'affidamento di lavori o servizi (29).

La sentenza, conosciuta anche come *Teckal*, specificò come l'autorità potesse legittimamente affidare un'attività senza svolgere una procedura comparativa nei casi in cui l'ente, destinatario dell'affidamento, fosse sottoposto ad un “**controllo analogo**” a quello di un organo interno della stessa amministrazione e, nel contempo, l'attività di questo soggetto non fosse svolta per la parte più rilevante a favore del mercato (30).

Da questo versante, si coglie anche l'elemento giustificativo della deroga alle ordinarie procedure in tema di affidamento.

Secondo la giurisprudenza europea, infatti, non è necessario applicare la disciplina in tema di concorrenza se, come in questo caso, l'autorità decide di affidare un'attività direttamente ad un organo interno dell'amministrazione, generando una “**internalizzazione**”.

Questa particolare relazione organica è stata qualificata in dottrina come *in-house* verticale o istituzionale e rileva quale limite esterno al rapporto di partenariato pubblico-privati (31).

Infatti, rielaborando una considerazione racchiusa all'interno del Libro Verde sul partenariato pubblico-privato del 2004, la scelta se internalizzare un'attività o procedere ad un affidamento a terzi competerà esclusivamente all'autorità pubblica, la quale a sua volta, nel caso in cui decidesse di esternalizzarla, può optare o per le procedure comparative canoniche o per un rapporto di partenariato (32).

ternazionale, migliorare le capacità tecniche e negoziali delle pubbliche amministrazioni, limitare il ricorso alle varianti in corso d'opera e favorire la 'bancabilità' dell'operazione”.

(28) Il libro bianco sugli appalti pubblici è inserito nella COM (98)143 dell'11 marzo 1998.

(29) C-107/98, anche nota come caso *Teckal*.

(30) M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 351 e M. MENGOLZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, (promossi da) F.B.C. volume III, pp. 1865-1895, Milano Giuffrè 2015.

(31) V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, cit., pp. 1501 e sgg.

(32) A sua volta, l'autorità può avvalersi, come detto, di una delle forme previste dall'ordinamento o instaurare un partenariato atipico, data la valenza esemplificativa dell'elencazione contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici.

Negli anni successivi la Corte più volte ha precisato i due presupposti citati, adottando un'interpretazione piuttosto rigorosa dell'*in-house*, tesa a non vanificare l'applicazione della disciplina della concorrenza.

La Corte ha, inizialmente, specificato nel caso *Stadt Halle* C-26/03 come fosse necessaria un'integrale presenza del capitale pubblico ai fini della qualificazione di un ente come di società *in-house* in quanto, una percentuale anche minima di partecipazione privata, avrebbe "inquinato" il controllo analogo, precludendo in radice una sua configurabilità (33).

Con la sentenza *Carbotermo* C-340/04, successivamente, i giudici europei stabilirono come le modalità di controllo analogo potessero essere diverse rispetto a quelle esercitate nei confronti di un'articolazione interna, purché fossero equivalenti a quelle poste in essere nei confronti dei servizi interni dell'amministrazione controllante (34); con la pronuncia C-324/07 *Coditel Brabant*, invece, ammisero anche un controllo plurisoggettivo da parte di più enti, fondato ad esempio su accordi (35).

La dottrina, sulla base di quanto esposto, ha progressivamente iniziato ad ampliare la definizione di *in-house*, includendo anche quelle relazioni nate tra soggetti pubblici allo scopo di cogestire un'attività.

Infatti, può accadere che fra soggetti interni all'amministrazione sorgano relazioni in grado di determinare rapporti non assimilabili agli ordinari paradigmi normativi in materia di contrattualistica pubblica (36).

(33) Cfr. sentenza C-26/2003: "In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano (v., in tal senso, sentenza *Teckal*, cit., punto 50). Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi".

(34) Cfr. sentenza *Carbotermo* 340/04: "Si deve di conseguenza risolvere la prima questione nel senso che la direttiva 93/36 osta all'affidamento diretto di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, a una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice".

(35) Sulle sentenze *Teckal*, *Stadt Halle* e *Carbotermo* cfr. V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, cit., pp. 1501 e sgg.; sulla sentenza *Brabant*, cfr. C. ALBERTI, *La società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, in *Istituzioni del Federalismo* numero 2 del 2011 pp. 25 e sgg. Nella sentenza *Brabant* si specifica come sia richiesta "un'influenza determinante sia sugli obbiettivi strategici che sulle decisioni importanti".

(36) G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi*, fascicolo n. 18 del 2015, pp. 13 e sgg.; V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, cit., pp. 1501 e sgg.; G.M. RACCA, *Gli accordi fra*

Da questo punto di vista, le cooperazioni tra attori pubblici manifestano, quindi, evidenti affinità con il partenariato pubblico-privati, da cui si differenziano, tuttavia, sia per la natura soggettiva mono-pubblica delle parti coinvolte, sia per il risultato conseguito, il quale determina la chiusura al mercato e la deroga all'obbligo di ricorrere alle procedure di affidamento.

Questa figura di partenariato tra pubblici poteri, chiamata anche *in-house* orizzontale, si connota, poi, rispetto all'*in-house* verticale per la carenza di un rapporto inquadrabile in termini analoghi a quello tra pubblica amministrazione e articolazione interna, essendo, semmai, sussistente una cooperazione tra più soggetti contraddistinti da pari importanza e dignità (37).

All'interno della giurisprudenza europea, si riscontra il primo caso concreto di partenariato pubblico-pubblico nella controversia *Commissione c. Rep. federale di Germania (o Rugenberger Damm, o Città di Amburgo)* C-480/06.

La vicenda trae origine da un accordo sottoscritto da una pluralità di enti locali con il Comune di Amburgo avente ad oggetto i servizi di igiene urbana, smaltiti per mezzo di un termovalorizzatore da realizzare e affidare in gestione a terzi; in cambio di questo servizio di smaltimento, gli enti locali si impegnavano ad offrire una somma alla città di Amburgo, a titolo di rimborso per l'attività espletata dal futuro gestore dell'impianto (38).

La Corte di Giustizia Europea ritenne perfettamente legittima la scelta dei Comuni tedeschi di cooperare fra loro, in coerenza con il presupposto secondo cui ogni pubblica amministrazione è libera se decidere di affidare a terzi un'attività mediante procedura ad evidenza pubblica o internalizzare il servizio.

In quest'ultimo caso, le stazioni appaltanti possono o optare per l'affidamento ad un soggetto controllato in modo analogo ad un'articolazione interna o promuovere una cooperazione con altri uffici amministrativi.

Questa possibilità discende, secondo i giudici, dal principio di libera autorganizzazione interna, secondo cui ogni autorità può autonomamente decidere quale soluzione percorrere nella materia della contrattualistica pubblica purché, similmente a quanto analizzato nei partenariati pubblico-privati, vi sia

Amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale, cit., pp. 111 e sgg.

(37) Gli accordi amministrativi ex art. 15 della legge n. 241 del 1990 rappresentano un esempio *ante litteram* di partenariato pubblico-pubblico. La stessa Autorità Indipendente di settore, allora chiamata AVCP (Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici), con propria determina n. 7 del 21 ottobre 2010, statui come fosse utilizzabile questo strumento per attuare le cooperazioni amministrative elaborate al livello Sovranazionale; il limite, secondo l'Autorità Indipendente, ai fini della configurabilità della fattispecie in esame era dato dalla carenza di un prezzo versato alle Amministrazioni. In tal caso, ci saremmo trovati di fronte ad un contratto commutativo idoneo a recidere la relazione tra soggetti pubblici necessaria per ravvisare un *in-house* orizzontale.

(38) Non erano previsti, quindi, margini di profitto rispetto al mero rimborso delle spese; inoltre, la Città di Amburgo si impegnavo a fornire, se necessario, capacità sostitutiva per lo smaltimento dei rifiuti.

il rispetto del diritto dell'Unione nell'ipotesi in cui si scelga la procedura ad evidenza pubblica.

In particolare, secondo il Collegio diventano rilevanti ai fini della configurabilità della fattispecie alcuni presupposti.

Questi sono rappresentati dalla sussistenza di un interesse pubblico connesso allo svolgimento di un servizio pubblico di interesse comune, dalla carenza di *favor* nei confronti di imprese private, dalla mancanza di lucro per i soggetti coinvolti e, infine, dal ruolo attivo e non meramente passivo, inteso come mera remunerazione dell'attività oggetto dell'accordo, di ogni parte presente (39).

Successivamente, la Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare meglio i contorni dell'*in-house* orizzontale con il caso *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* (C-159/11), inerente all'affidamento di attività di studio e valutazione di vulnerabilità sismica di alcune strutture ospedaliere da parte della ASL di Lecce ad un dipartimento dell'Università del Salento.

Nella pronuncia, i Giudici Europei hanno evidenziato, ai fini della configurabilità di un rapporto di *in-house* orizzontale, la centralità del presupposto del compimento di un'attività di interesse pubblico comune a tutte le parti.

Secondo la Corte, in casi del genere si potrebbe determinare un'alterazione della libera concorrenza, nella misura in cui uno dei soggetti pubblici coinvolti dall'accordo finisce per rivestire, sostanzialmente, la qualifica di operatore economico, svolgendo un'attività diversa rispetto al fine pubblico perseguito.

Il *corpus* di principi delineato dalla giurisprudenza Europea è stato, poi, arricchito da due documenti, elaborati dal Parlamento Europeo e dalla Commissione Europea nel 2010 e nel 2011 (40).

In entrambi gli atti, le istituzioni hanno sottolineato la necessità di procedere ad una vera e propria codificazione della nozione pretoria di *in-house* orizzontale, la quale è stata avvertita come urgente alla luce della complessità raggiunta dall'elaborazione giurisprudenziale.

(39) Cfr. G.M. RACCA, *Gli accordi fra Amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, cit., pp. 115 e sgg. L'Autore segnala, inoltre, anche le differenze tra l'accordo di cooperazione e il contratto di matrice civilistica. In particolare, quest'ultimo divergerebbe sia per il difetto del requisito della patrimonialità, non essendo previsto un corrispettivo, sia per la sussistenza di una causa diversa, essendo quest'ultima nei partenariati per definizione legata ad una ripartizione di compiti da parte di più amministrazioni per perseguire uno o più obiettivi comuni.

(40) Si tratta della risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (2009/2175/INI) e il Documento di lavoro dei servizi della Commissione concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico"), SEC (2011) 169 def, del 4 ottobre 2011. Cfr. G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, cit., pp. 17 e sgg. e R.C. PERIN, G.M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e nei servizi pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 6, anno 2016, pp. 1457 e sgg.

La cristallizzazione del patrimonio plasmato dai giudici Sovranazionali è, infine, avvenuto con le direttive numeri 23, 24 e 25 del 2014 riguardanti, rispettivamente, gli appalti, le concessioni e le procedure di affidamento all'interno dei cosiddetti settori speciali.

In particolare, l'articolo 12 della direttiva numero 24 fornisce una definizione di *in-house* verticale, ribadendo la necessaria compresenza di quei presupposti già enucleati in sede giurisdizionale.

In primo luogo, si esige l'esistenza di un controllo analogo da parte dei pubblici poteri nei confronti dell'entità *in-house*.

Il controllo analogo è identificato nella seconda parte del comma 3 dell'articolo 12, il quale prescrive come questo si configuri quando siano riconducibili all'amministrazione la designazione dei membri degli organi decisionali della società, vi sia un'attitudine da parte dei pubblici poteri a esercitare un'influenza determinante sulle scelte della persona giuridica e, infine, vi sia la carenza di interessi contrapposti a quelli delle amministrazioni controllanti (41).

Inoltre, fra gli altri presupposti ulteriori rispetto al controllo analogo, l'articolo 12 comma 1 esige da un lato il compimento di almeno l'80% dell'attività a favore dei pubblici poteri, dall'altro una partecipazione ai capitali tendenzialmente mono-pubblicistica, con la possibilità di un apporto privato circoscritto alle ipotesi in cui non si realizzi un'influenza determinante del socio non pubblico in conformità ai singoli ordinamenti nazionali (42).

Successivamente, al comma 4 dell'articolo 12 è identificato anche il concetto di *in-house* orizzontale, il quale si concretizza nei casi in cui due o più amministrazioni stipulino, al fine di svolgere prestazioni rientranti nei loro obiettivi comuni, un accordo, secondo considerazioni esclusivamente ispirate da interesse pubblico; inoltre, si richiede che le pubbliche amministrazioni compiano un'attività sul mercato per una parte non superiore al 20% del totale (43).

(41) Articolo 12 comma 3 parte seconda: "*Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti*".

(42) Articolo 12 comma 1 "b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata". L'ultima previsione, in particolare, può essere interpretata come testimonianza di un parziale ripensamento in ordine al concetto di *in-house*.

Si è discusso in dottrina circa l'esatta portata dei requisiti scolpiti dalla disciplina sovranazionale.

Si ritiene come, in relazione alla nozione di obiettivo comune, non si debba adottare un'impostazione formalista incentrata sulla distinzione tra funzione e servizio pubblico, quanto, e piuttosto, si debba analizzare il dato sostanziale della strumentalità dell'accordo all'attività svolta dalle amministrazioni (44).

Per ciò che riguarda, invece, la quota del 20% di attività suscettibili di essere rese al mercato, è possibile evidenziare come il parametro si raccordi, in modo perfettamente speculare, con la definizione di *in-house* verticale, comprovando l'idea secondo cui il concetto stesso di *in-house* rappresenti un limite esterno tanto all'apertura al mercato, quanto al partenariato pubblico-privato.

In coerenza con un impianto sostanzialista, cardine del diritto Sovranazionale di matrice europea, non è imposto uno o più modelli organizzativi per svolgere la cooperazione, essendo quest'ultima una scelta rimessa ai singoli ordinamenti nazionali (45).

La giurisprudenza italiana, poi, si è concentrata su alcuni aspetti del partenariato pubblico-pubblico.

Un primo filone, più risalente, ha approfondito la natura soggettiva dell'amministrazione, tentando di ricostruire la fisionomia di quali pubblici poteri fossero legittimati a concludere accordi per la gestione di obiettivi comuni (46).

La riflessione, in realtà, si è presto interrotta proprio alla luce del carattere sostanzialista del diritto Europeo, secondo cui ogni aspetto in ordine alla natura formale di un soggetto è, tendenzialmente, privo di pregio; infatti, per l'ordinamento Sovranazionale non assume significato una eventuale distinzione concettuale fra i vari livelli interni all'autorità pubblica, essendo quest'ultima una caratteristica interna dei singoli patrimoni giuridici degli Stati membri.

(43) Articolo 12 comma 4: “*Un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno*”.

(44) Cfr. G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, cit., pp. 23 e sgg. Inoltre, l'Autore sottolinea come non sia inserito un requisito qualitativo o quantitativo in ordine all'apporto che ogni Amministrazione deve prestare.

(45) R.C. PERIN, G.M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e nei servizi pubblici*, cit., pp. 1462 e sgg. Anche in questo caso, la libertà discende dal principio di autorganizzazione dei singoli Stati, a sua volta diretta emanazione della sovranità statale.

(46) G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, cit., pp. 31 e sgg. Cfr. Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6014 o TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013, n. 3518.

Successivamente, la giurisprudenza si è concentrata sui connotati dell'attività oggetto di cooperazione.

In una prima fase, i giudici italiani hanno riproposto una visione ispirata dalla tradizione formalista interna, fondata sulla legittimità dell'accordo tra pubbliche amministrazioni in presenza di un interesse generale, identificato come qualunque finalità pubblica perseguita dall'autorità (47).

In seguito, è stato evidenziato dal Consiglio di Stato come, per evitare distorsioni della concorrenza, solo e soltanto quelle attività riconducibili ai compiti istituzionali espletati dalle pubbliche amministrazioni possano essere oggetto di partenariato orizzontale (48).

Gli articoli della direttiva hanno trovato, infine, trasposizione all'interno del D.Lgs. n. 50 del 2016, che all'articolo 5 positivizza sia la nozione di *in-house* verticale al comma 1, sia quella più recente di *in-house* orizzontale al comma 6 (49).

L'unico aspetto su cui si può cogliere una certa discrasia rispetto all'orientamento giurisprudenziale europeo pregresso è l'assenza del requisito esplicito del rimborso quale unico corrispettivo ammesso all'interno delle cooperazioni amministrative.

Si discute, quindi, se si possa configurare un accordo tra poteri pubblici anche in presenza dell'elemento della patrimonialità (50).

4. La valorizzazione dei beni culturali quale terreno elettivo del partenariato pubblico-privato e, in particolare, pubblico-pubblico.

L'articolo 9 della Costituzione enuncia il principio della tutela della cultura e della tecnica, nonché al secondo comma quello della tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione (51).

La dottrina maggioritaria, nel periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione, ben presto identificò nell'articolo 9 il fondamento implicito del principio della tutela dei beni culturali, che si connotava da un lato nei contenuti per essere inteso come mera conservazione del patrimonio culturale esistente, mentre in relazione ai soggetti coinvolti per essere oggetto di una riserva asso-

(47) Sempre TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013, n. 3518.

(48) Cfr. Cons. di Stato, sent. n. 3849/2013. Cfr. G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, cit., pp. 34 e sgg.

(49) Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici positivizza anche, al comma 5, la particolare variante dell'*in-house* verticale rappresentata da quella a controllo plurisoggettivo.

(50) La giurisprudenza, tuttavia, sembrerebbe recepirlo indirettamente, cfr. ad es. T.A.R. Napoli, sez. I, sent. n. 548 dell'1 febbraio 2019, per la quale "Al di fuori di questi casi, ogni accordo avente contenuto patrimoniale ed astrattamente contendibile soggiace alle regole dell'evidenza pubblica dovendosi anche le amministrazioni pubbliche includere nel novero degli operatori economici sottoposti alle regole della concorrenza ai sensi dell'art. 3 lett. p) del d.lgs. n. 50/2016".

(51) Articolo 9 della Costituzione: "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione".

luta statale, la quale precludeva a qualsiasi forma di intervento o compartecipazione non solo di attori privati, ma anche di soggetti pubblici non statali (52).

In progresso di tempo, si diffuse, invece, una sensibilità diversa, tesa ad ammettere un concorso di soggetti non statali nella valorizzazione dei beni culturali, declinata come stimolo delle “*potenzialità del bene culturale, realizzando la mise en valeur di tutto ciò che lo circonda, in termini di promozione, organizzazione, gestione e fruizione*” (53).

Questa tipologia di attività dinamica e non esclusivamente statica fu positivizzata per la prima volta durante il terzo decentramento amministrativo inaugurato dalle leggi Bassanini, in particolare dal D.Lgs. n. 112 del 1998 che, all’articolo 148 comma 1 lettera e), la definì quale “*ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione*” (54).

In occasione, infatti, della revisione del Titolo V, il Legislatore costituzionalizzò il principio della valorizzazione dei beni culturali, attribuendo la relativa titolarità anche alle Regioni nel rispetto della disciplina di cornice elaborata dallo Stato all’articolo 117 comma 3 (55).

L’intervento, tuttavia, non deve essere visto come isolato ma, anzi, è inseribile all’interno di un contesto generale di rivisitazione dei rapporti da un lato fra i pubblici poteri, dall’altro tra questi stessi e i soggetti privati (56).

Infatti, da questo momento è possibile scorgere proprio all’interno della disciplina della valorizzazione dei beni culturali una certa innovazione nei rapporti tra pubblico e privato, attraverso la elaborazione di moduli organizzativi prima sconosciuti al nostro ordinamento (57).

In particolare, già la legge finanziaria per il 2002 (l. n. 448 del 2001) all’articolo 33 ammise, esplicitamente, la possibilità di affidare in concessione

(52) P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, in *Federalismi*, fascicolo n. 2 del 2018, pp. 2 e sgg.; S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fascicolo n. 2, anno 2016, pp. 403 e sgg.; G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, fascicolo 6, anno 2015, pp. 322 e sgg.

(53) S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, cit., p. 403.

(54) C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili*, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, fascicolo 4-5, anno 2006, p. 160.

(55) Art. 117 comma 3: “*Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a (...): valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali (...). Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla Legislazione dello Stato*”. Come ricorda G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, cit., p. 323, il concetto di valorizzazione era già stato ritenuto da parte delle Regioni quale oggetto di loro attività fin dagli anni ’70.

(56) La nuova formulazione dell’articolo 118, che fornisce cittadinanza al principio di sussidiarietà, è indicativa, sia sul versante verticale, sia in relazione a quello orizzontale.

(57) L. CASINI, *Una «Revolution in Government»? La riforma amministrativa del patrimonio culturale*, in *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, fasc. 2, giugno 2018, pag. 702 parla di vero e proprio “pionierismo” in relazione all’ambito della valorizzazione dei beni culturali.

a “*soggetti diversi da quelli statali la gestione di servizi finalizzati al miglioramento della fruizione e della valorizzazione del patrimonio artistico [...]*” (lett. b-bis, comma 1).

Inoltre, l’articolo 35 della legge n. 448 del 2001 sancì la possibilità per gli enti locali di affidare ad associazioni o a fondazioni la gestione dei servizi culturali, riconoscendone la natura di servizi pubblici privi di rilevanza economica (58).

Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio (D.Lgs. n. 42 del 2004) ha consolidato la scia delineata fin dal terzo decentramento amministrativo, da un lato confermando all’articolo 6 comma 3 il concorso dei privati alla valorizzazione del patrimonio culturale, mentre, dall’altro, all’articolo 7 comma 2 ponendo il principio della sinergia tra diverse autorità pubbliche nella stessa valorizzazione (59).

Negli articoli 111 e seguenti, all’interno del capo II intitolato proprio “*principi della valorizzazione dei beni culturali*”, il Codice ha fornito, poi, la disciplina applicativa dei rapporti tra pubblico e privato genericamente dichiarati negli articoli 6 comma 3 e 7 comma 2.

In primo luogo, l’articolo 111 definisce la nozione di valorizzazione, identificandola quale “*costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all’esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità indicate all’articolo 6*” e consentendone la relativa attività anche agli operatori privati.

Successivamente, l’articolo 112 consacra il coordinamento tra i diversi livelli dell’autorità pubblica, enucleando, in particolare, al comma 4, l’accordo tra diversi soggetti quale metodo ordinario di azione nella valorizzazione e sviluppo dei piani strategici culturali (60).

L’assenza degli accordi determina, in base al comma 6, l’applicazione del criterio dominicale, già elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, secondo

(58) Articolo 35 comma 3: “*Gli enti locali possono procedere all’affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate*”.

(59) Articolo 6 comma 3: “*la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale*”. Articolo 7 comma 2: “*Il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali perseguono il coordinamento, l’armonizzazione e l’integrazione delle attività di valorizzazione dei beni pubblici*”.

(60) Articolo 112 comma 4: “*Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali stipulano accordi per definire strategie ed obiettivi comuni di valorizzazione, nonché per elaborare i conseguenti piani strategici di sviluppo culturale e i programmi, relativamente ai beni culturali di pertinenza pubblica. Gli accordi possono essere conclusi su base regionale o subregionale, in rapporto ad ambiti territoriali definiti, e promuovono altresì l’integrazione, nel processo di valorizzazione concordato, delle infrastrutture e dei settori produttivi collegati. Gli accordi medesimi possono riguardare anche beni di proprietà privata, previo consenso degli interessati. Lo Stato stipula gli accordi per il tramite del Ministero, che opera direttamente ovvero d’intesa con le altre amministrazioni statali eventualmente competenti*”. Sul tema, cfr. S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, cit., pp. 406 e sgg.

cui ogni soggetto è tenuto a valorizzare i beni di cui ha la disponibilità (61).

Infine, l'articolo 112 comma 9 estende lo strumento dell'accordo alla concertazione tra autorità pubblica e operatori privati, anche prescindendo da quelli stipulati *ex* comma 4 dell'articolo 112, per regolare i servizi strumentali alla valorizzazione dei beni culturali (62).

L'articolo 115 del Codice elenca le forme di gestione delle attività di valorizzazione dei beni culturali, che possono assumere natura diretta o indiretta, a seconda che i pubblici poteri decidano di esercitarla autonomamente o mediante esternalizzazione ad un soggetto privato.

In particolare, il comma 4 pone un *favor* normativo a favore della gestione diretta, ritenendo ammissibile quella indiretta esclusivamente nei casi in cui assicurati *“un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali”* (63).

La gestione indiretta da parte di un operatore privato, poi, si estrinseca esclusivamente per espressa statuizione del Codice nella concessione, considerata quale modello onnicomprensivo di regolazione reciproca dei rapporti tra pubblico e privato, da attuare mediante procedure di evidenza pubblica (64).

Le stesse modalità di gestione sono richiamate dal D.Lgs. n. 42 del 2004 a proposito dei cosiddetti *“Servizi per il pubblico”*, ossia di una serie di servizi posti in una posizione strumentale rispetto alla valorizzazione degli istituti e dei luoghi culturali (65).

(61) G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, cit., p. 326; originariamente la disposizione trovava sede nel comma 5.

(62) Articolo 112 comma 9: *“Anche indipendentemente dagli accordi di cui al comma 4, possono essere stipulati accordi tra lo Stato, per il tramite del Ministero e delle altre amministrazioni statali eventualmente competenti, le regioni, gli altri enti pubblici territoriali e i privati interessati, per regolare servizi strumentali comuni destinati alla fruizione e alla valorizzazione di beni culturali. Con gli accordi medesimi possono essere anche istituite forme consortili non imprenditoriali per la gestione di uffici comuni. Per le stesse finalità di cui al primo periodo, ulteriori accordi possono essere stipulati dal Ministero, dalle regioni, dagli altri enti pubblici territoriali, da ogni altro ente pubblico nonché dai soggetti costituiti ai sensi del comma 5, con le associazioni culturali o di volontariato, dotate di adeguati requisiti, che abbiano per statuto finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni culturali. All'attuazione del presente comma si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”*.

(63) Nella versione originaria era il comma 5; sul punto, cfr. A. LEO TARASCO, *L'esternalizzazione delle funzioni dei beni culturali: profili problematici di diritto dell'economia*, da www.amministrazioneincammino.luiss.it.

(64) La versione originaria dell'articolo 115 comma 3 contemplava anche altri soggetti, quali *“istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti, costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione pubblica cui i beni pertengono”*; sul rilievo accordato alla concessione quale modello onnicomprensivo di esternalizzazione, cfr. C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili*, cit., p. 165 e sgg. In realtà, il precetto normativo appare svalutato già alla luce del Codice dei Contratti Pubblici del 2006, il quale prevede all'articolo 197 che le figure del promotore finanziario e della società di progetto siano applicabili anche alle gestioni di cui agli articoli 115 e 117 del Codice dei Beni Culturali.

(65) A seguito delle novelle successive, la disposizione di riferimento è l'articolo 117, il quale elenca una serie di attività suscettibili di rientrare all'interno dei servizi per il pubblico; la valenza della disposizione è esemplificativa.

La gestione di questi può, quindi, essere esternalizzata mediante procedura ad evidenza pubblica ed essere espletata in modo integrato con i servizi di vigilanza, pulizia e biglietteria (66).

La relativa disciplina è stata, successivamente, oggetto di apposita specificazione per mezzo del Decreto Ministeriale del 29 gennaio 2008, il quale fornisce maggiori chiarimenti in ordine alle modalità di affidamento dei servizi per il pubblico contemplati dall'articolo 117.

La disciplina approfondisce l'*iter* procedurale da rispettare, non discostandosi dal contenuto del Codice dei Beni Culturali e ribadendo, all'articolo 3 comma 3, come i servizi per il pubblico possano essere svolti anche in forma diretta dai pubblici poteri, se questi risultano contraddistinti da adeguate risorse economico-finanziarie.

L'impianto complessivo, che non ha subito nel corso del tempo rivisitazioni significative, ha trovato, infine, pieno consolidamento con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici del 2016, il quale ha ampliato le forme e le modalità innovative di cooperazione tra potere pubblico e autonomia privata nella materia dei beni culturali.

In particolare, l'articolo 151 del D.Lgs. n. 50 del 2016, oltre ad occuparsi di sponsorizzazioni, al comma 3 prescrive come il Ministero dei Beni Culturali possa promuovere "*forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili*"; la seconda parte del comma, inoltre, evidenzia come le modalità di cooperazione si svolgano "*attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 1*".

La disposizione citata, quindi, da un lato introduce e legittima un'ulteriore forma di accordo rispetto a quelli previsti dal Codice dei Beni Culturali all'articolo 112 commi 4 e 9, dall'altro sancisce come le relative modalità procedurali, necessarie alla loro conclusione, siano quelle semplificate contemplate per le sponsorizzazioni o, addirittura, ulteriori (67).

Da questo punto di vista, sembra corretto affermare come l'articolo 151 sia, sostanzialmente, una norma in bianco, la quale attribuisce un potere ampio al Ministero dei Beni Culturali, ammettendo la stipulazione di accordi dal contenuto tendenzialmente indeterminato, seppur teleologicamente orientato.

In altri termini, il Ministero può, con i soggetti espressamente individuati dalla disposizione, sottoscrivere accordi dai contenuti più disparati, purché diretti

(66) Questi servizi rientrerebbero all'interno di un appalto, come ricorda G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, cit., p. 329.

(67) L'articolo 151 comma 1 rinvia, per ciò che riguarda le modalità procedurali, all'articolo 19, il quale pone obblighi informativi ben più lievi rispetto a quelli ordinari.

“a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili”.

Proprio con riguardo alla natura dei soggetti con cui il Ministero dei Beni Culturali può stipulare convenzioni, è possibile osservare come, a testimonianza dell'importanza rivestita e dall'impatto prodotto dal principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento, l'Amministrazione Centrale sia legittimata a relazionarsi non solo con altre autorità pubbliche, ma anche con operatori privati, non necessariamente economici.

Trova, ancora una volta, decisivo riconoscimento la fisionomia integrata della materia culturale, la quale può e deve trovare la compartecipazione di tutti gli attori presenti nella società (68).

5. Il caso concreto: l'accordo di valorizzazione del 20 febbraio 2017.

Come anticipato nel primo paragrafo, il presente scritto trae spunto da una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un accordo di valorizzazione sottoscritto, ai sensi dell'articolo 151 comma 3 del D.Lgs. n. 50 del 2016, dal Ministero dei Beni Culturali con la Regione Emilia-Romagna, la Provincia di Ravenna e il Comune di Ravenna il 20 febbraio 2017.

In particolare, l'accordo disponeva che alla gestione diretta di una serie di monumenti e luoghi della cultura presenti all'interno del territorio ravennate si affiancasse, allo scopo di *“di incrementare e rafforzare, in un quadro di rapporti sinergici fra i diversi attori istituzionali, le politiche pubbliche di conservazione, valorizzazione e fruizione dell'area”*, una gestione pubblica, per mezzo di una fondazione, anche dei servizi al pubblico od aggiuntivi, in precedenza svolti da operatori privati.

L'accordo avrebbe dovuto dispiegare i propri effetti all'esito della concessione con i soggetti privati incaricati fino a quel momento di svolgere i servizi al pubblico, tuttavia, a seguito di alcuni inadempimenti, il Ministero disponeva la decadenza della concessione.

Gli operatori privati, quindi, proponevano ricorso presso il giudice amministrativo, decidendo di impugnare anche l'accordo di valorizzazione e chiedendone, in via cautelare, la sospensione degli effetti.

Il Tribunale Amministrativo per l'Emilia-Romagna, però, in data 26 giugno 2017, non accoglieva le doglianze proposte in via cautelare, non riscontrando la presenza di alcun danno grave ed irreparabile.

Le controparti formulavano, per questa ragione, appello cautelare in Consiglio di Stato, eccependo, ancora una volta, l'irreparabilità del danno subito.

(68) Il pregio maggiore da dover riconoscere al principio di sussidiarietà orizzontale è proprio quello di aver rimosso le impostazioni ideologiche tipiche del Novecento, tali per cui solo e soltanto l'autorità pubblica, in specie statale, è idonea a perseguire attività di interesse generale. A determinate condizioni, nel rispetto delle reciproche funzioni, è invece possibile non solo riconoscere, ma anche favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini.

In diritto, inoltre, i ricorrenti sostenevano come l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere ad una gara pubblica, essendo il nostro ordinamento contraddistinto da un vero e proprio obbligo di esternalizzazione dei servizi museali, soprattutto con riguardo a quelli definibili come servizi al pubblico od aggiuntivi, strumentali alla valorizzazione del patrimonio culturale.

A sostegno della loro ricostruzione, i ricorrenti richiamaavano il Codice dei Beni Culturali e il D.M. del 29 gennaio 2008, nonché la disciplina di derivazione sovranazionale in materia di contrattualistica pubblica.

A giudizio della Difesa Erariale, è sembrato opportuno muovere da una più corretta interpretazione della normativa contenuta nel Codice dei Beni Culturali, il quale, come abbiamo osservato, non pone alcun obbligo di esternalizzazione sia nella gestione dei servizi a natura culturale, sia, a maggior ragione, dei servizi per il pubblico.

Infatti, l'articolo 115 del D.Lgs. n. 42 del 2004 si limita ad elencare una serie di soluzioni organizzative che le singole Amministrazioni, in base ai vari casi concreti, possono adottare nel tentativo di poter perseguire meglio l'interesse generale.

L'articolo 117, oltretutto, richiama espressamente in tema di servizi per il pubblico a natura museale, oggetto della controversia, quanto contenuto all'interno dell'articolo 115, non introducendo ulteriori formule organizzative proprie.

Sulla stessa scia si colloca il D.M. del 29 gennaio 2008, invocato dalle controparti a sostegno delle proprie pretese, che fornisce esclusivamente specificazione a questo assetto da un punto di vista procedurale, non potendo, peraltro, sovvertire, in coerenza con il principio della gerarchia delle fonti, una disciplina fissata a livello normativo.

Infine, negli scritti difensivi è stato dato ampio risalto anche alla disciplina Sovranazionale.

Il diritto dell'Unione, per quanto da sempre contraddistinto da un evidente *favor* nei confronti delle liberalizzazioni, non impone agli Stati membri alcuna soluzione organizzativa predefinita, ben potendo quest'ultimi decidere di avvalersi delle varie formule previste all'interno del singolo ordinamento nazionale.

La libertà di scelta auto-organizzativa deriva, come più volte sottolineato nei documenti elaborati dall'Unione Europea, dalla stessa sovranità degli Stati, la quale sarebbe lesa da prescrizioni sul tema eccessivamente stringenti.

Inoltre, per ciò che riguarda il caso dell'ordinamento italiano, si ravviserebbe una chiara lesione dell'articolo 97 comma 2 della Costituzione, il quale attribuisce all'Amministrazione proprio lo strumento del potere discrezionale per perseguire in modo più efficace l'interesse pubblico.

Quest'ultimo, infatti, non può essere cristallizzato in modo aprioristico attraverso formule preconfezionate o ideali, le quali rischierebbero di rivelarsi vuote o, peggio, indeterminate, ma, al contrario, assume fisionomia reale in base alle circostanze del singolo caso concreto.

In altri termini, la valorizzazione di un sito culturale può e deve essere perseguita in modo efficace dalle Amministrazioni solo in base all'autentico contesto di riferimento; in territori, ad esempio, dove si riscontrano validi operatori privati, l'Amministrazione sarà incentivata ad esternalizzare i servizi per il pubblico ma dove, al contrario, ritenga preferibile internalizzarli, per l'assenza di soggetti economici o nel tentativo di realizzare azioni di scala, deve essere libera di poter adottare le soluzioni più opportune senza vincoli preordinati, che assumerebbero valenza prettamente ideologica.

Per questa ragione, un obbligo generalizzato all'esternalizzazione di un servizio pubblico renderebbe, *de facto*, l'attività discrezionale amministrativa sostanzialmente vincolata sul tema, con una chiara alterazione della funzione dell'Amministrazione di perseguire l'interesse pubblico, considerata, alla luce di quanto esposto, dallo scrivente vero e proprio controlimite costituzionale, insuscettibile di compressione (69).

Per quanto riguarda la struttura della convenzione, invece, a parere della Difesa Erariale, l'accordo di valorizzazione è stato ricondotto all'interno dell'ambito dell'*in-house* orizzontale.

Infatti, depongono in tal senso sia un'interpretazione letterale della terminologia utilizzata dalle varie Amministrazioni, sia una sistematica delle varie fonti normative richiamate.

In particolare, le autorità pubbliche sottolineano come, *ex* articolo 151 comma 3 del D.Lgs. n. 50 del 2016, sia possibile stipulare accordi su base orizzontale nella materia dei beni culturali "*per il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili*" esplicitamente indicati nei vari articoli della convenzione.

Inoltre, sono stati rispettati tutti i requisiti prescritti prima a livello sovranazionale e, poi, dallo stesso Codice dei Contratti Pubblici all'articolo 5 comma 6 (70).

Segnatamente, si ravvisa sia la sussistenza di una pluralità di operatori pubblici come il Ministero dei Beni Culturali, la Regione Emilia-Romagna, la Provincia di Ravenna e il Comune di Ravenna, sia la strumentalità dell'accordo ad un'attività di valorizzazione dei siti culturali che è interesse comune a tutte gli attori coinvolti.

(69) Da ciò deriverebbe che, anche in caso di contrasto con il diritto Europeo, non sarebbe possibile disapplicare la normativa italiana applicativa del principio di discrezionalità del potere amministrativo.

(70) Un elemento che, dogmaticamente, potrebbe precludere alla configurabilità dell'accordo di valorizzazione quale esempio di cooperazione amministrativa su base orizzontale è l'entità del corrispettivo maturato dalla Fondazione e destinato ai vari soggetti pubblici presenti. Nel caso, infatti, si trattasse di una somma superiore a quella di un mero rimborso, si sfocerebbe in un utile, potenzialmente idoneo a precludere la configurabilità dell'*in-house* orizzontale. In tal caso, sarebbe forse più corretto identificare l'accordo quale modello di *in-house* verticale a natura plurisoggettiva.

Infine, la Difesa Erariale, a proposito del *periculum in mora* eccetto dalle controparti, ossia l'avvio di una nuova gestione pubblica in luogo di quella svolta in precedenza in regime di concessione, evidenziava come il rapporto con gli operatori privati, anche all'esito del contenzioso in ordine alla decadenza dalla concessione, si fosse risolto per scadenza naturale del contratto.

Ciò rafforzava la convinzione secondo cui in nessun caso un soggetto privato avrebbe potuto sindacare la scelta di internalizzare un servizio pubblico, la quale è espressiva di un potere discrezionale amministrativo che trova la propria legittimazione proprio nel perseguimento dell'interesse pubblico, concretamente rappresentato dalla valorizzazione dell'area culturale Ravennate.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 5311 del 5 dicembre 2017, ha accolto quanto esposto dall'Avvocatura dello Stato, ritenendo che "*visto l'art. 151, comma 3 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice degli appalti pubblici), non appaiono sussistere, prima facie, elementi di fumus boni iuris a sostegno della domanda cautelare*".

6. Considerazioni conclusive.

Il presente scritto, sulla base del caso concreto dell'accordo di valorizzazione del 20 febbraio 2017, si è incentrato sul rapporto tra autorità pubblica e iniziativa privata, soprattutto all'interno della disciplina della valorizzazione dei beni culturali.

Emerge come lo sviluppo di nuove forme di relazione tra la Pubblica Amministrazione e i soggetti privati, possa essere un fattore positivo di crescita per l'ordinamento.

Infatti, gli studi e le esperienze più recenti, anche sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale, dimostrano sia come i poteri pubblici possano, fruttuosamente, avvalersi di moduli organizzativi privatistici per lo svolgimento della loro funzione, ossia il perseguimento dell'interesse pubblico, sia la stessa autonomia privata possa coltivare attività di interesse generale (71).

Si determina, in altri termini, un superamento di quella visione rigidamente dicotomica Novecentesca tra pubblico e privato, ispirata da una concezione negativa dell'animo umano, secondo la quale il cittadino sarebbe portato, nella generalità dei casi, a rifuggire dal compimento di attività di interesse sovraindividuale essendo, quasi ontologicamente, proteso solo al soddisfacimento dei propri egoistici affari.

Al contrario, l'elaborazione di un sistema integrato tra Amministrazione e soggetti privati può forgiare un nuovo modulo organizzativo in cui al centro

(71) La convinzione secondo cui il pubblico sarebbe inidoneo, per definizione, a svolgere attività economiche non trova automatico riscontro nella prassi; un esempio virtuoso è rappresentato da Lucca Crea S.r.l., società organizzatrice di una delle kermesse sul fumetto più importanti del mondo e soggetta a direzione e coordinamento da parte della Lucca Holding S.p.a., partecipata integralmente dal Comune di Lucca.

sia posta la comunità, pervenendo ad un nuovo equilibrio tra le opposte istanze di autorità e libertà.

In questo quadro, le Pubbliche Amministrazioni possono e devono utilizzare diverse soluzioni organizzative in relazione al contesto di riferimento, decidendo di volta in volta se intervenire direttamente, per mezzo di esternalizzazioni o tramite accordi con i soggetti privati.

In ogni caso, un dato costante è la persistente differenza ontologica tra pubblico e privato.

Qualunque sia, infatti, la formula adottata, è difficile negare che l'autorità pubblica detenga sempre e comunque un ruolo distinto, anche solo di regolazione o di controllo, tendenzialmente sovraordinato rispetto a quello dei cittadini.

Questo rapporto tendenzialmente diseguale, per quanto meno accentuato che in passato, trova la propria proiezione nei connotati strutturali del potere amministrativo, il quale, pur autoritario, è da un lato vincolato nei fini, essendo preordinato al perseguimento dell'interesse generale, mentre dall'altro è limitato nella propria fonte, potendo trovare esercizio esclusivamente sulla base di una fonte legale in ossequio al principio di legalità.

Al contrario, l'attività dei privati, per quanto a prima vista posta in una posizione di subordinazione rispetto al potere amministrativo, incontra, proprio perché libera nei fini, quale unico limite quello negativo posto dal tessuto normativo, in modo tale che, *sic et simpliciter*, è lecito tutto ciò che non è vietato.

Per questa ragione, non sorprende riscontrare come gli esempi più frequenti di fallimento nella sperimentazione di relazioni innovative tra pubblico e privato si abbiano nelle ipotesi in cui si tenti di ridurre, se non di annullare, proprio la fisionomia del pubblico, nella convinzione che si possa prescindere da esso.

Non è un caso che proprio le istituzioni Europee di recente, all'interno della relazione n. 9 del 2018 della Corte dei Conti, abbiano espresso perplessità in ordine ad un vero e proprio abuso dello strumento dei partenariati pubblico-privato (72).

Quando, all'opposto, si presta adeguata consapevolezza al ruolo svolto da ogni soggetto coinvolto, è possibile scorgere i lati più proficui delle cooperazioni pubblico-privato e pubblico-pubblico.

Con particolare attenzione a quest'ultime, possiamo osservare come il

(72) Indicativo è questo passaggio, contenuto a p. 54 della Relazione, secondo cui: *“Le strategie e i regolamenti UE applicabili consentono l'uso dei PPP come mezzo potenzialmente efficace per realizzare progetti infrastrutturali che consentano di perseguire obiettivi di politica pubblica combinando varie forme di risorse pubbliche e private. La Corte ha però constatato che l'attuazione di progetti su scala più vasta del consueto e la fusione in un unico contratto di progettazione, finanziamento, costruzione, gestione e manutenzione delle infrastrutture ha aggravato il rischio di un basso livello di concorrenza (ponendo così l'autorità pubblica in una posizione di dipendenza) e ha accresciuto la complessità generale dei progetti”*.

superamento di un modello di statualità accentrata, all'interno del quale ogni struttura pubblica (in passato) si rivelava impermeabile a qualunque forma di comunicazione anche con altri attori pubblici, sia un elemento potenzialmente in grado di migliorare l'attività amministrativa, favorendo un'azione congiunta maggiormente efficace.

L'orientamento giurisprudenziale restrittivo, fino a questo momento prevalente, che come sottolineato preclude la configurabilità di una cooperazione pubblico-pubblico, in caso di corresponsione da parte dell'Amministrazione di una somma superiore al mero rimborso delle spese sostenute, è ad oggi il presidio principale dietro potenziali elusioni della disciplina concorrenziale sovranazionale.

Non meraviglia, pertanto, che questi strumenti abbiano trovato grande diffusione nella materia dei beni culturali, la quale fin dalla fine degli anni Novanta si è mostrata sensibile, più di altre, a recepire una rivisitazione dei rapporti da un lato tra gli stessi poteri pubblici, dall'altro tra questi e l'iniziativa privata.

Partendo proprio dal presupposto secondo cui, oggi, appare centrale la comunità come elemento dove si ricomponde la tensione tra autorità e libertà, è arduo negare come proprio la disciplina dei beni culturali, in quanto espressiva di una cultura di una comunità, risenta, più che in altri casi, delle trasformazioni dei rapporti tra pubblico e privato.

Da questo punto di vista, l'apertura ad un sistema policentrico ha progressivamente ampliato gli strumenti di cui l'Amministrazione può dotarsi nel perseguimento dell'interesse pubblico, migliorando la sua efficienza e la sua flessibilità (73).

In prospettiva, è lecito ritenere come eventuali aggiustamenti delle relazioni tra pubblico e privato non possano che avvenire proprio all'interno del campo della valorizzazione dei beni culturali, che dovrà essere monitorato costantemente dall'operatore del diritto.

(73) Problema completamente diverso è, invece, quello del finanziamento pubblico alle attività di tutela e valorizzazione dei beni culturali, così come in generale il finanziamento del pubblico in tutti i settori di proprio intervento. Infatti, un aumento della flessibilità e degli strumenti di cui si può dotare l'Amministrazione non può essere promosso quasi come se fosse una compensazione a contrazioni di bilancio sempre più evidenti; il rischio è quello, come già accennato, di svuotare sostanzialmente il ruolo dell'autorità, favorendo fenomeni di rigetto.

RECENSIONI

***FAUSTO CAPELLI (*)*, *La tutela dei prodotti agroalimentari di qualità in Italia e in Europa. Un'evoluzione giuridica di successo (Raccolta di scritti in materia di Diritto Alimentare)*.**

*(QUADERNI DELLA RIVISTA «DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI»)
EDITORIALE SCIENTIFICA, 2018, PP. XII - 444*

Presentazione

La selezione di scritti raccolti in questo volume forniscono una sintetica testimonianza dell'incidenza determinante che la disciplina comunitaria ha avuto sullo sviluppo della produzione agricola in Italia nonché, di riflesso, sulla commercializzazione dei prodotti agroalimentari italiani nei mercati europei e internazionali.

L'evoluzione della regolamentazione europea in materia agricola è presa in considerazione e analizzata negli scritti riuniti nella ***prima parte*** del volume e, in particolare, in quello intitolato: «*Evoluzione della politica agricola dell'Unione europea dalle origini ai giorni nostri: un sintetico commento*». In questo scritto si è cercato di metter in evidenza l'evoluzione impressionante della politica agricola europea nel corso di cinquant'anni. Si è passati, infatti, da un regime agricolo pianificato e, necessariamente, dispersivo e dannoso, a un sistema aperto alle regole del mercato anche se bisognoso di nuovi adattamenti.

Gli articoli della ***seconda parte*** del volume sono dedicati alla libera circolazione dei prodotti agroalimentari all'interno dell'Unione europea (e sui mercati internazionali). Il principio della libertà di circolazione delle merci, essendo uno dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico europeo, riguarda, ovviamente, tutti i prodotti e non soltanto i prodotti agroalimentari.

(*) Professore di diritto dell'Unione europea, Collegio europeo/Università di Parma; avvocato in Milano, specializzato in diritto dell'Unione europea e in diritto internazionale.

Occorre però rilevare che la Corte di giustizia di Lussemburgo, che ha imposto l'osservanza di tale principio a tutti gli Stati membri con le sue sentenze, ha elaborato la sua giurisprudenza facendo riferimento, soprattutto, ai prodotti agroalimentari, a partire dalla celebre sentenza sul «*Cassis de Dijon*» (cfr. l'articolo «*I malintesi derivanti dalla sentenza sul Cassis de Dijon vent'anni dopo*» riprodotto nella seconda parte del volume). Diverse altre sentenze della Corte di giustizia, tra quelle più significative in questa materia, vengono esaminate in articoli riportati sempre nella seconda parte del volume.

Nella **terza parte** del volume sono contenuti gli scritti che riguardano l'evoluzione della normativa europea nonché quella della giurisprudenza della Corte di giustizia e dei Tribunali nazionali degli Stati membri, in materia di tutela della qualità dei prodotti agroalimentari. A questo riguardo, è stato messo in rilievo il ruolo fondamentale svolto dalla Corte di giustizia che, con le sue sentenze, ha costretto la Commissione europea a riconoscere la necessità di tutelare anche la qualità dei prodotti agroalimentari all'interno di tutti gli Stati membri. L'impatto esercitato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, a questo riguardo, è analizzato nell'articolo dal titolo «*Valorizzazione dei prodotti agroalimentari di qualità e loro tutela contro le pratiche commerciali scorrette e pregiudizievoli*» pubblicato nella terza parte del volume.

Nella terza parte è anche contenuto un articolo molto polemico nei confronti della giurisprudenza della Corte di giustizia che intende riservare all'Unione europea la competenza esclusiva in materia di registrazione delle indicazioni geografiche riferite ai prodotti agroalimentari. Questo articolo è intitolato: «*La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza Bud II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*».

La **quarta ed ultima parte** del volume contiene, infine, diversi articoli sulla disciplina europea in materia di sicurezza alimentare, la cui corretta applicazione in Italia ha contribuito ad assicurare ai prodotti agroalimentari italiani lo straordinario successo da essi in seguito ottenuto. Questi aspetti sono esaminati nell'articolo «*La sicurezza alimentare in Italia e nell'Unione europea*» riprodotto, appunto, nella quarta parte del volume.

Valutati nel loro complesso, riteniamo che gli scritti qui raccolti forniscano una valida giustificazione al titolo che è stato dato a questo volume: «*La tutela dei prodotti agroalimentari di qualità in Italia e in Europa: un'evoluzione giuridica di successo*».

Fausto Capelli
Direttore della Rivista

Diritto comunitario e degli scambi internazionali

Finito di stampare nel mese di settembre 2019
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Vicolo della Guardiola n. 22 - 00186 Roma