

ANNO LXVII - N. 4

OTTOBRE - DICEMBRE 2015

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: *Giacomo Arena e Maurizio Borgo.*

COMITATO DI REDAZIONE: *Lorenzo D'Ascia - Gianni De Bellis - Sergio Fiorentino - Paolo Gentili - Maria Vittoria Lumetti - Francesco Meloncelli - Marina Russo - Massimo Santoro - Carlo Sica - Stefano Varone.*

CORRISPONDENTI DELLE AVVOCATURE DISTRETTUALI: *Andrea Michele Caridi - Stefano Maria Cerillo - Luigi Gabriele Correnti - Giuseppe Di Gesu - 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: *Domenico Andracchio, Davide Borelli, Giuseppe Camardi, Valter Campanile, Mario Capolupo, Angela Cardì, Francesco Maria Ciaralli, Maria Luisa Costanzo, Wally Ferrante, Giuliano Gambardella, Michele Gerardo, Vinca Giannuzzi Savelli, Vincenzo Laruffa, Iolanda Luce, Giovanni Marino, Massimo Massella Ducci Teri, Francesco Molinaro, Adolfo Mutarelli, Valeria Nuzzo, Carlo Maria Pisana.*

Email:

[giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it](mailto:giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it)

[maurizio.borgo@avvocaturastato.it](mailto:maurizio.borgo@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](mailto:rassegna@avvocaturastato.it) - Sito [www.avvocaturastato.it](http://www.avvocaturastato.it)

*Stampato in Italia - Printed in Italy*

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

# INDICE - SOMMARIO

## TEMI ISTITUZIONALI

<i>Intervento dell'Avvocato Generale dello Stato, Avv. Massimo Massella Ducci Teri, alla Cerimonia di inaugurazione dell'Anno giudiziario 2016. Roma, Palazzo di Giustizia, 28 gennaio 2016</i> . . . . .	pag.	1
<i>Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e l'Avvocatura dello Stato sulla gestione del contenzioso tributario</i> . . . . .	»	4
<i>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, Circolare SG prot. 26057 del 20 gennaio 2016 n. 5</i> . . . . .	»	6
<i>Parere del Consiglio Nazionale Forense sul tirocinio professionale presso l'Avvocatura dello Stato, Circolare SG prot. 40527 del 28 gennaio 2016 n. 9</i> . . . . .	»	10
<i>Valter Campanile, Un "breviario" sulle notifiche a mezzo PEC</i> . . . . .	»	11

## CONVEGNI

<i>Avvocatura Generale dello Stato, Sala Vanvitelli, 14 gennaio 2016: "Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali" Presentazione del libro di Michele Gerardo e Adolfo Mutarelli - G. Giappichelli Editore, Torino, 2015.</i>		
Relazioni:		
<i>Giovanni Marino, Il tempo giuridico tra principi e regole. Brevi annotazioni su prescrizione e decadenza</i> . . . . .	»	21
<i>Valeria Nuzzo, La prescrizione dei crediti di lavoro e il metus del lavoratore: inedite questioni interpretative legate alla riforma della disciplina sanzionatoria del licenziamento</i> . . . . .	»	28
<i>Mario Capolupo, I rapporti tra estinzione del processo e prescrizione con particolare riguardo al giudizio tributario</i> . . . . .	»	35

## CONTENZIOSO NAZIONALE

<i>Carlo Maria Pisana, La Cassazione sull'esonazione fiscale degli atti di riassetto patrimoniale a seguito della separazione tra coniugi (Cass. civ., Sez. V, sent. 13 novembre 2015 n. 23225)</i> . . . . .	»	55
<i>Francesco Molinaro, Il principio della compensatio lucri cum damno tra vecchi e nuovi orientamenti della Corte di Cassazione (Cass. civ., Sez. III, ord. 5 marzo 2015 n. 4447)</i> . . . . .	»	59
<i>Vinca Giannuzzi Savelli, Tra riservatezza e tutela della salute: un possibile bilanciamento tra diritto alla riservatezza della cartella clinica, diritto della madre a una scelta riproduttiva consapevole e diritto del concepturus a nascere sano (Trib. Napoli, Sez. I civ., sent. 18 settembre 2014 n. 13212)</i> . . . . .	»	73

Angelica Cardì, <i>L'autonomia universitaria tra tradizione e modernità: a proposito di due recenti pronunce del Consiglio di Stato</i> (Cons. St., Ad. Plen., sent. 28 gennaio 2015 n. 1; Cons. St., Sez. VI, ord. 22 gennaio 2015 n. 242) . . . . .	pag.	86
Wally Ferrante, <i>Gli atti defensionali della Avvocatura dello Stato sulla trascrizione dei matrimoni omosessuali</i> (Cons. St., Sez. III, sentt. 26 ottobre 2015 nn. 4897, 4898, 4899). . . . .	»	123

#### LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Francesco Maria Ciaralli, <i>I “golden powers” esercitabili dal Governo a tutela di interessi strategici dello Stato</i> . . . . .	»	159
Giuliano Gambardella, <i>I servizi pubblici locali con particolare riferimento al servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani</i> . . . . .	»	175
Vincenzo Laruffa, <i>La “messa alla prova”: novità applicative e criticità di uno strumento giuridico di deflazione carceraria</i> . . . . .	»	231

#### CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Domenico Andracchio, <i>Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la non ottemperabilità dei decreti presidenziali ante l. n. 69/2009</i> . . . . .	»	241
Maria Luisa Costanzo, <i>Fisco e cultura: la tassazione degli immobili di interesse storico artistico e l'intervento dei privati a sostegno del patrimonio culturale</i> . . . . .	»	269
Maria Vittoria Lumetti, Giuseppe Camardi, <i>Giudici amministrativi, economia e strategie processuali</i> . . . . .	»	285
Iolanda Luce, <i>Revirement delle Sezioni Unite sul riparto di giurisdizione in tema di assegnazione delle ore di sostegno agli alunni disabili</i> . . . . .	»	311

#### RECENSIONI

<i>Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali</i> , MICHELE GERARDO e ADOLFO MUTARELLI, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015 . . . . .	»	319
---	---	-----

# TEMI ISTITUZIONALI

## CERIMONIA DI INAUGURAZIONE DELL'ANNO GIUDIZIARIO 2016

### *Intervento dell'Avvocato Generale dello Stato Avv. Massimo Massella Ducci Teri*

Signor Presidente della Repubblica, Autorità, Signor Primo Presidente della Corte di Cassazione, Signor Procuratore Generale, Signore e Signori

1.- Prendo, con grande piacere, la parola in questa solenne Cerimonia di inaugurazione per porgere il saluto dell'Istituto che ho l'onore di dirigere.

Nella sua approfondita ed ampia relazione il Primo Presidente ha riferito puntualmente sui risultati raggiunti dalla Suprema Corte nell'anno 2015.

Essi sono sicuramente il frutto del grandissimo impegno profuso dai Magistrati e da tutto il personale amministrativo - cui vanno il nostro più sentito apprezzamento e la nostra più viva gratitudine. Sono anche il segno tangibile dell'efficacia del disegno riformistico avviato dal Governo.

Questa è sempre stata anche la sede naturale per dare conto dell'attività svolta dall'Avvocatura dello Stato nel corso dell'anno precedente. Vorrei essere estremamente sintetico sul punto per non abusare della vostra pazienza e rispettare il tempo a me assegnato.

2.- Nell'anno 2015 i provvedimenti deflattivi del contenzioso adottati dal Governo hanno prodotto i loro effetti anche per il nostro Istituto.

Tuttavia, gli affari nuovi trattati dall'Avvocatura dello Stato ammontano, comunque, a livello nazionale, ad oltre 150.000. Un terzo di tale lavoro grava sull'Avvocatura Generale che ha assunto, nell'anno, oltre 48.000 nuovi affari.

Si tratta di una mole di lavoro sicuramente imponente, che abbraccia le più varie materie e ci vede impegnati avanti tutte le Magistrature anche di livello comunitario ed internazionale.

3.- Accanto al lavoro in sede contenziosa, mi preme, tuttavia, segnalare l'incremento dell'attività consultiva resa dall'Istituto.

Nel corso del 2015 l'Avvocatura dello Stato, oltre alle fisiologiche consultazioni connesse al contenzioso, aventi ad oggetto la proposizione di gravami o transazioni, ha reso oltre 4.000 pareri alle Amministrazioni che è chiamata a patrocinare.

Si tratta di un numero rilevante che testimonia, innanzitutto, la volontà, sempre più radicata, delle Amministrazioni di essere orientate sotto il profilo giuridico e di essere confortate in ordine alla legittimità del proprio operare.

Gli Avvocati e Procuratori dello Stato stanno dedicandosi con particolare impegno a questo settore, consapevoli che in tale ambito la loro professionalità può contribuire alla prevenzione del contenzioso e, quindi, a quell'obiettivo di deflazione dello stesso, meritoriamente perseguito da tutte le Magistrature.

4.- In coerenza con tale obiettivo, ed in linea con i chiari indirizzi del Legislatore, l'Avvocatura dello Stato è impegnata, d'intesa con le Amministrazioni rappresentate, ad effettuare una ricognizione di tutto quel contenzioso da non coltivare ulteriormente, essendo ormai chiari ed univoci i principi di diritto applicabili allo stesso.

In questo ambito non posso non ricordare il Protocollo d'intesa sottoscritto, nello scorso mese di dicembre, con il Primo Presidente Giorgio Santacroce, cui va ancora il mio sentito ringraziamento.

Il documento attiene al settore fiscale e tributario.

Nell'occasione l'Avvocatura dello Stato, con l'aiuto dell'Agenzia delle Entrate e del Territorio, si è impegnata a sottoporre alla Suprema Corte elenchi di ricorsi pendenti, suddivisi per materia, così da facilitare la fissazione di udienze o camere di consiglio tematiche e la più sollecita definizione dei ricorsi pendenti.

Con lo stesso Protocollo, in attuazione di quanto previsto dai recenti decreti legislativi, l'Avvocatura ha preso anche l'impegno di segnalare l'esistenza di "cause pilota", per le quali sia urgente ottenere in tempi brevi una pronuncia chiarificatrice della Suprema Corte, al fine di evitare il proliferare del contenzioso in controversie analoghe, utilizzando, quindi, il nuovo strumento del ricorso *per saltum*.

5.- Mi sembra - e con ciò mi avvio rapidamente a concludere il mio intervento - che la possibilità di avere decisioni tempestive su "cause pilota" non solo possa contribuire alla deflazione del contenzioso, ma possa costituire un ulteriore profilo per valorizzare sempre più l'essenziale funzione nomofilattica della Suprema Corte, così come emerso dai lavori dell'Assemblea generale della stessa Corte, svoltasi nello scorso mese di giugno.

Ritengo anch'io che l'esigenza di una sempre più stringente nomofilachia della Cassazione sia ormai ineludibile.

Un più intenso effetto vincolante ai principi di diritto enunciati dalla Suprema Corte costituisce di per sé un valore assai significativo ed irrinunciabile.

Un sistema giurisdizionale efficiente non può prescindere, infatti, dalla celerità, ma anche dalla ragionevole prevedibilità delle proprie decisioni.

D'altro canto non possiamo non tener conto che questa istanza di coerenza proviene, peraltro, anche dalla C.E.D.U., la quale - di recente - ha sottolineato come il riferimento al principio di legalità delle norme penali, enunciato dall'art. 7 della Convenzione, inglobi, oltre alla fonte legislativa, anche quella giurisprudenziale.

So bene che questo intento è alla base dei numerosi strumenti che il Governo ed il Legislatore hanno posto a disposizione per consentire alla Magistratura di filtrare l'accesso alle impugnazioni.

Confido anch'io in misure ancor più incisive e assicuro, comunque, che l'Avvocatura dello Stato vuole essere di fattivo aiuto per il raggiungimento di questo obiettivo, comune a tutti noi.

Grazie per la vostra attenzione.

*Roma, 28 gennaio 2016*

*Palazzo di Giustizia, Aula Magna*

## **PROTOCOLLO D'INTESA TRA LA CORTE DI CASSAZIONE E L'AVVOCATURA DELLO STATO SULLA GESTIONE DEL CONTENZIOSO TRIBUTARIO**

L'Avvocato Generale ha sottoscritto con il Primo Presidente della Corte di Cassazione un protocollo di intesa volto a consentire lo smaltimento dell'arretrato formatosi in materia di contenzioso tributario, nonché a favorirne una più celere definizione e la sua conseguente riduzione.

Il protocollo prevede, in particolare, l'impegno dell'Avvocatura a segnalare alla Corte le "cause pilota" da decidere in via prioritaria e ad indicare, in sede di redazione dei ricorsi, specifici codici materia, concordati tra le parti, per consentire alla Corte di individuare più facilmente l'oggetto delle singole controversie al fine di fissare "udienze tematiche".

CORTE SUPREMA  
DI CASSAZIONE

AVVOCATURA GENERALE  
DELLO STATO

### **PROTOCOLLO D'INTESA**

La Corte Suprema di Cassazione, in persona del Primo Presidente dott. Giorgio Santacroce, e l'Avvocatura Generale dello Stato, in persona dell'Avvocato generale dello Stato Massimo Massella Ducci Teri,

#### **PREMESSO**

- che dinanzi alla Corte di Cassazione pendono n. 103.820 ricorsi civili (dato riferito al 30.11.2015) e che di tali ricorsi ben 33.255 pendono innanzi alla Sezione Tributaria;
- che la Corte di Cassazione è, nel suo complesso, fortemente impegnata nella riduzione dell'arretrato seguendo, tra l'altro, la strada delle udienze tematiche, la cui fissazione presuppone la classificazione dei ricorsi pendenti, operazione questa già avviata e che, tuttavia, richiedendo ingenti risorse umane, comporta lunghi tempi di realizzazione;
- che il contenzioso tributario, ad esclusione di quello relativo ai tributi locali, vede sempre come parte l'Agenzia delle Entrate ovvero (in misura minore) l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, con la rappresentanza e difesa dell'Avvocatura Generale dello Stato nel giudizio di legittimità;
- che l'Avvocatura Generale dello Stato guarda con estremo interesse alla prospettiva di udienze tematiche che consentono la realizzazione di positivi risultati, quali: a) la razionalizzazione nella gestione e preparazione delle udienze; b) la possibilità di ottenere indirizzi giurisprudenziali più consolidati al fine di un successivo recepimento nella prassi dell'Agenzia delle Entrate; e) la più celere definizione del contenzioso, con la sua conseguente riduzione;
- che la Sezione Tributaria della Corte di Cassazione ha avviato una proficua collaborazione informale con l'Avvocatura Generale dello Stato, ricevendo dalla stessa elenchi tematici di diverse centinaia di ricorsi, con la conseguente possibilità di dare corso alla fissazione di udienze tematiche anche prima che il lavoro di classificazione in atto dia i suoi frutti;



- che nel corso della stessa collaborazione informale è emersa la possibilità che l'Avvocatura Generale dello Stato indichi, in futuro, nell'intestazione dei ricorsi e controricorsi un univoco "codice argomento", più specifico di quelli oggi disponibili all'atto della iscrizione a ruolo, secondo una articolata tavola delle voci, allo stato in corso di elaborazione e suscettibile di essere estesa, con gli stessi criteri, alle materie trattate dagli altri gruppi interni alla Sezione Tributaria;
- che l'Avvocatura Generale dello Stato è disponibile a collaborare alla elaborazione della tavola delle voci, in modo da verificare che le stesse siano compatibili con i propri criteri di gestione del contenzioso;
- che l'Avvocatura Generale dello Stato segnalerà anche l'esistenza di "cause pilota" per le quali è urgente ottenere in tempi brevi una pronuncia chiarificatrice della Suprema Corte sui principi di diritto in contestazione, al fine di evitare la crescita del contenzioso di merito in controversie analoghe, e che in questa prospettiva l'Avvocatura utilizzerà il nuovo strumento del ricorso *per saltum* previsto dall'art. 62 comma 2 bis del D.Lgs. n. 546/1992, introdotto con il D.Lgs. n. 156/2015;

tutto ciò premesso

le parti stipulanti convengono quanto segue:

- a) l'Avvocatura Generale dello Stato fornirà alla Sezione Tributaria della Corte di Cassazione gli elenchi tematici di cui in premessa, anche valendosi della collaborazione degli Uffici dell'Agenzia delle Entrate, ed indicherà le controversie qualificabili come "cause pilota";
- b) la Sezione Tributaria, eseguite le necessarie verifiche, utilizzerà i suddetti elenchi per la fissazione di udienze tematiche;
- c) la Sezione Tributaria elaborerà una tavola delle voci e, man mano che siano completate le parti di competenza dei tre gruppi (Il.DD., IVA, Imposte Varie) in cui essa è articolata, la sottoporrà all'Avvocatura Generale dello Stato per le sue osservazioni e/o integrazioni;
- d) l'Avvocatura Generale dello Stato, una volta definita la tavola delle voci, anche solo nelle singole parti di competenza dei tre suddetti gruppi, indicherà in posizione fissa, nell'intestazione dei propri ricorsi o controricorsi, l'univoco "codice argomento" relativo alla questione principale oggetto della causa;
- e) il Presidente titolare della Sezione Tributaria, con facoltà di delega ad altro magistrato, per la Corte Suprema di Cassazione, e l'Avvocato dello Stato Gianni De Bellis, per l'Avvocatura Generale dello Stato, sono indicati come referenti per l'attuazione dell'intesa.

Il presente protocollo viene sottoscritto in doppio originale in data 3 dicembre 2015, in Roma presso la Corte Suprema di Cassazione.

Corte Suprema di cassazione  
Il Primo Presidente  
Dott. Giorgio Santacroce

L'Avvocato generale dello Stato  
Avv. Massimo Massella Ducci Teri

## *Avvocatura Generale dello Stato*

**CIRCOLARE N. 5/2016**

**Oggetto: *Protocollo di 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.***

Si trasmette, per opportuna conoscenza, il Protocollo d'intesa sottoscritto in data 17 dicembre 2015 dal Primo Presidente della Corte di Cassazione e dal Presidente del Consiglio Nazionale Forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria.

IL SEGRETARIO GENERALE  
Avv. Ruggero Di Martino

### **CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE**

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

***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***

*Roma, il 17 dicembre 2015*

La Corte di cassazione, in persona del Primo Presidente Giorgio Santacroce, e il Consiglio Nazionale Forense, in persona del Presidente, Andrea Mascherin, nella convinzione che i tempi siano maturi per una comune presa d'atto:

- 1) delle difficoltà ingenerate nella gestione dei procedimenti innanzi alla Corte 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;
- stipulano la presente intesa sulle seguenti raccomandazioni:

### **Redazione dei ricorsi**

I ricorsi dovranno essere redatti secondo il seguente:

#### **Schema**

Utilizzare fogli A4, mediante caratteri di tipo corrente (ad es. Times New Roman, Courier, Arial o simili) e di dimensioni di almeno 12 pt nel testo, con un'interlinea di 1,5 e margini orizzontali e verticali di almeno cm. 2,5 (in alto, in basso, a sinistra e a destra della pagina: queste indicazioni valgono anche per la redazione di controricorsi e memorie).

#### **Parte ricorrente:**

Cognome e Nome / Denominazione sociale

Data e luogo di nascita / Legale rappresentante

Luogo di residenza / Sede sociale

Codice fiscale

Dati del difensore (Cognome e Nome, Codice fiscale, PEC e fax)

Domicilio eletto

Dati del domiciliatario (Cognome e Nome, Codice fiscale, PEC e fax)

#### **Parte intimata:**

Gli stessi dati indicati per la parte ricorrente, nel limite in cui essi siano noti alla medesima parte ricorrente.

#### **Sentenza impugnata:**

Indicare gli estremi del provvedimento impugnato (Autorità giudiziaria che lo ha emesso, Sezione, numero del provvedimento, data della decisione, data della pubblicazione, data della notifica (se notificato).

#### **Oggetto del giudizio:**

Indicare un massimo di 10 (dieci) parole chiave, tra le quali debbono essere quelle riportate nella nota di iscrizione a ruolo, che descrivano sinteticamente la materia oggetto del giudizio.

#### **Valore della controversia.**

Indicare il valore della controversia ai fini della determinazione del contributo unificato.

#### **Sintesi dei motivi:**

Enunciare sinteticamente i motivi del ricorso (in non più di alcune righe per ciascuno di essi e contrassegnandoli numericamente), mediante la specifica indicazione, per ciascun motivo, delle norme di legge che la parte ricorrente ritenga siano state violate dal provvedimento impugnato e dei temi trattati. Nella sintesi dovrà essere indicato per ciascun motivo anche il numero della pagina ove inizia lo svolgimento delle relative argomentazioni a sostegno nel prosieguo del ricorso.

#### **Svolgimento del processo**

L'esposizione del fatto deve essere sommaria, in osservanza della regola stabilita dall'art. 366, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., e deve essere funzionale alla percepibilità delle ragioni poste a fondamento delle censure poi sviluppate nella parte motiva. L'esposizione deve essere contenuta nel limite massimo di 5 pagine.

#### **Motivi di impugnazione**

In questa parte trova spazio l'esposizione delle argomentazioni a sostegno delle censure già sinteticamente indicate nella parte denominata "sintesi dei motivi". L'esposizione deve rispondere al criterio di specificità e di concentrazione dei motivi e deve essere contenuta nel limite massimo di 30 pagine.

## Conclusioni

In questa parte trova spazio l'indicazione del provvedimento in ultimo richiesto (e con richiesta comunque non vincolante). Ad esempio: cassazione con rinvio, cassazione senza rinvio con decisione di merito, ecc.

## Documenti allegati

Elencare secondo un ordine numerico progressivo gli atti e i documenti prodotti ai sensi dell'art. 369, secondo comma, n. 4 cod. proc. civ.

## NOTA FINALE:

Il ricorso è stato redatto in conformità alle indicazioni tecniche contenute nel *Protocollo* sottoscritto in data 17/12/15 dal Presidente della Corte di Cassazione e dal Presidente del Consiglio Nazionale Forense.

## Note:

*1) Tutte le indicazioni contenute nel modulo sopra riportato, comprese quelle sulle misure dimensionali, si estendono, per quanto compatibili, ai controricorsi e alle memorie previste dall'art. 378 cod. proc. civ. Qualora il controricorso contenga anche un ricorso incidentale, all'esposizione dei relativi motivi si applica la previsione di cui al successivo punto n. 3), ultimo periodo.*

*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 espone specificamente, nell'ambito del medesimo ricorso (o atto difensivo), le motivate ragioni per le quali sia ritenuto necessario eccedere dai limiti previsti. La presentazione di un ricorso incidentale, nel contesto del controricorso, costituisce di per sé ragione giustificatrice di un ragionevole superamento dei limiti dimensionali fissati.*

*4) La eventuale riscontrata e motivata infondatezza delle motivazioni adottate per il superamento dei limiti dimensionali indicati, pur non comportando inammissibilità del ricorso (o atto difensivo) che la contiene, può essere valutata ai fini della liquidazione delle spese.*

*5) Nei limiti dimensionali complessivi sono da intendersi come esclusi, oltre all'instestazione e all'indicazione delle parti processuali, del provvedimento impugnato, dell'oggetto del giudizio, del valore della controversia, della sintesi dei motivi e delle conclusioni, l'elenco degli atti, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali si fonda il ricorso, la procura in calce e la relazione di notificazione.*

## Il principio di autosufficienza

Il rispetto del principio di autosufficienza non comporta un onere di trascrizione integrale nel ricorso e nel controricorso di atti o documenti ai quali negli stessi venga fatto riferimento. Il sunnominato principio deve ritenersi rispettato, anche per i ricorsi di competenza della Sezione tributaria, quando:

- 1) ciascun motivo articolato nel ricorso risponda ai criteri di specificità imposti dal codice di rito;

- 2) nel testo di ciascun motivo che lo richieda sia indicato l'atto, il documento, il contratto o l'accordo collettivo su cui si fonda il motivo stesso (art. 366, c. 1, n. 6), cod. proc. civ.), con la specifica indicazione del *luogo* (punto) dell'atto, del documento, del contratto o dell'accordo collettivo al quale ci si riferisce;
- 3) nel testo di ciascun motivo che lo richieda siano indicati il *tempo* (atto di citazione o ricorso originario, costituzione in giudizio, memorie difensive, ecc.) del deposito dell'atto, del documento, del contratto o dell'accordo collettivo e la *fase* (primo grado, secondo grado, ecc.) in cui esso è avvenuto;
- 4) siano *allegati* al ricorso (in apposito fascicoletto, che va pertanto ad aggiungersi all'allegazione del fascicolo di parte relativo ai precedenti gradi del giudizio) ai sensi dell'art. 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ., gli atti, i documenti, il contratto o l'accordo collettivo ai quali si sia fatto riferimento nel ricorso e nel controricorso.

Redatto in due originali in Roma il giorno 17 dicembre 2015

Il Primo Presidente  
della Corte di Cassazione  
Giorgio Santacroce

Il Presidente del  
Consiglio Nazionale Forense  
Andrea Mascherin

## *Avvocatura Generale dello Stato*

**CIRCOLARE N. 9/2016**

**Oggetto: *Parere del Consiglio Nazionale Forense sul tirocinio professionale presso l'Avvocatura dello Stato.***

Si trasmette, il parere del Consiglio Nazionale Forense che, in risposta a specifico quesito posto dall'Istituto, ha definitivamente chiarito che presso l'Avvocatura dello Stato può essere svolto il tirocinio professionale forense per la durata di diciotto mesi, anche ai fini dell'ammissione all'esame per conseguire l'abilitazione professionale.

IL SEGRETARIO GENERALE  
Avv. Ruggero Di Martino

### **CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE**

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

COMMISSIONE CONSULTIVA

**Quesito n. 63, Avvocatura dello Stato, Rel. Cons. Allorio  
Parere 21 ottobre 2015, n. 100**

*L'Avvocatura Generale dello Stato richiede parere in merito all'interpretazione del combinato disposto del comma 6, lett. b) e del comma 7 dell'art. 41 della legge n. 247/12, alla luce del sopravvenuto comma 11 bis, secondo periodo, dell'art. 73 del D.L. n. 69/13 (come modificato, da ultimo, dall'art. 50 del D.L. n. 90/2014).*

La risposta è resa nei termini seguenti.

Osserva la Commissione che il comma 11 bis dell'art. 73 del D.L. n. 69/13 (introdotto dall'art. 50 del D.L. n. 90/14), dispiega i propri effetti anche sull'interpretazione del rapporto tra il comma 6, lett. b) e il comma 7 dell'art. 41 della legge n. 247/12, nella misura in cui esso contempla espressamente la possibilità di effettuare il tirocinio professionale per diciotto mesi presso l'Avvocatura dello Stato.

## Una “breviario” sulle notifiche a mezzo PEC

**Da:** Giuseppe Zuccaro [mailto:giuseppe.zuccaro@avvocaturastato.it]

**Inviato:** mer 02/12/2015 12.37

**A:** Avvocati\_tutti

**Oggetto:** Notifiche a mezzo PEC

*Carissimi,*

Vi inoltro un documento redatto dall'ottimo collega Valter Campanile, che, con linguaggio semplice e diretto, fa il punto in tema di notifiche a mezzo PEC e poteri di autentica degli avvocati. Nato come documento di sintesi rivolto ai praticanti dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, ritengo utile che sia messo a disposizione di noi tutti.

Saluti

*Giuseppe Zuccaro*

### LE NOTIFICAZIONI A MEZZO PEC

#### FAQ

#### a uso dei praticanti (\*) dell'Avv. Valter Campanile

#### **Cos'è la notificazione?**

Questa domanda non me l'aspettavo! È l'atto con il quale, con valore legale, si porta un documento o un atto a conoscenza del destinatario.

#### **In cosa consiste la notificazione con modalità telematica a mezzo PEC?**

Consiste nell'invio di una mail dall'indirizzo PEC del notificante all'indirizzo PEC del destinatario, con particolari modalità.

#### **Chi la può fare?**

L'avvocato (o l'Avvocatura dello Stato) munito di procura (per l'Avvocatura la procura è *ex lege*). L'atto da notificare deve essere però relativo al mandato difensivo.

#### **Cosa si può notificare?**

Un qualsiasi atto in materia civile, amministrativa e stragiudiziale.

#### **Come si effettua?**

Inviando dal proprio indirizzo PEC (registrato nel Registro degli indirizzi elettronici del processo - REGINDE) un messaggio di posta elettronica all'indirizzo PEC del destinatario (ma solo se estratto dal REGINDE o da altri registri pubblici

---

(\*) E non solo (ndr).

e tra questi vi è l'INIPEC e il REGISTRO DELLE PA); al messaggio vanno allegati l'atto da notificare e la relazione di notificazione.

Ricorda che le notifiche eseguite anche a mezzo PEC dopo le ore 21,00, si considerano perfezionate alle ore 7,00 del giorno dopo.

### **In cosa consiste l'allegato dell'atto da notificare?**

Bella domanda! Consiste in un *documento informatico*.

Siccome so già che la prossima domanda sarà "**cos'è il documento informatico?**", ti dico questo:

Ci sono *due mondi*: quello della carta, nel quale tutti gli atti e documenti sono formati su carta (è il mondo c.d. analogico); e quello dei computer, nel quale tutti gli atti e documenti sono fatti da bit contenuti in file (è il mondo c.d. informatico).

Si distinguono pertanto *documenti analogici* (su carta) e *documenti informatici* (su file).

In entrambi i mondi esistono gli *originali* (es. la prima copia dell'atto di citazione su carta, la sentenza su carta firmata dal giudice e depositata in cancelleria, l'atto di appello in pdf firmato con firma digitale ecc.) e le *copie* (es. la fotocopia della sentenza, la copia autentica rilasciata dal cancelliere; la copia dell'atto di citazione per la notifica a mezzo ufficiale giudiziario; la copia del file dell'atto di appello salvato in pdf senza firma digitale ecc.).

Esistono così, da un lato, *originali analogici* e *copie analogiche* e, dall'altro, *originali informatici* e *copie informatiche*.

In realtà, siccome di un file puoi fare quante copie vuoi e tutti i file sono uguali all'originale, nel mondo informatico esistono anche i *duplicati informatici*; file di fatto identici agli originali informatici. Non è detto invece che le copie informatiche siano uguali all'originale informatico dal quale sono tratte (pensa allo stesso testo in due diversi file, uno però in formato word e l'altro in pdf. Il contenuto è lo stesso, la forma no. Perciò uno è la copia informatica dell'altro, ma non il suo duplicato).

Nel Processo civile telematico (PCT) trovi tutti gli atti e documenti depositati dalle parti e dal giudice. Sono ovviamente documenti informatici e per ogni atto trovi separatamente il *duplicato informatico* (dell'originale informatico) e la *copia informatica* (dell'originale informatico o analogico). La copia informatica la riconosci subito perché è sempre in .pdf e ha la "coccardina" con il nome del giudice o dell'avvocato che l'ha firmato. Se è un provvedimento del giudice, trovi anche l'annotazione in alto a destra in blu della data di deposito in cancelleria, del numero del provvedimento, del numero di RG e del numero di cronologico.

Gli originali informatici del PCT (che una volta depositati diventano in pratica



duplicati informatici) sono sempre firmati digitalmente (con i due formati consentiti .pdf e .p7m; si tratta delle estensioni dei file; gli atti dei giudici, anche se originali firmati, sono sempre in formato .pdf). Le parti possono "estrarre" gli atti depositati nel PCT. Così puoi avere sul tuo PC il *duplicato informatico estratto* o la *copia informatica estratta* del corrispondente atto del PCT.

Chiarito questo, occorre sapere che le *copie* servono anche per "far passare" un atto da un modo all'altro.

Esistono così le *copie informatiche di documenti analogici* e le *copie analogiche di documenti informatici*.

È semplice, se pensi a quello che fai tutti i giorni: scrivi un atto con word, lo stampi e lo firmi creando così l'originale analogico: il file word è una *copia informatica* dell'*originale analogico* stampato e firmato.

Se invece con lo scanner acquisisci in un file l'immagine del documento analogico, crei una *copia informatica per immagine* (quando apri il file vedi l'immagine del documento e non solo lo stesso testo o contenuto, perciò si chiama "per immagine").

Se invece ad esempio scarichi il duplicato informatico o la copia informatica di una sentenza e la stampi su carta, ottieni la *copia analogica* del *duplicato informatico* o la *copia analogica* della *copia informatica*. Idem se stampi su carta il duplicato informatico di un atto sottoscritto con firma digitale.

Ricorda che la cosa migliore da fare è usare copie informatiche in formato .pdf (lascia perdere altri formati, pure consentiti).

Se è tutto chiaro, non avrai difficoltà a questo punto a capire cosa sono:

*il duplicato informatico* (file identico all'originale informatico);

*la copia informatica* (tratta solitamente da originale o duplicato informatico);

*la copia informatica per immagine* (tratta con lo scanner da originale o copia analogica);

*il duplicato informatico estratto dal PCT*;

*la copia informatica estratta dal PCT*;

*la copia informatica per immagine dell'originale analogico estratta dal PCT* (quest'ultima, per la verità, non è espressamente contemplata nel PCT che si limita a chiamarla sempre e solo "copia informatica", ma esiste nel codice dell'amministrazione digitale).

*Questi sono i documenti informatici che puoi allegare alle notifiche a mezzo PEC.*

**Il documento informatico da notificare e allegare al messaggio PEC va firmato digitalmente o ne va comunque attestata la conformità all'originale? Come si fa l'attestazione?**

Gli atti del PCT formati in originale informatico vanno firmati digitalmente (dal giudice, dall'avvocato, dal consulente ecc.); ergo i *duplicati informatici* (che sono file identici agli originali), usati per le notifiche, *sono già firmati*. E quindi, i *duplicati informatici (anche quelli estratti dal PCT)* non vanno rificati. Basta allegarli così come sono.

Le *copie informatiche* e le *copie informatiche per immagine* sono invece prive di firma e sai già che possono essere estratte dal PCT o formate direttamente dall'avvocato a mezzo scanner da originali analogici o da copie analogiche (anche da quelle rilasciate dalla cancelleria).

Quando allega al messaggio della notifica una copia informatica, l'avvocato *deve attestarne la conformità* al corrispondente atto estratto dal PCT ovvero all'originale o copia analogica.

L'attestazione della conformità della copia informatica la puoi fare direttamente *nella relazione di notificazione*, senza che occorra fare altro.

Qualcuno preferisce sovrascrivere la copia informatica (con appositi programmi o mediante unione di file), inserendo così nello stesso file .pdf l'attestazione.

Quando il file lo crei da scanner, puoi anche aggiungere tra i fogli da scannerizzare un'ultima pagina nella quale metti l'attestazione, eventualmente firmata (1). Anche se non è necessario perché non previsto, qualcuno preferisce firmare digitalmente la copia contenente l'attestazione.

Ricorda che l'avvocato *non può autenticare atti che autorizzano il prelievo di somme vincolate all'ordine del giudice e non può formare copie esecutive* di provvedimenti del giudice.

### **Al messaggio PEC devo allegare anche il file della relazione di notificazione. Cosa devo scrivere nella relazione?**

Esatto. È di fatto un "verbale" (come quello dell'ufficiale giudiziario), nel quale devi scrivere quello che fai (ossia l'invio a mezzo PEC).

Non ti dimenticare che la relazione di notificazione deve essere un documento informatico sottoscritto con firma digitale (avrà già intuito che l'allegato al messaggio sarà pertanto un **duplicato informatico**), che deve contenere:

- il tuo codice fiscale (noi inseriamo il codice dell'Avvocatura);
- il nome della parte che rappresenti, il suo codice fiscale e l'indicazione della procura;
- l'indicazione dell'atto che notifichi;
- gli estremi della causa al quale è riferito l'atto (in particolare per i du-

---

(1) Io utilizzo un foglio già pronto nel quale ho scritto: *"Ai sensi degli artt. 16-bis, commi 2 e 9 bis, 16-decies e 16-undecies del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 17 dicembre 2012, n. 221 e succ. modifiche, si attesta che la presente copia informatica per immagine è conforme all'originale su supporto analogico detenuto dall'Avvocatura dello Stato"*.

plicati informatici estratti dal PCT, nei quali, a differenza delle copie informatiche, non ci sono le annotazioni di cancelleria relative alla causa);

- il destinatario, il suo indirizzo PEC e il registro pubblico dal quale lo hai estratto;
  - l'indirizzo PEC dal quale invii il messaggio e il registro pubblico dal quale può essere estratto;
  - la presenza in allegato della relazione di notificazione sottoscritta con firma digitale;
  - il tipo di documento informatico allegato;
  - l'attestazione di conformità all'originale se è allegata una copia informatica o una copia informatica per immagine.
- Mi pare a questo punto tutto molto semplice!

### **E nel messaggio PEC devo scrivere qualcosa?**

Non è previsto che debba scrivere nulla.

Io di solito avverto che il messaggio equivale a notificazione ai sensi della legge 53/1994.

Devi solo ricordarti (questo è previsto dalla legge) che *l'oggetto del messaggio* deve contenere la dizione "*notificazione ai sensi della legge n. 53 del 1994*" e che la *ricevuta* richiesta del messaggio PEC che invii deve essere "*completa*".

### **Posso vedere un esempio semplice di relazione di notificazione?**

Eccolo:

AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI BARI

RELAZIONE DI NOTIFICAZIONE

EX ART. 3 BIS DELLA LEGGE 21 GENNAIO 1994, N. 53

E 55 DELLA LEGGE 18 GIUGNO 2009, N. 69 IN MODALITÀ TELEMATICA

L'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari (cod. fisc. 93003250722), con sede in Bari alla via Melo da Bari n. 97, difensore *ex lege* del Ministero dell'interno, cod. fisc. 97149560589, ai sensi dell'art. 3-bis della legge n. 53/1994,

NOTIFICA

la sentenza n. 123/2015 del Tribunale ordinario di Bari, depositata in data 12 novembre 2015 nella causa civile iscritta al n. 239/2010 RG - Contenzioso, all'Avv. Mario Rossi, nella qualità di difensore e procuratore costituito del sig. Giovanni Verdi, con indirizzo PEC [mario.rossi@pec.it](mailto:mario.rossi@pec.it), estratto dall'elenco pubblico INIPEC, inviandone a tale ultimo indirizzo, a mezzo posta elettronica certificata spedita dall'indirizzo [ads.ba@mailcert.avvocaturastato.it](mailto:ads.ba@mailcert.avvocaturastato.it) pubblicato nell'elenco pubblico REGINDE, unitamente alla presente relazione di notificazione sottoscritta con firma digitale dall'Avvocato dello Stato Valter Campanile (Cod. Fisc. CMPVTR63T04A662J), la copia informatica estratta dal fascicolo processuale informatico e della quale il medesimo Avvocato attesta la conformità al corrispondente atto estratto.

Bari,

*originale sottoscritto con firma digitale da  
Valter Campanile - avvocato dello Stato*

Per comodità riporto le diverse formule che uso per descrivere il "tipo" di allegato alla email e che vanno a sostituire gli ultimi due righe dell'esempio:

se invio un duplicato informatico di un mio atto in originale informatico:  
*il duplicato informatico dell'originale informatico sottoscritto con firma digitale dal medesimo Avvocato dello Stato Valter Campanile;*

se invio una copia informatica per immagine di un originale analogico:  
*la copia informatica per immagine dell'originale formato su supporto analogico, della quale il medesimo Avvocato dello Stato attesta la conformità all'originale;*

se invio una copia informatica per immagine di una copia analogica conforme all'originale:

*la copia informatica per immagine della copia conforme all'originale formata su supporto analogico, della quale il medesimo Avvocato dello Stato attesta la conformità all'originale;*

se invio un duplicato informatico di un atto estratto dal fascicolo processuale informatico:

*il duplicato informatico estratto dal fascicolo processuale informatico;*

se invio la copia informatica di un atto estratto dal fascicolo processuale informatico:

*la copia informatica estratta dal fascicolo processuale informatico e della quale il medesimo Avvocato attesta la conformità al corrispondente atto estratto;*

se invio la copia informatica per immagine dell'originale analogico estratto dal fascicolo processuale informatico:

*la copia informatica per immagine dell'originale formato su supporto analogico estratta dal fascicolo processuale telematico e della quale il medesimo Avvocato attesta la conformità al corrispondente atto estratto.*

### **Cosa succede quando invio la PEC al destinatario e cos'altro devo fare?**

Quando invii la PEC oltre a ritrovare una copia del *messaggio spedito* nella cartella della "posta inviata", riceverai, se tutto va a buon fine, la *ricevuta di accettazione* (che costituisce la prova che il tuo gestore di posta ha preso in carico il messaggio da inviare) e la *ricevuta di consegna* (che costituisce la prova che il gestore di posta del destinatario ha recapitato il messaggio nella casella di posta del destinatario).

La data della prima ricevuta equivale alla data di consegna all'Ufficiale giudiziario (utile per verificare se sei incorso in qualche decadenza); la data della seconda ricevuta equivale alla data di perfezionamento della notificazione per il destinatario.

Il messaggio e le ricevute le devi scaricare sul tuo PC e *conservarle* perché costituiscono la *prova della notificazione*.

### **Come faccio, in pratica, a provare che ho notificato un atto a mezzo PEC?**

Dipende da *dove* lo vuoi provare e *a chi*.

La prova la puoi dare infatti sia con un documento analogico, sia con modalità informatiche e telematiche.

Se ha bisogno di una *copia analogica* dell'atto notificato (perché magari si tratta di un atto di appello che ti serve per l'iscrizione a ruolo mediante deposito del fascicolo nella cancelleria), devi stampare l'atto notificato, la relazione di notificazione, il messaggio di invio, la ricevuta di accettazione e la ricevuta di consegna e poi devi attestarne la conformità ai corrispondenti documenti informatici. Ti consiglio di tenerli uniti e spillarli insieme all'attestazione di conformità, in modo da creare un unico atto.

L'attestazione io la faccio ad esempio così (usando un modello word in cui va cambiato solo il tipo di atto notificato e il numero di pagine; per il resto è sempre uguale):

AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI BARI  
ATTESTAZIONE DI CONFORMITÀ  
(art. 9 della legge 21 gennaio 1994, n. 53)

Il sottoscritto Avvocato dello Stato Valter Campanile attesta che la presente copia - che consta di 17 (diciassette) facciate compresa la presente (ed escluse le facciate bianche annullate) - è conforme:

- a) al duplicato informatico dell'atto di appello sottoscritto con firma digitale dall'Avvocato dello Stato Valter Campanile e notificato in modalità telematica;
- b) al duplicato informatico della relazione di notificazione in modalità telematica sottoscritta con firma digitale dall'Avvocato dello Stato Valter Campanile;
- c) al duplicato informatico del messaggio spedito dall'indirizzo di posta elettronica certificata della mittente Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari all'indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario ai fini della notificazione;
- d) al duplicato informatico della ricevuta di accettazione del messaggio di cui alla lettera c), generata dal gestore della posta elettronica certificata della mittente Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari e pervenuta all'indirizzo di posta elettronica certificata della stessa mittente;
- e) al duplicato informatico della ricevuta di consegna del messaggio di cui alla lettera c), generata dal gestore della posta elettronica certificata del destinatario e pervenuta all'indirizzo di posta elettronica certificata della mittente Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari.

Bari,

Valter Campanile - avvocato dello Stato

Se devi invece *depositare la prova della notificazione nel PCT*, ti basta inviare i file del messaggio, delle ricevute, dell'atto e della relazione di notificazione allegati al messaggio con le modalità previste per i depositi telematici (usando cioè il "redattore atti").

### **Ma c'è un modo rapido per predisporre la relazione di notificazione?**

Puoi sfruttare le potenzialità di word, creando modelli appositi, con maschere di inserimento e scelte semplificate da liste accessibili mediante il tasto destro (...)\*.

---

(\*) Per problemi tecnici non è possibile stampare due *screenshot* del modello utilizzato dall'Autore (ndr).

### **Un'ultima curiosità. Ho sentito parlare dell'impronta di Hash, ma non ho capito bene di cosa si tratta e a che cosa serve.**

L'impronta di Hash ha la stessa funzione delle "impronte digitali" lasciate dalle mani.

Come l'impronta digitale identifica univocamente una persona, l'impronta di Hash identifica univocamente il file dal quale è tratta. L'impronta, infatti, si calcola sottoponendo il file a una elaborazione mediante apposita formula (algoritmi SHA256 e MD5) che restituisce un numero unico. Chiunque può calcolare l'impronta di un file creato o ricevuto.

Questo è un esempio di impronta di Hash SHA 256 di un file .p7m

File: Appello notificato - RG 460-2015 (CT 88-2015 CM).pdf.p7m

Dimensioni: 2514286 bytes

Impronta SHA256: 70a57035add6c76126076e1d11eb38a1df3e155a83da237926dd7b1aa9c6cefc

Impronta MD5: 766ce50a8befbb8003f19d0a704f785f

Riferimento temporale UTC: 2015-10-21T09:51:40.048Z

Se cambio anche un solo carattere del testo (e, quindi, anche solo un bit) del file, l'impronta viene significativamente modificata.

A questo punto può essere intuitivo l'uso (anche se non ancora codificato dalle regole tecniche del PCT).

Può essere utilizzata per attestare la conformità di una copia informatica all'originale dal quale è tratta, nel caso in cui la dichiarazione di conformità sia contenuta in un file separato dalla copia informatica e non sia possibile creare "un'unione informatica" tra i due file (come ad esempio avviene per gli allegati dei messaggi PEC uniti dalla "busta telematica" del messaggio).

Essendo separati i file, non si avrebbe certezza dell'esatta individuazione del file al quale è riferita l'attestazione, non essendo il nome del file idoneo ad attestarne il contenuto (in altre parole, se l'attestazione fosse riferita al solo nome del file, sarebbe possibile sostituire il file della copia informatica con altro avente uguale nome, senza possibilità di accertare se sia stata sostituito o no).

Con l'impronta di Hash si risolve il problema. Dichiarando nell'attestazione che la copia informatica conforme all'originale è quella contenuta nel file xxx.pdf con impronta Hash 87244..., si costituisce il collegamento necessario tra dichiarazione e file. Chiunque infatti, calcolando l'Hash del file, potrà verificare se l'attestazione di conformità sia o meno riferita proprio a quel file.

Detto in modo più semplice, se ricevi un file e chi te lo manda ti dice: *"ti mando il file con impronta di Hash 87244... ed è conforme all'originale"*, tu puoi facilmente verificare se l'attestazione di conformità è riferita esattamente al file che ti ha mandato. Ti basta calcolare l'impronta del file ricevuto e confrontarla con quella che ti ha indicato il mittente.

Quando nel PCT accedi agli atti depositati e trovi i relativi documenti informatici, trovi sempre l'impronta di Hash del duplicato informatico dell'atto. È

di fatto l'attestazione della cancelleria utile per l'esatta individuazione del file che può essere estratto.

**Spero che ora sia tutto più chiaro e ... possa stare più sereno!**

Per i curiosi dei riferimenti normativi, è a disposizione un'articolata circolare dell'Avvocatura Generale dello Stato <sup>(\*)</sup>.

Valter Campanile <sup>(\*\*)</sup>

---

(\*) Pubblicata nel numero precedente di questa *Rass.*, Vol. 3, 2015, pp. 1 ss. (ndr).

(\*\*) Avvocato dello Stato.





# CONVEGNO

Avvocatura Generale dello Stato, Sala Vanvitelli, 14 gennaio 2016

## **“Prescrizione e decadenza nel diritto civile Aspetti sostanziali e strategie processuali”**

*Presentazione del libro di Michele Gerardo e Adolfo Mutarelli  
(G. Giappichelli Editore, 2015, pp. XVIII-446)*

*RELAZIONI: Giovanni Marino, Il tempo giuridico tra principi e regole. Brevi annotazioni su prescrizione e decadenza; Valeria Nuzzo, La prescrizione dei crediti di lavoro e il metus del lavoratore: inedite questioni interpretative legate alla riforma della disciplina sanzionatoria del licenziamento; Mario Capolupo, I rapporti tra estinzione del processo e prescrizione con particolare riguardo al giudizio tributario.*

GIOVANNI MARINO (\*)

*Il tempo giuridico tra principi e regole  
Brevi annotazioni su prescrizione e decadenza*

Signore, signori, autorità

sono onorato molto di questo invito e grato, in special modo, agli organizzatori per l'occasione che m'hanno donato, quella di aver tra le mani, confrontarmi e studiare un volume, tutto di diritto positivo. È cosa questa che non accade di frequente ai filosofi del diritto; e non è detto che ciò sia un bene. Certo con tutti i giuristi che, valorosamente, si danno alla filosofia, noi, filosofi del diritto, siamo obbligati ad una sorta di rincorsa. Saremo giudicati - sta scritto - da i frutti.

Il mio tema è: il tempo giuridico tra principi e regole; con annotazioni, brevi, su prescrizione e decadenza.

---

(\*) Professore, già Ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Ho l'obbligo, dapprima, di fermare alcune annotazioni quanto al volume che quest'oggi viene presentato.

Sulle mille questioni di diritto positivo che vi stanno ospitate, poco ho da dire: alcune cose, forse anche più di una, ho ricordato da i miei, ahimé risalenti, studi di giurisprudenza e, molto altro, felicemente vi ho appreso. Avrei da lavorarci ancora, lo confesso.

Dirò piuttosto qualcosa da non più giovane cultore della ermeneutica giuridica. Specialmente ciò: ho trovato essere stata, da parte degli autori, scelta, molto felice, quella di tenersi armoniosamente al testo-codice, con una esposizione rigorosa ed essenziale.

Certo, tra il codice e noi qualche anno è passato! Ma questo mi è sembrato meritorio negli intenti dei nostri autori: tenere il nuovo - le inquietudini della dottrina, le insorgenze legislative, la varietà dei casi, l'ondeggiare anche della giurisprudenza - entro il sistema, la logica stretta del codice, in una preziosa testimonianza di fedeltà.

È a tutti noi ben noto quanto sta nelle pagine del gran maestro dell'ermeneutica giuridica italiana Emilio Betti: solo l'interprete fedele è quello che disciude tutte le possibilità di un testo, facendo vedere, all'occorrenza, quali ne fossero divenuti, eventualmente, i luoghi difficili. Il commento, quand'anche dovesse apparire necessitato, frantuma: non dico che esso non possa tornare utile, ma, di certo, molto meno giova, utile, al sistema. Anche letture, non certamente in sé illegittime, in senso procedimentale o processualistiche dei nostri istituti, sono, in questo volume, contenute e modulate, strategicamente. Per il primato o primazia del sostantivo, in argine a scivolamenti, quantomeno, da più di un lato, rischiosi.

Vengo, senz'altro, al mio 'tempo giuridico': tempo giuridico, prescrizione, decadenza. Il tempo giuridico tra principi e regole. In altri termini: come e perché io assuma che la prescrizione venga e possa esser tenuta nel dominio dei principi, intesa meglio entro di essi; e la decadenza, per converso, in quello delle regole.

Ho necessità di dar conto, disegnare e rappresentare alcune grandi linee che mi facciano, per così dire, da sfondo. A cominciare proprio da 'tempo giuridico'. Che cosa esso sia, cosa, con 'tempo giuridico', si intenda, e stia sotteso ad esso.

Il sintagma 'tempo giuridico' convoca due entità che eccitano l'una e l'altra, l'una forse più dell'altra, i filosofi: il tempo, appunto, e il diritto. L'eccitazione, come accade sovente, non ingenera chiarezza: il tempo - ci vien detto - ci salverà dal diritto; ma anche: il diritto sarà, esso, a salvarci dal tempo. Questo corre. È molto probabile che, in frasi di questo genere, tempo e diritto alludano, e significhino, cose tra di loro diverse.

È andata così: tempo e diritto, il ‘tempo giuridico’ è stato, e ancora si tiene, come uno dei grandi temi della filosofia del diritto. A far data, almeno, dalla seconda metà del secolo scorso. Cominciò Gerhart Husserl, con il suo *Recht und Zeit* del 1955 (la traduzione italiana *Diritto e Tempo* è del 1998): ‘intemporalità’, o, come traducono altri, ‘detemporalizzazione’ del diritto, e, non da meno, ad un tempo, ‘struttura temporale del diritto’.

Gerhart Husserl, filosofo del diritto, era figlio di quell’Edmund Husserl, maestro più che autorevole, ben presto rinnegato, di Martin Heidegger. Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, (*Essere e Tempo*), 1927, il filosofo, ossia, della più radicale - lo dico alla grossa, chiedendo venia ai filosofi e alla filosofia - soggettivazione del tempo. Einstein aveva riassorbito lo spazio nel tempo, la grande filosofia si faceva carico di far tutt’uno dell’esistenza e del tempo.

La letteratura filosofico-giuridica italiana ha, sul nostro tema, ‘tempo e diritto’, voci autorevoli: da quella di Luigi Bagolini ad Enrico Opocher, da Sergio Cotta a Gino Capozzi, quest’ultimo mio professore napoletano. Per Capozzi la prospettiva di studio, in verità, va in modi non poco diversi. Ma la direzione generale mi è apparsa essere sempre, più o meno questa: il tempo oggettivo, il tempo-cambiamento, se volete il tempo oggettivato, o comunque misurato, attenta, insidia e ferisce il tempo coscienziale; il diritto, solo il diritto, dacché invenzione precipua dell’umano, sarà, esso, a salvarci. Specialmente se, come oggi viene vieppiù a leggersi, col dire diritto, non d’altro si direbbe che della persona, della persona umana.

Eppure, con pari legittimità filosofica, non manca - tra i filosofi sono i più - chi ci dice essere proprio il diritto l’*instrumentum* di quella astrazione dalla vita, dal concreto, dall’evento, astrazione di cui il tempo oggettivato, l’oggettivazione del tempo, non sarebbe che il primo decisivo segno.

Capite bene perché io mi sia deciso per un’altra via, proponendomi, a voi, con un ‘tra principi e regole’. Da, a mio modo di vedere, più propriamente, filosofo del diritto; checche ne possano dire di ciò i filosofi del diritto con la effe maiuscola.

‘Tra principi e regole’. Tra ‘principi’ e ‘regole’, lo sa bene chiunque abbia un po’ di confidenza con la letteratura, è, pur esso, un campo non privo di insidie. Che cosa è - ci si chiede tra giuristi e filosofi - che cosa diciamo essere un principio? A guardar bene tutto e, a un tempo, forse anche nulla. Che cosa è una regola? La regola, si dice, lavora col dentro o fuori. Ma è propriamente sempre così? Dalla regola, dalle regole al principio, assumono alcuni ancora; ma, tanti altri, i più oggi, vogliono semmai: dal principio la regola, da i principi le regole. E siamo ben certi che principi e regole vadano, nelle varie occasioni, nel medesimo senso; che principi e regole siano sottesi da una medesima intenzione normativa?

Più spesso, l’impressione è questa: le supposte definizioni reali, il cos’è

un principio o una regola, nascondono questioni che sono tutt'altre, nella gestione del normativo, tra i signori del diritto. Sovente vien detto esser principio il criterio d'una decisione che, per avventura, non sia non conforme ad una regola. Con buone ragioni un meditato seminario napoletano sta lavorando ad un confronto tenace tra l'esperienza latamente romanistica delle *regulae iuris* e la logica, oggi, delle regole e della normatività.

Vi confesso il mio intento: non essenze ma la ricerca, entro l'esperienza giuridica, di una regione che possa esser detta, in modo più conveniente che altre, propria dei principi. Verrà da essa, confido ne converrete, perché quanto attiene alla prescrizione possa esser detto appartenere al campo dei principi; tenendo la decadenza, così come altre invenzioni del diritto che hanno a che fare col tempo - pensiamo, ad esempio, ai termini -, entro il dominio delle regole.

Il diritto, secondo un'antica lezione rinverdata da Benedetto Croce, è cosa del fare. In quanto cosa del fare suppone, fa i conti, con il possibile, discriminando, entro di esso, l'utile. I nostri istituti, la prescrizione la decadenza, ci mostrano, nelle cose stesse, come il diritto dica qualcosa, come al diritto non sia estraneo o altro il tempo. Che significa ciò? Di certo questo: il tempo è entità che il diritto assume essere iscritta entro il possibile, in quanto e dacché utilizzabile e utile.

È un fatto: la nostra, moderna, rappresentazione del tempo, il tempo che sperimentiamo, è quella di un tempo lineare e irreversibile. Non da meno: se questo, siffatto, è il tempo che ci occupa, è, esso, proprio questo il tempo che noi occupiamo. Usandolo. Il più delle entità del nostro mondo si lasciano usare; nell'uso, con l'uso e per l'uso, esse si lasciano trasformare: lavorare. L'uso non trasforma, direte, il nudo tempo. Ma non possiamo non dirci, ci inganneremmo, se non muovessimo da ciò: le società giuridicamente strutturate usano, lavorano nel tempo, lavorano il tempo.

Possibilità, utilità, uso. Colpevolmente forse per me, felicemente per noi tutti, eviteremo di interrogarci sulle letture e riletture della 'potenza' aristotelica, delle sue variazioni tomistiche, e così via ... Osservo qui solo: già il numerare, il nominare, il ripartire, sono modi e vie di qualcosa che ben potremmo dire appropriazione, nel e per l'uso del tempo. Taluni pensano che le società a-venire debbano sospendere la potenza, ritrarsi da essa, volgere la potenza contro se stessa, perché il tempo, un tempo senza diritto, si dia a noi salvo, e salvifico. Ma un tale da essi sospirato tempo non è, esso, il tempo della storia, il tempo delle nostre plurali storie.

Due brocardi campeggiano nelle rappresentazioni giuridiche del tempo: "*prior in tempore potior in iure*" e "*lex posterior derogat legi priori*". Tra-duco, con una infedeltà di cui mi vergogno, ma che non tradisce l'essenziale:

la legge antica vince sulla nuova; e, per converso: è la legge nuova, quella posteriore, a vincere sulla legge data prima. Non vi è dubbio che sia il secondo di essi a segnare, corposamente, nel diritto quella età, quella stagione della nostra storia, che con bella, seppure abusata, parola, diciamo 'modernità'.

Che cosa si è dato tra il tramontare dell'uno e il consolidarsi dell'altro? Questo, semplicemente: l'invenzione nell'Occidente continentale, del codice. Il codice, da subito, si è preteso esser un testo totale. Figlio e segno dei Lumi, pregno della giuridificazione del politico, così come della politicizzazione del diritto, il codice si è voluto e posto come macchina compiuta per la gestione dello stare insieme. Amministrazione e invenzione, non meno, per l'astrazione detemporalizzante che Gerhart Husserl ci ha mostrato, di un suo tempo.

I Lumi avranno, e avrebbero pur dovuto tanto altro da rischiare. Intanto è questo che la loro luce ci ha fermato: la consistenza giuridica, nel tempo e contro di esso, dei soggetti e delle cose. Un Locke, per così dire, a metà; se essi, i Lumi, hanno tenuto oscurato il lavoro, quel lavoro che le cose trasforma e usa. Se per la modernità il tempo si è dato e si dà in quanto e quale tempo usabile, il lavoro vi è caduto a merce. Non è per caso che i profeti dell'Ottocento avrebbero guardato al tempo libero, libero dal lavoro, come un tempo degno dell'uomo.

Nelle pratiche e nel linguaggio delle conventualità religiose del lungo Medioevo, l'*hora* è l'unità delle prestazioni doverose dei membri della comunità; sicché l'*horologium* era, di esse - letture, preghiere o meditazioni - la sequenza ordinata e prescritta. In dipendenza, ma in sostanziale indifferenza, all'andare delle stagioni.

Ma un pontefice avrebbe avuto anche altro di cui aver cura. Quantomeno l'assicurare la concretezza storico-effettuale della grande mediazione di cui la Chiesa si vuole ed è organo, autore, e custode. Il tempo andava rinumerato, perché non vi fosse scarto tra l'ordine naturale del creato e il modo con il quale esso era, dalla città dei fedeli, usato nei modi del suo storico vissuto.

Potestativamente. Forse potremmo anche dire di una politicità, per l'opera di Gregorio XIII, ma questa è fuori di dubbio, quanto alla misurazione giuridica, all'uso del tempo secondo il codice. Da quello napoleonico agli altri che da esso ci sono venuti.

Facciamo il punto. La modernità giuridica è, precipuamente, uso del tempo. Il diritto si acconcia al nudo tempo e acconcia a sé la estrinseca necessità che gli è il tempo; usando il tempo, il diritto si protegge dal tempo, e corre, per così dire, con lui. Al fondo il diritto moderno fa con il tempo quello che fa con tutto quanto ad esso si apre come possibile, a fronte del necessario: l'astrazione giuridica necessiterà, artificialmente, come obbligo, quanto entro il possibile venga, da chi ne abbia il legittimo potere, selezionato quale utile.

È questa la regione propria dei principi, quella regione dell'esperienza che fa da soglia tra necessità e utilizzabilità. Principio è, entro il dominio del giuridico, lemma che più di altri conviene alla riconfigurazione giuridica di quanto il possibile guadagna sulla necessità.

La prescrizione è cosa dei principi. Di essa non si dice bene se non la si guarda tutta nel suo complesso: ciò che, per il codice, si prescrive, e, specialmente, ciò che non si prescrive. E ne viene, si converrà, un'immagine che dice più di una cosa quanto alla cultura giuridica della modernità. Infatti: non si prescrivono i diritti che fermano giuridicamente le soggettività, e il diritto che ascrive la titolarità dei beni immobili alle entità soggettive. Esposti alla prescrizione non sono che i diritti disponibili, quei diritti di cui non si sia disposto, quei diritti non usati nel, diversamente per ciascuno di esso, tempo usabile. Esposti, dacché bene chiede il titolare di essi, e bene, non potendo ripetere, adempie chi ne sia controparte. Nella logica di un tempo riscritto nella sua usabilità, il decorso del nudo tempo non incide se non quando esso venga excepto.

L'uso del tempo, nelle intenzioni tradite della modernità, è precipuamente il lavoro. Non si può dire che il principio dell'articolo 1 della nostra Costituzione abbia conosciuto molta fortuna. Il sopravvenire costante di urgenze di tutele per il lavoro subordinato, in una a quella, di tutt'altra fatta, di non liberarlo che per il consumo, ha fatto aggio sulla rappresentazione di una comunità che avrebbe potuto, e dovuto riconoscersi, nel suo occupare il tempo, come lavoro, ossia trasformazione operosa del mondo.

L'affetto, la fiducia dei giuristi per il diritto fa sovente ad essi tralasciare che la selezione materiale delle utilità non è cosa della macchina giuridica come tale; quanto che siano meritorie le imprese di quelli che lavorano alla necessitazione giuridica dei 'bisogni dell'individuo contemporaneo', per dirla con un maestro napo-romano della filosofia del diritto del secolo scorso.

Nel gioco, e per il gioco delle utilità garantite, il diritto si avvale di regole che convocano il tempo. È quanto accade con la decadenza. In una sofisticata dottrina delle regole, le regole che esigono un 'facere' quale condizione necessaria per l'esercizio di un diritto, vengono configurate come regole non regolative; per la necessità, anankastiche, per la previsione di una decadenza, costitutive. Lascio subito da parte questioni siffatte, e salto non meno le non irrilevanti inquietudini dogmatiche circa la configurazione risolutiva, procedimentale o processuale dell'istituto. Mi fermo, qualche istante, sul regime di eccezionalità riconosciuto, a seguire il codice, ad esso.

Intanto: il tempo che è in questione nella decadenza non è il tempo, il medesimo tempo che è in gioco nella prescrizione. Mi limito a questa annotazione: di quanto il tempo della decadenza sia un tempo del tutto interno al

diritto, di tanto esso viene in conto come tempo vuoto o nudo. Il tempo della prescrizione è nella disponibilità delle parti; non così il tempo della decadenza. Si intende la eccezionalità; essa segnala come uno scandalo nella logica, nel sistema, nella cultura del codice. L'artificialità del tempo nudo della decadenza devia, eccede dal tempo secondo e per il sistema 'codice'. Accade infatti che istanze sostantive vengano, in tal modo, incise dal mero correre del tempo.

Mi avvio a concludere. Non posso, tuttavia, farlo senza qualche ulteriore annotazione. Prende una prima certa consistenza l'idea di una rilevabilità d'ufficio della prescrizione. È ciò segno di qualcosa e di che cosa?

Scorro qualche recente fortunata pagina di un fisico teorico, Carlo Rovelli, e trovo questo: il tempo non esiste. Mi direte ciò è vero, varrà per ed entro una fisica quantistico-gravitazionale! Qualcuno potrebbe aggiungere che già un personaggio di una poesia di Eduardo De Filippo, *E allora bevo ...*, dinanzi all'ultimo sorso di vino, si era detto che il passato non esiste più, il futuro non ancora, e giù ... a vuotare la bottiglia. Che il tempo non esiste è cosa solo dei fisici e dei poeti?

È fuor di dubbio: una frase come questa, "il tempo non esiste", corre e ci rincorre, ci è divenuta quasi familiare. Una ragione della sua fortuna c'è ... e non è quella che ci siamo fatti tutti allievi di Carlo Rovelli.

Che cosa, di quale tempo prendiamo a dire allora che ci diciamo che 'il tempo non esiste'? Semplice e difficile. Lineare e irreversibile, che sia così, o abbiamo tenuto che fosse, il tempo prende a non essere più avvertito da noi come necessità. È su di un tale tempo che la modernità aveva insediato, e tessuto, economia, etica e diritto. È stato questo il tempo che la modernità ha lavorato e, a fronte del quale, ha protestato, con il codice, l'identità del soggetto giuridico, lo statuto delle cose, la stabilità delle relazioni, la vittoria dei suoi diritti.

Ultima modernità, post-modernità, globalizzazione, scegliete voi. Si direbbe che l'esplosione del materialmente possibile abbia l'aria di star, per noi, consumando la necessità, qualunque cosa ci si desse come necessità. Accelerazioni non uniformi, dromizzazione, come si dice, del tempo; 'eventimizzazione' e precarizzazione delle identità, smaterializzazione dei beni, parcellizzazione e 'cosalizzazione' del lavoro. La pressione esponenziale del possibile fa andare in folle la selezione e discriminazione delle utilità, lasciando accadere che esso, il possibile, si ritrovi ad essere misura stessa della liceità: posso dunque devo. E non sai se ti sta vincendo la 'presentificazione' della macchina giuridica, o il mero, e duro, presente dell'esistenza, ossia il fatto.

Rilevabilità d'ufficio della prescrizione. Se così fosse si dovrebbe poter dire che l'esercizio di un diritto oltre un, in qualche modo predeterminato, lasso di nudo tempo, non sarebbe che un ostacolo per il correre di un 'tempo che non esiste', d'un nuovo infelicitante capitalismo.

Chiudo per davvero, chiedendo scusa per il tempo sottrattovi, e per la preziosa attenzione che mi avete prestato. I filosofi, si sa, amano le ultime cose, sono impazienti, ed io, di certo, non credo di essere sfuggito al loro fascino. La storia è, di certo, molto più paziente. Vi ho detto, fin dal principio, del mio particolare apprezzamento per la fedeltà al codice del nostro libro. Siamo, con i segni appena poco fa cennati, ancora, forse, alla periferia di un paradigma. Non è detto affatto che tale paradigma ceda. Ad ogni modo non sapremmo come cogliere i nuovi segni, se l'impianto non fosse coltivato, e tenuto, rigoroso e fermo. Ho affollato la vostra pazienza con mille volte diritto, tempo, uso del tempo, nudo tempo; credetemi, non potevo farne a meno.

Grazie.

VALERIA NUZZO (\*)

*La prescrizione dei crediti di lavoro e il metus del lavoratore:  
inedite questioni interpretative legate alla riforma  
della disciplina sanzionatoria del licenziamento*

Il libro che oggi si presenta tratta un tema classico e apparentemente “fermo”, quello della prescrizione, ma che invece proprio nel diritto del lavoro si presenta di forte attualità, al centro di un vivace dibattito in cui sono rimessi in discussione tutti gli approdi giurisprudenziali e dottrinali finora consolidatisi.

Come gli stessi Autori sottolineano nel bel volume edito da Giappichelli (1), le riforme recenti del sistema sanzionatorio del licenziamento aprono anche in questa materia scenari inediti.

Il problema si pone in relazione alla decorrenza o meno durante il rapporto di lavoro del termine di prescrizione del diritto di credito alla prestazione retributiva, stante la tutela Costituzionale dell'art. 36.

Com'è noto, la Corte costituzionale, nella storica sentenza del 10 giugno 1966, n. 63 (2), ribadendo la natura immediatamente precettiva dell'art. 36 della Cost. e l'irrinunciabilità del diritto alla retribuzione, ha chiarito che il diritto alle prestazioni retributive non è imprescrittibile. Il fatto, cioè, che un diritto soggettivo sia irrinunciabile, non significa che esso sia perpetuo. Proprio

---

(\*) Professore associato di Diritto del lavoro, Seconda Università degli Studi di Napoli.

(1) M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali*, Giappichelli, 2015, in part. pp. 143 e ss.

(2) In *Foro It.*, 1966, I, 985. Tra i molti commenti si v. G. PERA, *Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario*, in *Foro It.*, 1966, I, 1652; V. SIMI, *Sull'incapacità giuridica del lavoratore a dimettere diritti in costanza di rapporto*, in *Dir. lav.*, I, 1968, 191; F. SANTORO PASSARELLI, *Riflessioni sulla prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, I, 10.



alla luce della irrinunciabilità, tuttavia, la Consulta ha ritenuto che «non tutto il regime della prescrizione è compatibile colla speciale garanzia che deriva dall'art. 36 Cost.». Sebbene durante il rapporto di lavoro non vi siano ostacoli giuridici che impediscano di far valere il diritto alla retribuzione, vi sono «ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento». Così che se la prescrizione decorre durante il rapporto, si produce «proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione». Secondo la Corte c'è una equivalenza tra rinuncia e inerzia determinata dalla posizione di debolezza del lavoratore: in un rapporto non dotato di quella resistenza che caratterizza invece il rapporto di lavoro pubblico, il timore del recesso provoca l'inerzia del lavoratore e, se il termine di prescrizione decorre fatalmente durante il rapporto, quella inerzia produce gli effetti di una rinuncia, in contrasto con il precetto costituzionale.

Sulla base di queste argomentazioni, la Corte costituzionale dichiarò la illegittimità costituzionale degli artt. 2948 n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1 del codice civile limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro. Tra la tesi della totale imprescrittibilità del diritto alla retribuzione (3) e quella della sottoposizione di tale diritto alle normali regole civilistiche, la Corte scelse la strada della c.d. imprescrittibilità temporanea o prescrittibilità differita (4).

Successivamente, tuttavia, cambiato il quadro normativo e introdotta la tutela reale contro il licenziamento illegittimo, la stessa Corte costituzionale ha fortemente ridimensionato la portata della sentenza ricordata (5). Da norma-

---

(3) L. BIGLIAZZI GERI, *Retribuzione e prescrizione*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, 374, per la quale la imprescrittibilità del diritto alla retribuzione deriva dall'art. 36 Cost., e C. SMURAGLIA, già ne *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, in part. 369 ss. e poi in *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da G. MAZZONI - L. RIVA SANSEVERINO, Cedam, 1971, II, 717, in part. 734, per il quale la imprescrittibilità e indisponibilità del diritto alla retribuzione discende dalla sua natura di diritto della personalità.

(4) Così E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, 3, qui 6. Invero qui si discusse se il rapporto di lavoro fosse da considerare come causa di sospensione del decorso della prescrizione (G. PERA, *Sulla decorrenza della prescrizione cit.*, 1652) o come causa impeditiva della operatività della prescrizione (oltre E. GHERA, *op. cit.*, e già *Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali del lavoratore nel pubblico impiego*, in *Giurisprudenza Cost.*, 1971, 989, qui 1012, in tal senso F. SANTORO PASSARELLI, *Riflessioni sulla prescrizione cit.*; A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, 1983, qui 165 e ss., a cui si rinvia per un approfondimento del dibattito).

(5) Già C. cost. 20 novembre 1969, n. 143, in *Riv. giur. lav.*, 1969, II, 711; e poi C. cost. 12 dicembre 1972, n. 174, in *Riv. giur. lav.*, 1973, II, 17, con nota di L. VENTURA, *Corte costituzionale e prescrizione dei crediti di lavoro: brevi considerazioni su di una norma di legge inesistente e su di una sentenza che*

principio, tendenzialmente comprensiva di tutti i rapporti di lavoro (6), la Consulta ha limitato la imprescrittibilità temporanea dei diritti retributivi ai soli rapporti in cui il lavoratore è effettivamente in una posizione di debolezza nei confronti del datore. Nei rapporti di lavoro connotati, invece, da stabilità la prescrizione del diritto alla retribuzione corre anche durante il rapporto. Ma quali sono i rapporti stabili?

Per la Corte costituzionale è connotato da stabilità il rapporto di impiego pubblico (come affermato nella motivazione della stessa sentenza del 66 e ribadito nel 1969 (7)) nonché quello in cui trovi applicazione l'art. 18 St. lav. (8), area da cui è però necessario sottrarre le ipotesi di c.d. instabilità putativa nelle quali sul regime astrattamente applicabile contro il licenziamento prevale l'indagine sulla concreta condizione di timore del lavoratore, come accade nelle ipotesi di lavoro irregolare in grandi aziende (9) ovvero in quelle in cui è incerta la consistenza dell'organico di impresa (10).

Sulla base di tale lettura, nella giurisprudenza di legittimità si è così consolidato l'orientamento secondo cui la decorrenza o meno della prescrizione in corso di rapporto deve essere verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo, in relazione alla effettiva esistenza di una situazione psicologica di *metus* del lavoratore (11).

*l'ha dichiarata (parzialmente) costituzionale e in Giurisprudenza Cost., 1972, 2, 108, con nota di P. SAITTA, Un presunto ripensamento della Corte costituzionale in tema di prescrizione dei crediti di lavoro: validità «sopravvenuta» o esatta individuazione delle norme a suo tempo invalidate?; C. cost. 10 giugno 1979, nn. 40 e 41 e C. cost. 18 giugno 1979, nn. 42, 43, 44 e 45, tutte in Riv. giur. lav., 1979, II, 378, con nota di A. MARESCA, Decorre o non decorre la prescrizione in costanza di rapporto di lavoro subordinato? L'ultima parola al legislatore. Per un esame critico della giurisprudenza costituzionale v. A. MARESCA, La prescrizione dei crediti di lavoro, cit., in part. 165 ss.; S. CENTOFANTI, Prescrizione e lavoro subordinato, Esi, 1987; A. DI MAJO, Tradizione codicistica e norme costituzionali nella prescrizione dei diritti del lavoratore, in Riv. giur. lav., 1974, I, 441; G. PERA, Sei sentenze e due ordinanze in materia di prescrizione per i diritti dei lavoratori, in Giurisprudenza Cost., 1979, I, 438; R. ROMEI, La prescrizione e la decadenza, in L. ANGELINI - L. RENNA - R. ROMEI, La disciplina dei crediti del lavoratore subordinato, Utet, 1994, 7; U. CARABELLI - R. ROMEI, Garanzie dei crediti di lavoro, in Digesto Discipline Privatistiche, sez. Commerciale, IV, 1991, 387; G. PERA, Prescrizione nel diritto del lavoro, in Digesto Discipline Privatistiche, sez. Commerciale, XI, 1995, 119; V. PINTO, Prescrizione, decadenza e tutela dei crediti di lavoro, in Il lavoro subordinato, a cura di F. CARINCI, Trattato di diritto privato Bessone, 621.*

(6) Così E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore* cit., 10.

(7) C. cost. 20 novembre 1969, n. 143, cit.

(8) C. cost. 12 dicembre 1972, n. 174, cit.

(9) Cass. 20 giugno 1997, n. 5494, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 165, con nota di L. NANNIPIERI, *Prescrizione dei crediti retributivi, effettiva situazione psicologica di metus del lavoratore e certezza del diritto: l'ipotesi del lavoro in nero*. Analoga la situazione del lavoratore che svolge la sua attività in regime di subordinazione (riconosciuta poi dal giudice), ma che è stato formalmente qualificato come autonomo: v. Cass. 22 giugno 2004 n. 11644, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 721; Cass. 20 maggio 2002, n. 7310, in *Foro It.*, 2003, I, 1148; Cass. 12 gennaio 2002, n. 325, in *Foro It.*, 2002, I, 1027.

(10) Cass. 8 novembre 1999, n. 11615, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 428 con nota di C. ZOLI, *Eccezioni alla regola della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro: i nodi vengono al pettine*.

(11) Cass. 15 febbraio 1962 n. 308, in *Mass. giur. lav.*, 1962, 144; Cass. 19 gennaio 1965 n. 98, in *Mass. giur. lav.*, 1965, 100; Cass., S.U., 12 aprile 1976, n. 1268, in *Mass. giur. lav.*, 1976, 190, con nota

Ciò ha prodotto quella che Luigi MENGONI (12) ha definito una mostruosità: in una materia come la prescrizione, orientata a dare certezza e definitività ai rapporti giuridici, si affida al giudice ordinario il compito di stabilire, con un giudizio necessariamente *ex post*, il regime della decorrenza della prescrizione, apprezzando, caso per caso, se la disciplina giuridica che concretamente si applica sia idonea a riequilibrare il rapporto tra le parti e a far venir meno il timore del recesso datoriale.

Questo quadro viene completamente rimesso in discussione oggi, nel nuovamente mutato contesto normativo. Il regime di prescrizione dei crediti retributivi va infatti riletto alla luce delle modifiche apportate dalla legge Fornero prima e dal c.d. *jobs act* poi alla disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo.

La prima domanda da porsi è se l'art. 18 St. lav., come riscritto dalla legge Fornero, possa oggi assicurare quei requisiti di stabilità che consentono al lavoratore di non farsi paralizzare, nel far valere il suo diritto di credito, dal timore di essere licenziato.

Sicuramente c'è un forte ridimensionamento della tutela reintegratoria, limitata alle ipotesi di licenziamento orale, discriminatorio, per motivo illecito determinante ovvero in quella in cui il fatto posto alla base del recesso datoriale non sussiste (ancora nel dubbio, peraltro, se deve non sussistere nella sua realtà materiale ovvero se nella fattispecie giuridica quale fatto idoneo a determinare il recesso datoriale).

Stante tale disciplina, le possibili opzioni interpretative - immediatamente percorse da chi ha riflettuto sulla materia - sono due. Si può sostenere che l'affievolimento di tutela e, soprattutto, la difficoltà di valutare *ex ante* il regime di protezione applicabile determina la generalizzazione del differimento della decorrenza della prescrizione alla cessazione dei rapporti di lavoro (13). All'opposto si potrebbe ritenere che il nuovo art. 18, nel momento in cui garantisce la tutela reintegratoria piena in caso di licenziamento determinato da un motivo illecito, protegge il lavoratore dal recesso intimato in conseguenza al

---

di G. TAMBURRINO, *Nuove osservazioni sulla prescrizione dei diritti dei lavoratori e sulla sua decorrenza nel corso del rapporto*; Cass., S.U., 5 marzo 1991 n. 2334, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 50; Cass. 20 giugno 1997, n. 5494, cit.; Cass. 8 novembre 1999, n. 11615, cit.; Cass. 10 aprile 2000, n. 4520, in *Lav. giur.*, 2001, 65, con nota di G. GIRARDI, *La prescrizione dei diritti del lavoratore nel corso del rapporto*; Cass., S.U., 29 gennaio 2001 n. 38, in *Foro It.*, 2001, I, p. 845; Cass. 12 gennaio 2002, n. 325, in *Foro It.*, 2002, I, 1027; Cass. 16 gennaio 2003 n. 575, in *Foro It.*, 2003, I, 1792; Cass. 22 giugno 2004 n. 11644, cit.

(12) L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3 e ora in *Diritto e Valori*, Il Mulino, 1985, 11.

(13) C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti individuali: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 547; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 621. Mette in risalto una serie di aspetti problematici che necessiterebbero dell'intervento del legislatore C. ROMEO, *Prescrizione dei crediti di lavoro: recenti profili problematici*, in <http://csdle.lex.unict.it>.

comportamento volto a ottenere la soddisfazione del diritto di credito retributivo e, dunque, allontana il timore del licenziamento (14). Questa seconda lettura, peraltro, amplierebbe notevolmente l'area dei rapporti per i quali non si sospende il decorso della prescrizione perché nel nuovo comma 1 dell'art. 18 la tutela reintegratoria trova applicazione a tutti i licenziamenti ritorsivi, indipendentemente dal numero degli occupati in azienda. Estendendosi, dunque, anche all'area della tutela obbligatoria si avrebbe un ritorno quasi generalizzato alle regole civilistiche sulla prescrizione.

Io penso, tuttavia, che questa interpretazione non tiene conto delle incertezze applicative legate alla disciplina del recesso, che allo stato non rendono prevedibili gli esiti di una eventuale impugnazione e che certamente incidono sulla sensazione di instabilità del rapporto avvertita dal lavoratore. Proprio questa "instabilità putativa" collegata a un apparato sanzionatorio considerato poco efficace, in cui la "sicurezza" che dovrebbe derivare dalla sopravvivenza della tutela reintegratoria sfuma nella confusione delle diverse soluzioni giurisprudenziali e dottrinali prospettate, costituisce un impedimento alla effettiva realizzazione dei crediti retributivi maturati, rappresenta cioè quell'ostacolo materiale richiamato dalla Corte costituzionale nella sua sentenza del 1966 come causa ostativa alla possibilità di far valere il diritto alla prestazione retributiva tutelato dalla Costituzione. Ed essendo (purtroppo) oggi, come allora, necessario «proteggere il contraente più debole contro la propria debolezza di soggetto interessato alla conservazione del rapporto» (15), rivivono anche le conclusioni della Corte: l'art. 36 Cost., «pur ammettendo la prescrizione del diritto al salario, non ne consente il decorso finché permane quel rapporto di lavoro durante il quale essa maschera spesso una rinuncia».

Questa lettura, proposta anche dagli Autori del libro (16), è stata accolta nella prima pronuncia giurisprudenziale in materia. Il Tribunale di Milano, con una sentenza del 16 dicembre scorso, ha infatti considerato non prescritti i crediti dei lavoratori ritenendo che, dall'entrata in vigore della l. n. 92/12, che ha modificato l'art. 18 St. lav. introducendo ipotesi di tutela meramente indennitaria, anche i lavoratori dipendenti di un'azienda ricadente nell'area di applicazione della tutela reale possano incorrere - per la durata della relazione lavorativa - nel timore del recesso nel far valere le proprie ragioni, così che la decorrenza della prescrizione deve ritenersi sospesa in corso di rapporto.

Dunque, la prima valutazione giurisprudenziale sulla (sensazione di) sta-

---

(14) Così A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 454; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 St. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 751; F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 881.

(15) Così in C. cost. 10 giugno 1966, n. 63, cit.

(16) M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali*, cit., qui 143.

bilità scaturente dall'attuale sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo non è positiva e, richiamando la decisione della Consulta del 1966, conferma la necessità di un regime di imprescrittibilità temporanea dei crediti retributivi.

Quanto detto, peraltro, vale ancor più per gli assunti in data successiva al 7 marzo 2015.

Nel contratto a tutele crescenti, infatti, l'art. 2 del d.lgs. 23/2015 limita la reintegrazione al licenziamento discriminatorio, nullo o orale, senza più alcun riferimento al motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c.

Certo è vero che la sanzione della reintegra si applica - dice la norma - anche agli altri casi di nullità previsti dalla legge, ma in un sistema completamente mutato, dove la reintegrazione trova applicazione solo in ipotesi marginali, dove l'entità del risarcimento per un licenziamento illegittimo è decisamente ridimensionata, dove alla mancata comunicazione dei motivi del recesso è collegata una sanzione irrisoria o, ancora, dove l'impresa può percorrere facilmente e senza conseguenze reintegratorie la via del giustificato motivo oggettivo (insindacabile nel merito), è difficile sostenere che il lavoratore possa non aver timore del recesso datoriale. Di conseguenza qui la conclusione è obbligata: per gli assunti con il contratto a tutele crescenti la prescrizione non dovrebbe mai correre in corso di rapporto.

Un'ultima osservazione riguarda, infine, il rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, dove si apre un ulteriore scenario, totalmente inedito.

La sentenza del 1966, nella sua motivazione, e poi in maniera specifica la successiva sentenza n. 143 del 1969 hanno sottolineato la particolare forza di resistenza che caratterizza il rapporto di pubblico impiego. Secondo la Consulta questa «forza di resistenza è data da una disciplina che normalmente assicura la stabilità del rapporto, o dalle garanzie di rimedi giurisdizionali contro l'illegittima risoluzione di esso, le quali escludono che il timore del licenziamento possa indurre l'impiegato a rinunciare ai propri diritti» (17). Per questa ragione si è ammesso che nei rapporti di lavoro intercorrenti con lo Stato (o con enti pubblici minori (18)) non vi fosse necessità di alcuna deroga rispetto alla normale disciplina codicistica della prescrizione.

Il rapporto di lavoro cui la Corte costituzionale faceva riferimento era, però, quello non contrattuale di pubblico impiego antecedente alla privatizzazione.

Dopo la l. n. 92 del 1993 l'orientamento giurisprudenziale è stato confermato, ma non sulla base della natura del datore, bensì in virtù dell'applicazione generalizzata della tutela reale ai rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche. Non viene più in rilievo, cioè, il carattere pubblico o privato del datore di lavoro, ma solo la capacità di resistenza del rapporto al

---

(17) C. cost. 20 novembre 1969, n. 143, cit.

(18) C. cost. 29 aprile 1971, n. 86, cit.

licenziamento illegittimo (19). E siccome proprio questa capacità di resistenza sembra ridimensionata anche nei rapporti di lavoro con le P.A., si pongono qui problemi inediti.

Secondo la Cassazione (20), infatti, il nuovo testo dell'art. 18 St. lav., come novellato dalla l. n. 92 del 2012, trova applicazione al lavoro pubblico c.d. contrattualizzato, in quanto il capoverso dell'art. 51 del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede inequivocabilmente l'applicazione al pubblico impiego della l. n. 300 del 1970 «e successive modificazioni ed integrazioni».

Si ripropongono, così, i dubbi e le soluzioni già illustrati, perché la subordinazione tecnico funzionale produce la stessa situazione conflittuale e di disparità che c'è nell'impresa e perché il ridimensionamento della tutela reintegratoria non può non incidere sulla sensazione di stabilità del rapporto che finora ha caratterizzato il lavoro pubblico. Anche per il lavoro nelle P.A., dunque, il termine di prescrizione dovrebbe oggi decorrere dalla cessazione del rapporto e non durante il suo svolgimento.

Concludendo, sembra chiaro che le incertezze applicative della disciplina del licenziamento si ripercuotono fortemente su quella della prescrizione, con il paradosso di sottrarre ogni certezza proprio all'applicazione di un istituto che risponde alla esigenza di certezza dei rapporti giuridici.

Partendo da una tale contraddizione, si dovrebbe allora cercare tra le interpretazioni possibili quella maggiormente aderente alla finalità stessa dell'istituto.

In particolare, viene da chiedersi se oggi, in un sistema profondamente mutato, in cui, al di là del licenziamento, sono venuti meno molti limiti all'esercizio dei poteri datoriali (da quello organizzativo a quello di controllo e di utilizzazione della prestazione) esistano davvero rapporti in cui il lavoratore possa rivendicare il pagamento dei suoi crediti senza timori.

Se, come si ritiene, il mutato assetto legislativo ha profondamente inciso sull'asimmetria di potere tra le due parti, sulla debolezza del lavoratore e sulla sensazione di precarietà di tutti i rapporti di lavoro, l'unica strada percorribile dovrebbe essere proprio un ritorno alle valutazioni della Corte costituzionale del '66: la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non far valere il suo diritto per timore del licenziamento, incide sulla disciplina della prescrizione dei crediti retributivi impedendone il decorso durante il rapporto di lavoro. Sempre.

E così, parafrasando l'espressione di sintesi utilizzata dal prof. Marino nella bella relazione che mi ha preceduto - secondo cui la prescrizione, imponendo l'esercizio del diritto a chi ne è titolare, può efficacemente riassumersi nella formula del «posso quindi devo» - oserei dire che nel rapporto di lavoro *posso, ma non devo*.

---

(19) Cass., S.U., 12 aprile 1976, n. 1268, cit.

(20) Cass. 26 novembre 2015, n. 24157, in *De Jure*.

MARIO CAPOLUPO (\*)

*I rapporti tra estinzione del processo e prescrizione  
con particolare riguardo al giudizio tributario*

*1. Premessa.*

Nel Codice Civile, la disciplina dell'interruzione della prescrizione, dei suoi effetti e della sua durata è contenuta nella Sezione III del Capo I del Titolo V del Libro VI.

In particolare:

1) gli artt. 2943 (1) e 2944 (2) c.c. (alla cui approfondita analisi è dedicato il Capitolo 7 della pubblicazione oggi presentata, curato dall'avv. Michele Gerardo) regolano, rispettivamente, l'interruzione della prescrizione da parte del titolare del diritto e l'interruzione della prescrizione da parte di "colui contro il quale il diritto può essere fatto valere";

2) l'art. 2945 c.c. (alla cui approfondita analisi è dedicato il Capitolo 8 della pubblicazione oggi presentata, curato dall'avv. Adolfo Mutarelli), invece, contiene la disciplina degli "effetti e durata dell'interruzione".

«L'interruzione della prescrizione opera come un punto fisso rispetto al decorso del termine.

Il nuovo periodo di prescrizione, che inizia dopo l'atto interruttivo, è salva la c.d. interruzione permanente di cui al comma 2 dell'art. 2945 c.c. nonché l'*actio iudicati* di cui all'art. 2953 c.c. dello stesso genere di quello interrotto, con la conseguenza che, interrotta una prescrizione breve, inizia un nuovo periodo della stessa durata e non il periodo decennale di cui all'art. 2946 c.c.» (3).

*2. Interruzione della prescrizione e processo.*

I primi tre commi dell'art. 2945 c.c. prevedono che "Per effetto dell'interruzione s'inizia un nuovo periodo di prescrizione. Se l'interruzione è avvenuta mediante uno degli atti indicati dai primi due commi dell'articolo 2943, la pre-

---

(\*) Avvocato dello Stato.

(1) "La prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo.

È pure interrotta dalla domanda proposta nel corso di un giudizio.

L'interruzione si verifica anche se il giudice adito è incompetente.

La prescrizione è inoltre interrotta da ogni altro atto che valga a costituire in mora il debitore [c.c. 1219, 1957, 2944] e dall'atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri".

(2) "La prescrizione è interrotta dal riconoscimento del diritto da parte di colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere".

(3) A. MUTARELLI, in *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 209-210.

*scrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio. Se il processo si estingue, rimane fermo l'effetto interruttivo e il nuovo periodo di prescrizione comincia dalla data dell'atto interruttivo".*

«La neutralizzazione del corso della prescrizione durante il processo, attuata dall'art. 2945, comma 2, si inquadra nel principio degli effetti sostanziali della domanda in virtù del quale **la durata del processo, non può ridondare in danno della parte che ha ragione ...** » (4).

Essa è qualificabile come “interruzione permanente della prescrizione” (che abbraccia il tempo che va dalla proposizione della domanda alla sentenza - passata in giudicato - che definisce il giudizio, tanto di rito, quanto di accoglimento di merito (5)) e non già come una sospensione della stessa.

Infatti, la paralisi del corso della prescrizione originata dalla proposizione della domanda giudiziale è riconducibile non già «all'impossibilità o alla grave difficoltà che insorge per la realizzazione del diritto come nei casi indicati negli artt. 2941 e 2942 c.c., ma alla struttura stessa del processo che richiede, perché possa definirsi, un più o meno lungo periodo di tempo **durante il quale l'affermazione del diritto è sempre immanente ...** » (6).

A ciò aggiungasi:

a) la collocazione topografica della disposizione in commento, inserita nella Sezione intitolata “*Della interruzione della prescrizione*”;

b) che il “non corso della prescrizione”, lungi dall'essere riconducibile «alle ragioni poste a fondamento della sospensione (perché il diritto non può essere fatto valere o sorgono gravi difficoltà al suo esercizio o perché - pur non essendovi alcun ostacolo al suo esercizio - mere ragioni di opportunità consigliano di attendere previamente la definizione del rapporto pregiudiziale come nel caso ex art. 2952, comma 4, c.c.)...», è in realtà imputabile alla circostanza che «il diritto è fatto valere, ed è irrilevante a questo fine che l'attività del diritto sia istantanea o destinata a prolungarsi nel tempo, giacché conta soltanto che comunque questo atto o serie di atti siano espressivi della volontà di mantenere in via il diritto ... » (7);

c) che mentre «è connaturato allo stesso concetto di sospensione che sia sempre lo stesso termine che ricomincia a decorrere per la parte residua a seguito della cessazione della causa sospensiva ... al passaggio in giudicato della sentenza definitiva può conseguire anche l'inizio non di un nuovo periodo di prescrizione, ma addirittura di **una diversa ed autonoma prescrizione ...** » (8).

(4) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, p. 210.

(5) Infatti, “*se la domanda giudiziale [è] rigettata, si è fuori della materia della prescrizione, in quanto vi è un provvedimento del giudizio che definisce su nuove basi il rapporto tra le parti*” (così, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, IX Ed., Giuffrè, Milano 1957, p. 188).

(6) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, p. 210.

(7) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, pp. 211-212.

(8) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, p. 212.



Di qui, la condivisibile conclusione che «il non corso è un'interruzione prolungata ... » (9).

### 3. *L'estinzione del processo e gli effetti sulla prescrizione.*

«Ai sensi dell'art. 2945, comma 3, se il processo si estingue, rimane fermo l'effetto interruttivo ricollegato alla notifica dell'atto introduttivo del giudizio ovvero alla proposizione di una domanda in corso di causa e il nuovo periodo di prescrizione comincia dalla data dell'atto interruttivo. Resta esclusa in tale ipotesi l'interruzione permanente ex art. 2945, comma 2, c.c. ... » (10).

In particolare, «l'art. 2945, comma 3, c.c. (*lex specialis*, derogatoria della regola posta dall'art. 2945, comma 2, c.c.) disciplina tutti i casi di estinzione, senza distinguere a seconda dalla forma con cui l'estinzione viene pronunciata ... La disciplina di cui all'art. 2945, comma 3 vale anche nell'ipotesi di estinzione del processo ex art. 393 c.p.c. per mancata riassunzione della causa davanti al giudice del rinvio (11). La norma di cui all'art. 2945, comma 3, c.c. è coerente con l'art. 310 (12), comma 1, c.p.c. per il quale l'estinzione del processo non estingue l'azione ... » (13).

Infatti, «innovando rispetto alla precedente disciplina il vigente codice di procedura civile prevede che l'estinzione del processo rende gli atti compiuti non nulli, ma inefficaci (art. 310, comma 2, c.p.c.); conseguenza di tale premessa è che l'estinzione non incide sugli atti che investono il diritto sostanziale ... » (14).

In definitiva, «la regola secondo cui l'estinzione rende inefficaci gli atti compiuti riguarda gli effetti processuali degli atti pregressi. Ciò che invece costituisce un risultato di quegli atti, idoneo a spiegare i suoi effetti anche fuori dell'ambito del processo, non viene travolto. Non vengono travolti pertanto quei c.d. effetti sostanziali dell'atto di citazione che non siano essi medesimi condizionati alla pendenza attuale del processo o ad una decisione di merito, a cui

(9) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, p. 212.

(10) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, p. 224.

(11) L'art. 392 c.p.c. stabilisce che "1. La riassunzione della causa davanti al giudice di rinvio può essere fatta da ciascuna delle parti non oltre tre mesi dalla pubblicazione della sentenza della Corte di cassazione. 2. La riassunzione si fa con citazione, la quale è notificata personalmente a norma degli articoli 137 e seguenti". A mente del successivo art. 393: "Se la riassunzione non avviene entro il termine di cui all'articolo precedente, o si avvera successivamente a essa una causa di estinzione del giudizio di rinvio, l'intero processo si estingue; ma la sentenza della Corte di cassazione conserva il suo effetto vincolante anche nel nuovo processo che sia instaurato con la riproposizione della domanda".

(12) L'art. 310 c.p.c. stabilisce che: "L'estinzione del processo non estingue l'azione. L'estinzione rende inefficaci gli atti compiuti, ma non le sentenze di merito pronunciate nel corso del processo e le pronunce che regolano la competenza.

Le prove raccolte sono valutate dal giudice a norma dell'articolo 116 secondo comma.

Le spese del processo estinto stanno a carico delle parti che le hanno anticipate".

(13) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, p. 225.

(14) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, p. 225.

esso metta capo sotto forma di pronuncia del giudice. Non verranno travolte le eventuali rinunce di merito, né le confessioni stragiudizialmente rese ... » (15).

Nella Relazione illustrativa al Codice Civile n. 1204 del Ministro della Giustizia, con specifico riguardo alla *ratio* della previsione di cui all'art. 2945, comma 3, c.c. (che, in definitiva, pone in capo all'attore l'onere di "mantenere in vita" il processo), si legge «*non sarebbe stato coerente privare d'efficacia interruttiva la domanda giudiziale per essersi il processo estinto e, in pari tempo, attribuire efficacia interruttiva ad ogni atto di costituzione in mora non seguito da alcuna processo. Non ho riprodotto la disposizione del primo capoverso dell'art. 2128 del codice anteriore secondo il quale la nullità della citazione o intimazione per incompetenza dell'ufficiale giudiziario o per difetto di forma importava l'esclusione dell'effetto interruttivo dell'atto. Tale nullità non toglie che l'atto, inidoneo a produrre gli effetti della domanda giudiziale, possa valere, quando ne abbia i requisiti, come atto di costituzione in mora ...* ».

«Qualora la durata del processo sia eccessiva l'applicazione dell'art. 2945, comma 3, c.c., può comportare effetti gravi sul diritto sostanziale. Se l'attore non si è cautelato ponendo in essere atti di costituzione di mora (e a determinate condizioni ... anche gli atti d'impulso processuale successivi alla domanda possono produrre tale effetto) si corre il rischio che il diritto si estingua ove sia maturato il termine di prescrizione al momento di estinzione del processo ... » (16).

«Gli atti processuali successivi alla domanda giudiziale non hanno di per sé alcun effetto diretto sulla prescrizione. Che essi possano contenere gli estremi di una intimazione stragiudiziale idonea a interrompere istantaneamente la prescrizione è irrilevante, ma diventa rilevante nel momento in cui l'effetto interruttivo permanente viene meno retroattivamente a seguito dell'estinzione del processo. L'effetto interruttivo istantaneo che non aveva modo di operare in pendenza del processo, torna a spiegare pieno vigore una volta venuta meno la fattispecie ostativa alla sua produzione. L'effetto interruttivo istantaneo è prodotto non dall'atto processuale in quanto tale ma dall'atto sostanziale di intimazione i cui estremi talvolta ricorrono nell'atto processuale. Il fatto è che l'estinzione può rendere inefficaci gli atti processuali, nel senso che esclude la loro idoneità a consentire l'emanazione di un provvedimento diverso da quello dichiarativo dell'estinzione, ma non è in grado di eliminare tutti quegli effetti che gli atti processuali hanno prodotto sul piano sostanziale non come tali, ma in quanto atti sostanziali ... Sicchè, una volta estinto il processo va attribuita al riconoscimento del diritto effettuato nel corso del giudizio quell'efficacia interruttiva istantanea che essa non aveva dispiegato stante l'interruzione permanente della prescrizione ex art. 2945, comma 2, c.c. Identica

---

(15) E. REDENTI, in *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione in primo grado*, p. 292.

(16) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, p. 227.

conclusione va sostenuta per l'atto processuale proveniente dal titolare del diritto quando abbia i requisiti dell'atto di costituzione in mora. È il caso dell'atto di riassunzione del giudizio che, notificato alla parte personalmente o al suo rappresentante sostanziale, nel caso di successiva estinzione del processo avrà valenza di atto interruttivo istantaneo (17)» (18).

---

(17) Cfr. **Cass., Sez. III, 13 dicembre 2010, n. 25126**, ove si legge: *“va osservato che mezzi di interruzione della prescrizione sono solo quelli tipici previsti dalla legge, i quali esauriscono la possibilità di evitare la estinzione del diritto di credito: la domanda giudiziale, l'atto di costituzione in mora e il riconoscimento del diritto da parte del debitore. Ne consegue che non può ritenersi idoneo "qualsiasi atto del processo", genericamente inteso, e così la comparsa conclusionale (in cui sia tardivamente manifestata la pretesa del creditore) o l'atto di riassunzione del processo (Cass., 16/01/2006, n. 726). In particolare l'atto di riassunzione del processo, essendo un atto di impulso processuale destinato essenzialmente a riattivare il corso del processo, non ha l'autonoma e distinta efficacia interruttiva della prescrizione attribuita agli atti indicati nei primi due commi dello art. 2943 cod. civ. I suoi effetti, pertanto, restano assorbiti e travolti dalla successiva estinzione del processo che con esso sia tardivamente riassunto, a meno che non possano allo stesso riconnettersi effetti di natura diversa e, cioè, possa essere considerato, ricorrendone gli estremi, come atto di costituzione in mora (Cass. n. 4523 del 16/05/1987). Quindi l'atto riassunzione o l'atto di costituzione del nuovo difensore, ai fini dell'interruzione della prescrizione, possono essere valorizzati - qualora ne abbiano gli elementi ed i requisiti - esclusivamente quali atti di costituzione in mora e non quali atti del processo idonei all'interruzione detta (essendo tipici gli atti del processo a cui la legge riconnette tale effetto). 2.4. Sennonchè nella fattispecie, indipendentemente dal punto se l'atto di costituzione del nuovo procuratore del P. in data 13.10.1997, ovvero l'atto di riassunzione depositato in data 16.12.1998, contenessero tutti gli elementi della costituzione in mora art. 2943 c.c., ex u.c. va osservato che essi non sono stati notificati alla parte personalmente, in quanto l'atto di costituzione del nuovo procuratore fu notificato a norma dell'art. 170 c.p.c. e l'atto di riassunzione non fu notificato a nessun erede, non avendo il ricorrente, per sua stessa ammissione, la prova che tale fosse la nipote del defunto S.P., rimasta contumace. 2.5. I suddetti atti, in quanto non notificati personalmente alla responsabile del danno (ovvero al suo certo erede), non equivalgono neppure all'atto di costituzione in mora, di cui al comma 4, dell'art. citato (Cass. 06/11/1986, n. 6517; Cass. n. 992/1972)”. Si vedano anche nello stesso senso, più recentemente: **Cass., Sez. I, 18 novembre 2011, n. 24306** (“È vero che l'art. 2943 cod. civ., riconosce effetti interruttivi della prescrizione agli atti processuali ivi indicati, che quindi sono portati a conoscenza del solo procuratore della parte, senza richiederne la ulteriore notificazione personalmente al debitore medesimo; e che la s.p.a. P. ben poteva richiedere il credito in contestazione preteso nei confronti del Ministero con la citazione introduttiva del giudizio notificata alla sola Avvocatura ovvero con la comparsa di costituzione depositata in giudizio. Ma come ha avvertito questa Corte fin dalle pronunce più lontane nel tempo (Cass. 435/1971; 603/1973; da ultimo 19512/2003) detta norma si riferisce soltanto ad atti processuali tipici e specificamente enumerati, quali l'atto introduttivo del giudizio ovvero la domanda proposta nel corso di un giudizio (art. 2943 c.c.) che di solito è contenuta nella comparsa di risposta o nella fase istruttoria quando v'è contraddittorio. Pertanto fra di essi non rientra la comparsa conclusionale dato che la richiesta ivi contenuta, formulata allorché l'istruttoria è terminata, ed in un atto che non ha il precipuo scopo di contenere domande, ma, al contrario, quello di spiegare la difesa, nel senso di illustrare le richieste, non può valere come "domanda" ritualmente posta. Senza considerare che la comparsa conclusionale non è neanche comunicata alla parte, ma è atto di procuratore diretto ad essere scambiato col procuratore di controparte e, quindi, non può ritenersi nemmeno valida come atto di costituzione in mora del presunto debitore. Per cui, anche a condividere l'indirizzo giurisprudenziale invocato dalla Corte di appello per cui la proposizione di una domanda tardiva (o, comunque inammissibile) ne comporta l'irricevibilità, ma non impedisce che la stessa possa valere come un atto di messa in mora del debitore (contra: Cass. 25126/2010; 726/2006; 6517/1986), resta il fatto che anche in tale ottica non potrebbe sfuggirsi alla necessità che tale atto debba essere notificato personalmente al debitore: essendo la rappresentanza del procuratore ad litem limitata all'esplicazione delle attività rientranti nella tutela*

Giuste le previsioni di cui all'art. 310, co. 2, c.p.c., l'inefficacia degli atti processuali derivanti dall'estinzione del processo non riguarda le sentenze di merito pronunciate nel corso del processo.

«Sono tali le sentenze non definitive di merito di cui agli artt. 277 (19), comma 2, 278 (20), comma 2, 279 (21), comma 2, nn. 4 e 5 c.p.c. ed altresì

---

*processuale del diritto controverso. Laddove nel caso è pacifico che la comparsa conclusionale contenente la domanda di pagamento del credito non è stata notificata al Ministero (Cass. 19512/2003), ma soltanto depositata in giudizio”); Cass., Sez. III, 29 maggio 2014, n. 12058 (“come ha rilevato la Corte di merito, ai sensi dell'art. 2943 c.c., la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio o dalla domanda proposta nel corso del giudizio in quanto l'art. 2943 c.c., nel prevedere l'efficacia interruttiva della prescrizione in relazione al compimento di atti giudiziali si riferisce soltanto ad atti tipici e specificamente enumerati. Inoltre, perché abbia efficacia interruttiva, un atto deve contenere l'esplicitazione di una pretesa e l'intimazione o la richiesta scritta di adempimento, idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto, nei confronti del soggetto obbligato, con l'effetto sostanziale di costituirlo in mora. Ed è appena il caso di sottolineare che la richiesta di rigetto della domanda attrice (diretta all'accertamento negativo di un proprio debito) essendo volta funzionalmente ad esplicitare un'attività difensiva di mera confutazione della domanda avversaria, non può svolgere efficacia interruttiva della prescrizione del diritto di credito vantato nei confronti del debitore né, tanto meno, nei confronti del fideiussore, non costituendo una chiara esplicitazione di una pretesa, vale a dire, un'inequivoca manifestazione della volontà, non solo di veder riconoscere ma anche di far valere il proprio diritto, e cioè un'intimazione o un'espressa richiesta formale di adempimento idonea, in quanto tale, a mettere in mora la parte debitrice”). Si veda, specificamente, a tale proposito, M. GERARDO, in *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 173-174.*

(18) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, pp. 227-228.

(19) “Il collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio.

**Tuttavia il collegio anche quando il giudice istruttore gli ha rimesso la causa a norma dell'articolo 187 primo comma, può limitare la decisione ad alcune domande, se riconosce che per esse soltanto non sia necessaria un'ulteriore istruzione, e se la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile per la parte che ne ha fatto istanza”.**

(20) “Quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il collegio, su istanza di parte, può limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione. **In tal caso il collegio, con la stessa sentenza e sempre su istanza di parte, può altresì condannare il debitore al pagamento di una provvisoria, nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova”.**

(21) “Il collegio pronuncia ordinanza quando provvede soltanto su questioni relative all'istruzione della causa, senza definire il giudizio, nonché quando decide soltanto questioni di competenza. In tal caso, se non definisce il giudizio, impartisce con la stessa ordinanza i provvedimenti per l'ulteriore istruzione della causa.

Il collegio pronuncia sentenza:

1) quando definisce il giudizio, decidendo questioni di giurisdizione;

2) quando definisce il giudizio decidendo questioni pregiudiziali attinenti al processo o questioni preliminari di merito;

3) quando definisce il giudizio, decidendo totalmente il merito;

4) quando, decidendo alcune delle questioni di cui ai numeri 1, 2 e 3, non definisce il giudizio e impartisce distinti provvedimenti per l'ulteriore istruzione della causa;

5) quando, valendosi della facoltà di cui agli articoli 103, secondo comma, e 104, secondo comma, decide solo alcune delle cause fino a quel momento riunite, e con distinti provvedimenti dispone la separazione delle altre cause e l'ulteriore istruzione riguardo alle medesime, ovvero la rimessione al giudice inferiore delle cause di sua competenza.

l'ordinanza ex art. 186 *quater* c.p.c. (22) che, in caso di estinzione del giudizio, acquista "l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza" secondo quanto prevede espressamente l'art. 186 *quater* citato. In ipotesi di estinzione del giudizio possono ricondursi alla nozione di "sentenze di merito pronunciate nel corso del processo" anche le ordinanze ex artt. 186 *bis* (23) e 186 *ter* (24) c.p.c., atteso che l'orientamento prevalente in dottrina riconosce

---

*I provvedimenti per l'ulteriore istruzione, previsti dai numeri 4 e 5 sono dati con separata ordinanza. I provvedimenti del collegio, che hanno forma di ordinanza, comunque motivati, non possono mai pregiudicare la decisione della causa; salvo che la legge disponga altrimenti [c.p.c. 308], essi sono modificabili e revocabili dallo stesso collegio, e non sono soggetti ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze [c.p.c. 323]. Le ordinanze del collegio sono sempre immediatamente esecutive. Tuttavia, quando sia stato proposto appello immediato contro una delle sentenze previste dal n. 4 del secondo comma, il giudice istruttore, su istanza concorde delle parti, qualora ritenga che i provvedimenti dell'ordinanza collegiale, siano dipendenti da quelli contenuti nella sentenza impugnata, può disporre con ordinanza non impugnabile che l'esecuzione o la prosecuzione dell'ulteriore istruttoria sia sospesa sino alla definizione del giudizio di appello. L'ordinanza è depositata in cancelleria insieme con la sentenza".*

(22) *"Esaurita l'istruzione, il giudice istruttore, su istanza della parte che ha proposto domanda di condanna al pagamento di somme ovvero alla consegna o al rilascio di beni, può disporre con ordinanza il pagamento ovvero la consegna o il rilascio, nei limiti per cui ritiene già raggiunta la prova. Con l'ordinanza il giudice provvede sulle spese processuali.*

*L'ordinanza è titolo esecutivo. Essa è revocabile con la sentenza che definisce il giudizio.*

*Se, dopo la pronuncia dell'ordinanza, il processo si estingue, l'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza.*

*L'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza se la parte intimata non manifesta entro trenta giorni dalla sua pronuncia in udienza o dalla comunicazione, con ricorso notificato all'altra parte e depositato in cancelleria, la volontà che sia pronunciata la sentenza".*

(23) *"Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione.*

*L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo.*

*L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma".*

(24) *"Fino al momento della precisazione delle conclusioni, quando ricorrano i presupposti di cui all'articolo 633, primo comma, numero 1), e secondo comma, e di cui all'articolo 634, la parte può chiedere al giudice istruttore, in ogni stato del processo, di pronunciare con ordinanza ingiunzione di pagamento o di consegna. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione.*

*L'ordinanza deve contenere i provvedimenti previsti dall'articolo 641, ultimo comma, ed è dichiarata provvisoriamente esecutiva ove ricorrano i presupposti di cui all'articolo 642, nonché, ove la controparte non sia rimasta contumace, quelli di cui all'articolo 648, primo comma. La provvisoria esecutorietà non può essere mai disposta ove la controparte abbia disconosciuto la scrittura privata prodotta contro di lei o abbia proposto querela di falso contro l'atto pubblico.*

*L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177 e 178, primo comma.*

*Se il processo si estingue l'ordinanza che non ne sia già munita acquista efficacia esecutiva ai sensi dell'articolo 653, primo comma.*

*Se la parte contro cui è pronunciata l'ingiunzione è contumace, l'ordinanza deve essere notificata ai sensi e per gli effetti dell'articolo 644. In tal caso l'ordinanza deve altresì contenere l'espresso avvertimento che, ove la parte non si costituisca entro il termine di venti giorni dalla notifica, diverrà esecutiva ai sensi dell'articolo 647.*

*L'ordinanza dichiarata esecutiva costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale".*

alle stesse l'attitudine al giudicato ... In via conclusiva ove nel giudizio poi dichiarato estinto sia stata emessa una sentenza non definitiva di merito la c.d. interruzione permanente della prescrizione permane fino al passaggio in giudicato della sentenza non definitiva, in applicazione del principio di cui all'art. 310, comma 2, c.p.c. Sicché la sopravvivenza di tale provvedimento all'effetto caducatorio della *mors litis* comporta l'inapplicabilità dell'art. 2945, comma 3, c.c., per rientrare l'ipotesi nell'ambito dell'art. 2945, comma 2, c.c. Deve ritenersi infatti che l'art. 2945, comma 2, c.c. collega l'effetto interruttivo permanente alle sentenze definitive individuate nell'art. 279 c.p.c. » (25).

---

(25) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, pp. 228-229, ove si precisa, altresì, che "L'ambito delle sentenze definitive non si desume solo dall'art. 279 c.p.c. in quanto concorre nella definizione anche l'art. 129, comma 3, 1° periodo disp. att. c.p.c."

Come noto, il prefato art. 129 (rubricato "Riserva d'appello ed estinzione del giudizio") così recita: "La riserva d'appello contro le sentenze previste nell'articolo 278 e nel n. 4 del secondo comma dell'articolo 279 del codice, può essere fatta nell'udienza del giudice istruttore con dichiarazione orale da inserirsi nel processo verbale, o con dichiarazione scritta su foglio a parte da allegarsi ad esso. La riserva può essere fatta anche con atto notificato ai procuratori delle altre parti costituite, a norma dell'articolo 170 primo e terzo comma del codice, o personalmente alla parte, se questa non è costituita. **Se il processo si estingue in primo grado, la sentenza di merito contro la quale fu fatta la riserva acquista efficacia di sentenza definitiva dal giorno in cui diventa irrevocabile l'ordinanza, o passa in giudicato la sentenza, che pronuncia l'estinzione del processo. Da questa data decorrono i termini stabiliti dall'articolo 325 del codice per impugnare la sentenza già notificata, e, se questa non è stata notificata, decorre il termine di decadenza stabilito dall'articolo 327 del codice stesso**". Si veda, in giurisprudenza, sull'argomento, *ex multis*, Cass., Sez. III, 3 novembre 2014, n. 23364: "secondo l'art. 310 c.p.c. la sentenza non definitiva di merito sopravvive all'estinzione del giudizio. Con l'ulteriore precisazione che, ai sensi dell'art. 129 disp. att. c.p.c.: "se il processo si estingue in primo grado, la sentenza di merito contro la quale fu fatta la riserva acquista efficacia di sentenza definitiva dal giorno in cui diventa irrevocabile l'ordinanza, o passa in giudicato la sentenza, che pronuncia l'estinzione del processo". **Ovviamente, il legislatore prende in considerazione le sole sentenze non definitive di merito, le uniche, cioè, aventi attitudine ad acquistare un'efficacia che sopravviva all'estinzione del processo (ex art. 310 c.p.c.), le uniche rispetto alle quali si pone un interesse ad impugnare e prevede che la sentenza diventi definitiva**, b) che il principio fissato dall'art. 2945 c.c., comma 2, secondo il quale quando l'interruzione della prescrizione derivi da atto di citazione idoneo ad instaurare un valido rapporto processuale, l'interruzione medesima si protrae fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il relativo procedimento. Ora, nel caso in esame, il Tribunale di Savona, nel giudizio introdotto con l'atto di citazione del 10 settembre 1980 emetteva una sentenza parziale n. 654 depositata il 31 ottobre 1988 e ordinanza con la quale le parti venivano rimesse al GI per la quantificazione dei danni. Il giudizio de quo veniva interrotto per decesso del procuratore dell'attore, non veniva riassunto, e, pertanto, si estingueva. Tuttavia, nonostante l'estinzione del processo di cui si dice, la sentenza non definitiva n. 654 del 31 ottobre 1988 del Tribunale di Savona veniva impugnata davanti alla Corte di Appello di Genova e il relativo processo si concludeva con la sentenza n. 1172 del 27 settembre 1994. Pertanto, il processo relativamente alle materia oggetto della sentenza non definitiva di cui si dice, tra cui la domanda di risarcimento danno e della sua quantificazione proseguiva e diventava definitiva con la sentenza della Corte di merito n. 1172 del 27 settembre 1994 non essendo stata, quest'ultima, impugnata. Pertanto, correttamente la Corte di Genova con la sentenza, oggetto del presente giudizio, ha chiarito che la sentenza parziale del Tribunale di Savona era stata impugnata e il processo veniva concluso con sentenza del 27 settembre 1994 depositata il 28 ottobre 1994 della Corte di appello di Genova e, non essendo stata impugnata, la sentenza di cui si dice con tutte le sue statuizioni è passata in giudicato. Con la conseguenza che la prescrizione sulla domanda risarcitoria ha ripreso a decorrere dalla data

#### 4. L'estinzione del processo tributario e prescrizione della pretesa impositiva.

Il Decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 configura il processo tributario come un giudizio “*caratterizzato da una domanda impugnatoria dell'atto del fisco per vizi formali o sostanziali*”, nel quale (26):

a) “*l'indagine non può che essere limitata ai motivi di contestazione dei presupposti di fatto e di diritto della pretesa dell'amministrazione che il contribuente deve specificamente dedurre nel ricorso introduttivo di primo grado*”;

b) “*Il "thema decidendum", come delimitato dal perimetro dei motivi di ricorso, può essere modificato solo nei limiti derogatori dettati dalla disciplina processuale e cioè, mediante presentazione di motivi aggiunti, consentita però, ex art. 24 proc. trib., nella sola peculiare ipotesi del "deposito di documenti non conosciuti ad opera delle altre parti o per ordine della commissione" (C. 19337/11; v. anche C. 23123/95, 19000/07, 24970/05). Il principio che regola il contenzioso tributario è, infatti, che esso abbia un oggetto delimitato dalle contestazioni comprese nei motivi dedotti col ricorso introduttivo (D.Lgs. n. 546 del 1992, artt. 18 e 24). Donde i motivi di impugnazione avverso l'atto impositivo costituiscono la causa petendi rispetto all'invocato annullamento dell'atto medesimo, con conseguente duplice inammissibilità di un mutamento delle deduzioni avanti al giudice di secondo grado (ex plurimis Cass. n. 22010/2006; n. 7766/2006) ovvero dell'inserimento di temi d'indagine nuovi (cfr. Cass. n. 16929/2007). Il rito tributario prevede, poi, all'art. 32, dopo la proposizione del ricorso, la possibilità di depositare documenti fino a venti giorni prima dalla data di trattazione e di depositare memorie illustrative sino a dieci giorni prima della data di trattazione. Scopo di dette memorie è quello di illustrare ed argomentare i motivi di ricorso, eventualmente anche tramite riferimenti normativi e giurisprudenziali*”.

Cionondimeno, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità e l'insegnamento sostanzialmente univoco della dottrina, esso “*non è annoverabile tra quelli di “impugnazione-annullamento”, ma tra quelli di “impugnazione-merito”, in quanto non è diretto alla sola eliminazione giuridica dell'atto impugnato, ma alla pronuncia di una decisione di merito sostitutiva sia della dichiarazione resa dal contribuente che dell'accertamento dell'ufficio - discende che, ove il giudice tributario ritenga invalido l'avviso di accertamento non per motivi formali (ossia per vizi di forma talmente gravi da impedire l'identificazione dei presupposti impositivi e precludere l'esame del merito del rapporto tributario), ma di carattere sostanziale, detto giudice non può limitarsi ad annullare l'atto impositivo, ma deve esaminare nel merito*

---

*del passaggio in giudicato della sentenza della Corte distrettuale e, conseguentemente, la domanda introduttiva del giudizio notificata il 27 marzo 1995 era tempestiva e aveva nuovamente interrotto il corso della prescrizione”.*

(26) Cfr. Cass., Sez. V, 15 ottobre 2013, n. 23326.

*la pretesa tributaria e, operando una motivata valutazione sostitutiva, eventualmente ricondurla alla corretta misura, entro i limiti posti dalle domande di parte (Cass. n. 6918/2013; Cass. n. 13034/2012; Cass. n. 11935/2012; Cass. n. 13868/2010)” (27).*

È noto che il sopra menzionato Decreto legislativo, pur richiamando, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura civile (28), contiene una disciplina specifica e puntuale del giudizio tributario.

In particolare, per quanto qui interessa, si segnala:

a) l’art. 35, comma 3: *“Alle deliberazioni del collegio si applicano le disposizioni di cui agli articoli 276 e seguenti del codice di procedura civile. **Non sono tuttavia ammesse sentenze non definitive o limitate solo ad alcune domande**” (29);*

b) l’art. 44 (30): *“1. Il processo si estingue per rinuncia al ricorso. 2. Il ricorrente che rinuncia deve rimborsare le spese alle altre parti salvo diverso accordo fra loro. La liquidazione è fatta dal presidente della sezione o dalla commissione con ordinanza non impugnabile. 3. La rinuncia non produce effetto se non è accettata dalle parti costituite che abbiano effettivo interesse alla prosecuzione del processo. 4. La rinuncia e l'accettazione, ove necessaria, sono sottoscritte dalle parti personalmente o da loro procuratori speciali, nonché, se vi sono, dai rispettivi difensori e si depositano nella segreteria della commissione. 5. Il presidente della sezione o la commissione, se la rinuncia e l'accettazione, ove necessaria, sono regolari, dichiarano l'estinzione del processo. Si applica l'ultimo comma dell'articolo seguente”;*

c) l’art. 45 (31): *“1. Il processo si estingue nei casi in cui le parti alle quali spetta di proseguire, riassumere o integrare il giudizio non vi abbiano provveduto entro il termine perentorio stabilito dalla legge o dal giudice che dalla legge sia autorizzato a fissarlo. 2. Le spese del processo estinto a norma del comma 1 restano a carico delle parti che le hanno anticipate. 3. L'estin-*

(27) Cfr. Cass., Sez. V, 18 novembre 2015, n. 23590. Si veda anche, più recentemente, Cass., Sez. V, 23 dicembre 2015, nn. 25912 e 25913.

(28) Cfr. art. 1, comma 2.

(29) Cfr. in relazione alla corretta interpretazione della disposizione *de qua*, Cass., Sez. V, 31 gennaio 2011, ove si legge: *“la disposizione che esclude l'ammissibilità di sentenze non definitive o limitate solo ad alcune domande, costituisce una norma a carattere eccezionale che introduce una deroga rispetto al regime previsto per il processo civile dall'art. 279 cod. proc. civ., e tende soltanto ad "evitare gl'inconvenienti cui il frazionamento del giudizio da generalmente luogo anche nel processo civile, avuto specifico riguardo alla struttura del processo tributario ed al sistema della riscossione frazionata dei tributi, con i quali l'istituto della sentenza non definitiva, ed a maggior ragione quello dell'impugnazione differita che solitamente vi si accompagna, verrebbero inevitabilmente a configurare” (Cass. 7909/2007). La norma, quindi, non incide sulla logica interna delle decisioni, che resta quella di cui all'art. 276 c.p.c., secondo la quale le decisioni sul merito possono implicare una decisione sulle questioni preliminari o pregiudiziali, ma queste non implicano decisioni di merito”.*

(30) Rubricato *“Estinzione del processo per rinuncia al ricorso”.*

(31) Rubricato *“Estinzione del processo per inattività delle parti”.*



zione del processo per inattività delle parti è rilevata anche d'ufficio solo nel grado di giudizio in cui si verifica e rende inefficaci gli atti compiuti. 4. L'estinzione è dichiarata dal presidente della sezione con decreto o dalla commissione con sentenza. Avverso il decreto del presidente è ammesso reclamo alla commissione che provvede a norma dell'art. 28”;

d) l'art. 46 (32): “Il giudizio si estingue, in tutto o in parte, nei casi di definizione delle pendenze tributarie previsti dalla legge e in ogni altro caso di cessazione della materia del contendere. 2. La cessazione della materia del contendere è dichiarata con decreto del presidente o con sentenza della commissione. Il provvedimento presidenziale è reclamabile a norma dell'art. 28. 3. Nei casi di definizione delle pendenze tributarie previsti dalla legge le spese del giudizio estinto restano a carico della parte che le ha anticipate”;

e) l'art. 63 (33), secondo cui “Quando la Corte di cassazione rinvia la causa alla commissione tributaria provinciale o regionale la riassunzione deve essere fatta nei confronti di tutte le parti personalmente entro il termine perentorio di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza nelle forme rispettivamente previste per i giudizi di primo e di secondo grado in quanto applicabili. **2. Se la riassunzione non avviene entro il termine di cui al comma precedente o si avvera successivamente ad essa una causa di estinzione del giudizio di rinvio l'intero processo si estingue.** 3. In sede di rinvio si osservano le norme stabilite per il procedimento davanti alla commissione tributaria a cui il processo è stato rinviato. In ogni caso, a pena d'inammissibilità, deve essere prodotta copia autentica della sentenza di cassazione. 4. Le parti conservano la stessa posizione processuale che avevano nel procedimento in cui è stata pronunciata la sentenza cassata e non possono formulare richieste diverse da quelle prese in tale procedimento, salvi gli adeguamenti imposti dalla sentenza di cassazione. 5. Subito dopo il deposito dell'atto di riassunzione, la segreteria della commissione adita richiede alla cancelleria della Corte di cassazione la trasmissione del fascicolo del processo”.

Sebbene, all'apparenza, l'art. 63 sopra richiamato sembri costituire una mera riproduzione, per il giudizio tributario, dell'art. 393 c.p.c. (34) (in forza

(32) Rubricato “Estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere”.

(33) Come modificato dal D.Lgs. nr. 156/2015. “Il predetto termine di sei mesi coincide con quello già previsto dall'articolo 43 del decreto n. 546 per la riassunzione del giudizio interrotto o sospeso. Il termine ridotto si applica per le sentenze depositate dal 1° gennaio 2016 e risponde all'obiettivo di accelerare la definitiva conclusione del processo” (così, Circ. 29.12.2015, nr. 38/E dell'Agazia delle Entrate).

(34) All'uopo, si precisa che l'ipotesi di estinzione, per inattività delle parti, del giudizio di appello è, invece, disciplinata dall'art. 338 c.p.c. (cfr. Cass., Sez. V, 18 giugno 2014, n. 13808, ove si legge: “Il D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 49, ammette l'applicabilità alle impugnazioni delle sentenze delle Commissioni tributarie delle disposizioni generali in tema di impugnazioni contenute nel codice di procedura civile (“del titolo 3°, capo 1°, del libro 2°”, ad eccezione dell'art. 337 c.p.c. ), sia pure in via residuale, stante la clausola c.d. di “compatibilità” (“fatto salvo quanto disposto nel presente decreto”). In partico-

del quale “*Se la riassunzione non avviene entro il termine di cui all'articolo precedente, o si avvera successivamente a essa una causa di estinzione del giudizio di rinvio, l'intero processo si estingue, ma la sentenza della Corte di cassazione conserva il suo effetto vincolante anche nel nuovo processo che sia instaurato con la riproposizione della domanda*”), in realtà, esso se ne discosta, laddove non contiene il riferimento all'efficacia vincolante della sentenza della Corte di cassazione “*nel nuovo processo che sia instaurato con la riproposizione della domanda*”.

Infatti, “*l'estinzione del processo di rinvio causa la definitività dell'atto originariamente impugnato. E tale definitività dell'atto impedisce l'instaurazione di un nuovo processo e quindi spiega il venir meno nella norma in commento della previsione recata dall'art. 393 c.p.c. in forza della quale la sentenza della Corte di Cassazione conserva tuttavia il suo effetto vincolante anche nel nuovo processo che si è instaurato con la proposizione della domanda*” (35).

In termini analoghi, è l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che, in modo consolidato, afferma che:

a) “*la riassunzione della causa davanti al giudice del rinvio, costituente semplice attività di impulso processuale e non di impugnazione, può essere effettuata disgiuntamente da ciascuna delle parti a norma dell'art. 392 c.p.c. Pertanto, ove nessuna delle parti del giudizio tributario (ente impositore o*

---

*lare, osserva il Collegio, l'operatività nel processo tributario dell'art. 338 c.p.c., (che, si rammenta, sancisce il principio generale secondo il quale l'estinzione del giudizio di impugnazione determina il passaggio in giudicato della sentenza impugnata) non trova ostacolo in una disposizione speciale, dettata per l'estinzione del processo tributario, in fase di impugnazione, con esso incompatibile. Una tale disposizione non è rinvenibile nell'art. 45, comma 3, (secondo il quale: "l'estinzione del processo per inattività delle parti è rilevata anche d'ufficio solo nel grado di giudizio in cui si verifica e rende inefficaci gli atti compiuti"), in quanto con esso il legislatore si è preoccupato soltanto di precisare che, anche nel processo tributario (come nel procedimento civile ordinario, ai sensi dell'art. 310 c.p.c.), l'estinzione - per inattività delle parti - rende inefficaci gli atti compiuti fino al perfezionamento della fattispecie estintiva, essendo l'estinzione tuttavia rilevabile, anche d'ufficio, "solo nel grado di giudizio in cui si verifica". La pronuncia di estinzione in appello investe pertanto soltanto gli atti del procedimento di gravame. Diversa è la disciplina dettata nell'ipotesi di estinzione del giudizio di rinvio, nella quale l'intero processo viene meno, stante l'espressa previsione del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 63, comma 2, con conseguente consolidamento dell'atto impositivo impugnato. In effetti, come è stato già chiarito da questa Corte, è inapplicabile al giudizio di rinvio l'art. 338 dello stesso codice, che regola gli effetti dell'estinzione del procedimento di impugnazione, cosicché l'estinzione dell'intero processo, ai sensi dell'art. 393 c.p.c., determina la conseguente caducazione di tutte le sentenze emesse nel corso dello stesso, eccettuate quelle già coperte dal giudicato, in quanto non impuginate (Cass. 17372/2002). 2.5. Ne consegue che l'estinzione del processo tributario, per inattività delle parti, intervenuta in appello, in un giudizio già definito in primo grado con una decisione di fondatezza dell'azione del contribuente, determina la cristallizzazione della situazione giuridica sostanziale, come definita dalla sentenza di merito oggetto di impugnazione, che passa in giudicato. In tale ipotesi, infatti (distinta da quella relativa al giudizio di rinvio a seguito di cassazione della sentenza resa in appello), il fenomeno estintivo non può mantenere in vita il provvedimento impositivo impugnato, ormai travolto e sostituito dal titolo giudiziale che ne ha annullato gli effetti”).*

(35) Cfr. T. BAGLILONE - S. MENCHINI - M. MICCINESI, *Il nuovo processo tributario, Commentario*, ed. II, Giuffrè, Milano, 2004, p. 739.

contribuente) si sia attivata per la riassunzione, si verifica l'estinzione dell'intero processo secondo l'espressa previsione del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 63, comma 2, con conseguente definitività dell'avviso di accertamento oggetto del processo estinto, (conformi Sez. 5, Sentenza n. 16689 del 03/07/2013, Rv. 627058; Sez. 5, Sentenza n. 3040 del 08/02/2008, Rv. 601868)” (36);

b) “per costante e condiviso principio di questa Corte (tra le tante, cfr. Cass. n. 3040/2008; Cass. n. 5044/2012; id n. 16689/2013), la pronuncia di estinzione del giudizio comporta ex art. 393 c.p.c. e D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 63, comma 2, il venir meno dell'intero processo e, in forza dei principi in materia di impugnazione dell'atto tributario, la definitività dell'avviso di accertamento e, quindi, l'integrale accoglimento delle ragioni erariali. **La pretesa tributaria vive di forza propria in virtù dell'atto impositivo in cui è stata formalizzata, e l'estinzione del processo travolge la sentenza impugnata, ma non l'atto amministrativo che - come noto - non è un atto processuale bensì l'oggetto dell'impugnazione. L'opposizione avverso l'imposizione fiscale, infatti, integra una mera azione di accertamento negativo della legittimità della pretesa tributaria onde l'eventuale estinzione di tale processo di opposizione (nella specie, per mancata riassunzione davanti al giudice di rinvio) non può implicare l'estinzione dell'obbligazione tributaria, la quale anzi vive di forza propria per effetto dell'atto impositivo stesso ed in esso trova titolo costitutivo. E, peraltro, nell'ipotesi, quale quella in esame, di estinzione del processo che, per inattività delle parti, non sia stato più riassunto, questa Corte (Cass. n. 825/2006, nella quale sono richiamati i precedenti n.ri 6903/1993 e 122/1988), ha ritenuto che "la riproposizione della medesima azione in un secondo giudizio, fondandosi sull'ammesso riconoscimento della già verificatasi estinzione del primo, ne comporta l'implicita richiesta di accertamento incidentale, senza che sia necessaria - in mancanza di apposita prescrizione normativa - la specifica proposizione della eccezione di estinzione" ...**” (37);

c) è pacifico “nella giurisprudenza di questa Corte (cfr. da ultimo la sentenza n. 16689 del 3 luglio 2013) che nel giudizio tributario, a norma dell'art. 392 cod. proc. civ., alla riassunzione della causa avanti al giudice di rinvio può provvedere disgiuntamente ciascuna delle parti, configurandosi essa non come atto di impugnazione, ma come attività di impulso processuale, che coinvolge gli stessi soggetti che sono stati parte nel giudizio di legittimità; ne consegue che, ove nessuna delle parti si sia attivata per la riassunzione (o abbia proposto una riassunzione inammissibile), il processo si estingue, determinando, con riguardo al giudizio tributario, **la definitività dell'avviso di accertamento, che ne costituiva l'oggetto (e non la reviviscenza della sentenza di primo grado)**” (38);

(36) Cfr. Cass., Sez. V, 11 novembre 2015, n. 23049.

(37) Cfr. Cass., Sez. V, 20 marzo 2015, n. 5605.

(38) Cfr. Cass., Sez. VI - 5, ord. 5 febbraio 2014, n. 2519.

d) *“In adesione ai principi affermati nella sentenza di questa Corte 8-02-2008, n. 3040, secondo cui la pronuncia di estinzione del giudizio comporta ex art. 393 c.p.c., il venir meno dell'intero processo ed, in forza dei principi in materia di impugnazione dell'atto tributario la definitività dell'avviso di accertamento e quindi l'integrale accoglimento delle ragioni erariali; in quanto la pretesta tributaria vive di forza propria in virtù dell'atto impositivo in cui è stata formalizzata e l'estinzione del processo travolge la sentenza di primo grado, ma non l'atto amministrativo che non è un atto processuale bensì l'oggetto dell'impugnazione (pertanto la Amministrazione difetta di interesse ad impugnare la sentenza che dichiara l'estinzione del giudizio, ancorchè tale estinzione sia dichiarata a causa di un errore della Amministrazione nella riassunzione del giudizio di merito)”* (39).

In sintesi, la mancata riassunzione del giudizio e la conseguente estinzione del giudizio determina la definitività dell'atto impositivo, salvo che per la parte in cui lo stesso sia stato inciso da statuizioni di merito autonome del giudice tributario passate in giudicato precedentemente alla suddetta estinzione (40).

Con specifico riguardo alla compatibilità e/o applicabilità delle previsioni di cui all'art. 2945 c.c. al processo tributario, si osserva che mentre, con riferimento alle controversie tributarie aventi ad oggetto le domande di rimborso formulate dal contribuente nei modi e nelle forme di cui all'art. 21, co. 2, del D.Lgs. nr. 546/92 (41) l'estinzione del giudizio produce esattamente gli effetti di cui al terzo comma della sopra menzionata disposizione (42), per contro, in tutti gli altri casi (e, in particolare, laddove il *thema decidendum* verte sulla legittimità di un atto impositivo e, dunque, di una pretesa creditoria dell'Amministrazione finanziaria), la previsione di cui al terzo comma non sembra suscettibile di applicazione.

In particolare, si evidenzia che:

---

(39) Cfr. Cass., Sez. VI - 5, ord. 7 dicembre 2012, n. 22235.

(40) È noto, infatti, che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha costantemente affermato che la mancata riassunzione del giudizio in seguito a cassazione con rinvio travolge l'intero processo, in conformità a quanto disposto dall'art. 393 c.p.c. e, per il processo tributario, l'art. 63, comma 2 del d.lgs. 546/1992, rimanendo salve esclusivamente *“le statuizioni di merito su cui, nel corso del procedimento ormai estinto, si sia formato il giudicato, e cioè, oltre alle sentenze di merito non definitive che non abbiano formato oggetto di impugnazione (o i cui motivi di impugnazione siano stati rigettati), anche quelle definitive ma passate solo parzialmente in giudicato, per essere stati accolti i motivi di ricorso solo relativamente ad alcuni capi della sentenza, in virtù del principio della formazione progressiva del giudicato”* (cfr. Cass., Sez. I, 19 giugno 2014, n. 13974).

(41) *“Il ricorso avverso il rifiuto tacito della restituzione di cui all'articolo 19, comma 1, lettera g), può essere proposto dopo il novantesimo giorno dalla domanda di restituzione presentata entro i termini previsti da ciascuna legge d'imposta e fino a quando il diritto alla restituzione non è prescritto. La domanda di restituzione, in mancanza di disposizioni specifiche, non può essere presentata dopo due anni dal pagamento ovvero, se posteriore, dal giorno in cui si è verificato il presupposto per la restituzione”*.

(42) Di talché, *“se l'attore non si è cautelato ponendo in essere atti di costituzione di mora, si corre il rischio che il diritto si estingua ove sia maturato il termine di prescrizione al momento di estinzione del processo...”*.

1) con riguardo alle sanzioni amministrative tributarie l'applicabilità dell'art. 2945, co. 3, c.c., è esclusa, sul piano del diritto positivo, dall'art. 20, comma 3, del D.Lgs. nr. 472/1997 che, nello stabilire che *“il diritto alla riscossione della sanzione irrogata si prescrive nel termine di cinque anni. L'impugnazione del provvedimento di irrogazione interrompe la prescrizione, che non corre fino alla definizione del procedimento”*, contiene una disciplina, chiaramente, derogatoria di quella prevista in generale dal Codice civile;

2) con riguardo agli altri provvedimenti dell'Amministrazione finanziaria, la correttezza della sopra formulata conclusione si fonda sulla natura (sopra sinteticamente descritta) del giudizio tributario e sulle modalità attraverso cui il Fisco può esercitare la propria pretesa creditoria.

Giuste le previsioni di cui all'art. 2935 c.c., *“la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”*.

«La *communis opinio* in materia è nel senso che gli impedimenti, gli ostacoli di ordine legale all'esercizio del diritto inibiscono il decorso della prescrizione» (43).

Come noto, l'Amministrazione Finanziaria, nell'esercizio della potestà impositiva, esercita - per definizione - un'attività di carattere autoritativo, assoggettata al principio della riserva di legge, e, in particolare, al conseguente principio di tipicità e nominatività degli atti e provvedimenti adottati.

Pertanto, una volta espletata l'attività di controllo e di rilevazione della violazione mediante la formalizzazione di un'apposita pretesa impositiva entro i termini decadenziali previsti dalla legge, la possibilità che la stessa, in pendenza di giudizio, possa essere reiterata, è subordinata alla ricorrenza di situazioni specificamente previste dalla legge.

In particolare, l'art. 15 del D.P.R. nr. 602/73 stabilisce che *“Le imposte, i contributi ed i premi corrispondenti agli imponibili accertati dall'ufficio ma non ancora definitivi, nonché i relativi interessi, sono iscritti a titolo provvisorio nei ruoli, dopo la notifica dell'atto di accertamento, per un terzo degli ammontari corrispondenti agli imponibili o ai maggiori imponibili accertati”* (44).

---

(43) M. GERARDO, in *op. cit.*, p. 69. Si veda anche, in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., Sez. Lav., 26 maggio 2015, n. 10828, ove si legge: *“questa Corte ha già avuto modo di affermare (Cass., sentenza n. 21026 del 2014, ordinanza n. 3584 del 2012), l'impossibilità di far valere il diritto, alla quale l'art. 2935 c.c., attribuisce rilevanza di fatto impeditivo della decorrenza della prescrizione, è solo quella che deriva da cause giuridiche che ne ostacolano l'esercizio e non comprende anche gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto, per i quali il successivo art. 2941, prevede solo specifiche e tassative ipotesi di sospensione tra le quali, salvo l'ipotesi di dolo prevista dal n. 8 del citato articolo, non rientra l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto, né il dubbio soggettivo sulla esistenza di tale diritto ed il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento”*.

(44) *“La ratio sottesa alla disposizione di cui all'articolo 15 D.P.R. 602/73 - ossia il contemporaneo delle contrapposte esigenze del Fisco, di celere riscossione dei tributi, e del contribuente, di non anticipare il pagamento di somme che all'esito del giudizio tributario potrebbero risultare non dovute”* (cfr. Cass., Sez. VI - 5, 15 febbraio 2013, n. 3838).

A mente dell'art. 68 del D.Lgs. nr. 546/1992 (45) “*Anche in deroga a quanto previsto nelle singole leggi d'imposta, nei casi in cui è prevista la riscossione frazionata del tributo oggetto di giudizio davanti alle commissioni, il tributo, con i relativi interessi previsti dalle leggi fiscali, deve essere pagato: a) per i due terzi, dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale che respinge il ricorso; b) per l'ammontare risultante dalla sentenza della commissione tributaria provinciale, e comunque non oltre i due terzi, se la stessa accoglie parzialmente il ricorso; c) per il residuo ammontare determinato nella sentenza della commissione tributaria regionale ...* 2. *Se il ricorso viene accolto, il tributo corrisposto in eccedenza rispetto a quanto statuito dalla sentenza della commissione tributaria provinciale, con i relativi interessi previsti dalle leggi fiscali, deve essere rimborsato d'ufficio entro novanta giorni dalla notificazione della sentenza.* 3. *Le imposte suppletive [e le sanzioni pecuniarie] debbono essere corrisposte dopo l'ultima sentenza non impugnata o impugnabile solo con ricorso in cassazione ...”.*

Ne deriva che la possibilità per il Fisco di esigere il pagamento di quanto dovuto in forza del provvedimento è, *ab origine et ope legis*, condizionata nell'*an* e limitata nel *quantum* all'esito del giudizio instaurato dal contribuente dinnanzi alla competente Commissione Tributaria.

Orbene, se “*la pretesa tributaria vive di forza propria in virtù dell'atto impositivo in cui è stata formalizzata, e l'estinzione del processo travolge la sentenza impugnata, ma non l'atto amministrativo che - come noto - non è un atto processuale bensì l'oggetto dell'impugnazione*” (46), se “*l'opposizione avverso l'imposizione fiscale, infatti, integra una mera azione di accertamento negativo della legittimità della pretesa tributaria onde l'eventuale estinzione di tale processo di opposizione (nella specie, per mancata riassunzione davanti al giudice di rinvio) non può implicare l'estinzione dell'obbligazione tributaria, la quale anzi vive di forza propria per effetto dell'atto impositivo stesso ed in esso trova titolo costitutivo*” (47) e se «*la neutralizzazione del corso della prescrizione durante il processo, attuata dall'art. 2945, comma 2, si inquadra nel principio degli effetti sostanziali della domanda in virtù del quale la durata del processo, non può ridondare in danno della parte che ha ragione ...* » (48), deve necessariamente ritenersi che:

a) la *regula iuris* di cui all'art. 2945, co. 3, c.c. è destinata a trovare applicazione esclusivamente, nell'ambito dell'ordinario di giudizio di cognizione, nel quale è necessario l'intervento dell'Autorità giudiziaria al fine di attribuire o negare un determinato bene della vita, ma non già nei giudizi di natura impugnatoria aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Autorità ammini-

---

(45) Nella formulazione anteriore alle modifiche di cui al Decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 156.

(46) Cfr. Cass., Sez. V, 20 marzo 2015, n. 5605.

(47) Cfr. Cass., Sez. V, 20 marzo 2015, n. 5605.

(48) A. MUTARELLI, in *op. cit.*, p. 210.

strativa (per definizione esecutivi, esecutori e presuntivamente legittimi), nei quali l'intervento giurisdizionale è meramente eventuale ed azionabile esclusivamente da una delle parti necessarie del processo (49);

b) ove applicabile anche ai giudizi di natura impugnatoria, il nuovo termine di prescrizione comincia a decorrere non già dalla data di notifica del provvedimento amministrativo (ovvero dalla data di costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente (50)), bensì da quella della definitività dell'atto impugnato (da individuarsi nella scadenza dei termini per la riassunzione del giudizio previsti dall'art. 63, comma 1, del D.Lgs. nr. 546/1992), tanto più che, solo a partire da tale data ovvero solo in presenza di un provvedimento definitivo, il Fisco può esigere il pagamento dell'intero importo.

Diversamente opinando:

1) sarebbe incomprensibile sul piano logico (prima ancora che palesemente errata dal punto di vista giuridico) il principio di diritto, ripetutamente, affermato dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui l'Erario *“difetta di interesse ad impugnare la sentenza che dichiara l'estinzione del giudizio”*;

2) l'Amministrazione sarebbe onerata, al fine di evitare l'estinzione del giudizio e la conseguente prescrizione del proprio credito, a riassumere il giudizio; il che però non può mai accadere, in considerazione della natura impugnatoria del processo tributario e della circostanza che, in definitiva, la P.A. solleciterebbe un sindacato giurisdizionale sulla legittimità del proprio *agere* che, invece, l'ordinamento prevede esclusivamente in presenza di una *“reazione”* da parte del suo destinatario.

Da ultimo, non può non rilevarsi come, sul piano del diritto positivo, un ulteriore argomento a favore dell'inapplicabilità, *sic et simpliciter*, delle pre-

---

(49) Cfr. Cass., Sez. V, 20 febbraio 2013, n. 4145 ove si legge: *“il costante orientamento di questa Corte è nel senso che il giudizio davanti alle commissioni tributarie ha un oggetto necessariamente circoscritto al controllo della legittimità, formale e sostanziale, di uno degli specifici atti impositivi elencati nel D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 19 (e, prima, nel D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, art. 16), con indagine sul rapporto tributario limitata al riscontro della consistenza della pretesa fatta valere con gli atti medesimi, con conseguente incompatibilità con la struttura del processo atteso il suo carattere impugnatorio - della domanda riconvenzionale, da chiunque proposta (in questa prospettiva v. Cass. nn. 7407 del 2001, 4334 e 15317 del 2002)”*.

(50) In ragione della qualificabilità del ricorso proposto dinanzi al giudice tributario come *“azione di accertamento negativo della legittimità della pretesa tributaria”*. In tali situazioni, *“la richiesta di rigetto della domanda di accertamento negativo equivale infatti ad un'istanza di accertamento positivo dell'esistenza del diritto”* (così, M. GERARDO, *op. cit.*, p. 183). Si veda, in senso contrario, in giurisprudenza, Cass., Sez. III, 29 maggio 2014, n. 12058, ove si legge: *“è appena il caso di sottolineare che la richiesta di rigetto della domanda attrice (diretta all'accertamento negativo di un proprio debito) essendo volta funzionalmente ad esplicare un'attività difensiva di mera confutazione della domanda avversaria, non può svolgere efficacia interruttiva della prescrizione del diritto di credito vantato nei confronti del debitore nè, tanto meno, nei confronti del fideiussore, non costituendo una chiara esplicitazione di una pretesa, vale a dire, un'inequivoca manifestazione della volontà, non solo di veder riconoscere ma anche di far valere il proprio diritto, e cioè un'intimazione o un'espressa richiesta formale di adempimento idonea, in quanto tale, a mettere in mora la parte debitrice”*.

visioni di cui all'art. 2945, comma 3, c.c. ai giudizi di natura impugnatoria, è rappresentato dalla recente riforma del primo comma dell'art. 68 del D.Lgs. nr. 546/1992 ad opera del Decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 156 (51).

In particolare, *“all'art. 68 **al comma 1** è stata introdotta la lettera **c-bis**), allo scopo di precisare che nei casi in cui è prevista la riscossione frazionata del tributo oggetto di giudizio davanti alle commissioni, l'imposta con i relativi interessi deve essere pagata per l'ammontare dovuto nella pendenza del giudizio di primo grado dopo la sentenza della corte di cassazione di annullamento con rinvio e per l'intero importo indicato nell'atto in caso di mancata riassunzione.*

*Si è in tal modo colmata una lacuna legislativa in ordine ai poteri degli enti impositori di riscuotere il tributo dopo una sentenza della Corte di Cassazione di annullamento con rinvio, che ad oggi porta gli uffici ad agire in modo diversificato (talvolta con la iscrizione a ruolo dell'intero importo). Come già accennato, la scelta è stata quella di consentire la riscossione del tributo nella misura prevista nella pendenza del giudizio di primo grado.*

*Si è ritenuto altresì di codificare il principio costantemente affermato dalla giurisprudenza, secondo cui in caso di omessa riassunzione dopo il rinvio si estingue l'intero giudizio e diventa definitivo l'atto originariamente impugnato. Anche di recente la Corte di Cassazione ha infatti ribadito che “nel giudizio tributario, ove nessuna delle parti si sia attivata per la riassunzione ai sensi dell'art. 392 c.p.c., l'intero processo si estingue, determinandosi la definitività dell'avviso di accertamento che ne costituiva l'oggetto (Cass. n. 16689/2013). L'estinzione del giudizio ex art. 393 c.p.c. comporta infatti il venir meno dell'intero processo, ed in forza dei principi in materia d'impugnazione dell'atto tributario, la definitività dell'avviso di accertamento e l'integrale accoglimento delle ragioni erariali (Cass. n. 5044/2012 e in precedenza Cass. n. 3040 del 2008 e n. 1824 del 2005)” (Cass. 9.7.2014 n. 15643). L'espressa previsione degli effetti della mancata riassunzione ha lo scopo di rendere chiare, soprattutto ai contribuenti, le conseguenze pregiudizievoli che derivano dalla mancata riassunzione del giudizio, indipendentemente da quale parte sia risultata vittoriosa in cassazione” (52).*

---

(51) All'uopo, si riproduce il testo del primo comma dell'art. 68 del D.Lgs. nr. 546/1992, come modificato dall'art. 9, comma 1, lett. ff), n. 1), D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 156, ove si legge: “1. Anche in deroga a quanto previsto nelle singole leggi d'imposta, nei casi in cui è prevista la riscossione frazionata del tributo oggetto di giudizio davanti alle commissioni, il tributo, con i relativi interessi previsti dalle leggi fiscali, deve essere pagato: a) per i due terzi, dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale che respinge il ricorso; b) per l'ammontare risultante dalla sentenza della commissione tributaria provinciale, e comunque non oltre i due terzi, se la stessa accoglie parzialmente il ricorso; c) per il residuo ammontare determinato nella sentenza della commissione tributaria regionale; **c-bis) per l'ammontare dovuto nella pendenza del giudizio di primo grado dopo la sentenza della Corte di cassazione di annullamento con rinvio e per l'intero importo indicato nell'atto in caso di mancata riassunzione. Per le ipotesi indicate nelle precedenti lettere gli importi da versare vanno in ogni caso diminuiti di quanto già corrisposto”.**



*“Il decreto di riforma ha aggiunto, al comma 1, la lettera c-bis), allo scopo di precisare le modalità di riscossione del tributo nelle due diverse ipotesi della pendenza del giudizio di rinvio e della mancata riassunzione della causa, a seguito di una sentenza della Corte di cassazione di annullamento con rinvio.*

***Pertanto, nei casi in cui è prevista la riscossione frazionata del tributo oggetto di giudizio davanti alle commissioni tributarie, dopo la sentenza della Corte di cassazione di annullamento con rinvio, l'imposta, con i relativi interessi, deve essere pagata per l'ammontare dovuto nella pendenza del giudizio di primo grado e, in caso di mancata riassunzione, per l'intero importo indicato nell'atto.***

*In tale ultima ipotesi, in base a quanto previsto dall'articolo 63, comma 2, del decreto n. 546, se la riassunzione non avviene entro il termine di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza di cassazione con rinvio o si configura una causa di estinzione del giudizio di rinvio, l'intero processo si estingue.*

*La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che l'estinzione dell'intero processo comporta la caducazione di tutte le sentenze medio tempore pronunciate e la definitività dell'atto oggetto di impugnazione, con conseguente esigibilità delle somme richieste con il medesimo atto (ex multis, Cass. n. 2519 del 5 febbraio 2014; n. 16689 del 3 luglio 2013; n. 5044 del 28 marzo 2012; n. 3040 dell'8 febbraio 2008).*

*La Corte di cassazione ha altresì chiarito che l'estinzione del processo, relativamente al giudizio di rinvio, rende inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione proposta dall'Amministrazione finanziaria (cfr. Cass. n. 3040 dell'8 febbraio 2008 e n. 5044 del 28 marzo 2012).*

*In tal modo, il dettato della nuova lettera c-bis) si è allineato alla giurisprudenza della Corte, e la stessa relazione illustrativa al decreto di riforma ha evidenziato che “l'espressa previsione degli effetti della mancata riassunzione ha lo scopo di rendere chiare, soprattutto ai contribuenti, le conseguenze pregiudizievoli che derivano dalla mancata riassunzione del giudizio, indipendentemente da quale parte sia risultata vittoriosa in cassazione”.*

*Nel diverso caso in cui il giudizio di rinvio sia stato tempestivamente riassunto, la lettera c-bis) ha previsto che l'Amministrazione riscuota il tributo per l'ammontare dovuto nella pendenza del giudizio di primo grado, in analogia a quanto previsto per la riscossione provvisoria nei casi di impugnazione dell'atto impositivo.*

*Si osserva sul punto che con la circolare n. 48/E del 24 ottobre 2011, l'Agenzia ha precisato che, quando una sentenza di appello sia stata cassata con rinvio, “è principio fermo nella giurisprudenza di legittimità e nella riflessione della pressoché unanime dottrina processualistica che il giudizio di rinvio (...) costituisce una fase nuova ed autonoma, ulteriore e successivo momento del giudizio (...) diretto e funzionale ad una sentenza che non si sostituisce ad alcuna precedente pronuncia, riformandola, ma statuisce*

*direttamente sulle domande proposte dalle parti (Cass. 17 novembre 2000, n. 14892; Cass. 6 dicembre 2000, n. 15489; 23 settembre 2002, n. 13833; Cass. 28 gennaio 2005, n. 1824; Cass. 28 marzo 2009, n. 7536; Cass. 5 aprile 2011, n. 7781; Cass. 17 settembre 2010, n. 19701)”.*

*Nella successiva sentenza della Cassazione 11 novembre 2011, n. 23596, è stato ribadito che “dopo la cassazione con rinvio la sentenza di primo grado e la sentenza di appello cassata si trovano sempre esattamente nella stessa condizione di inefficacia, di impossibilità di reviviscenza e di insuscettibilità di passaggio in giudicato”.*

*Inoltre, in caso di riassunzione della causa, la circostanza che la sentenza cassata sia favorevole o sfavorevole all’Amministrazione, se non rilevante dal punto di vista giuridico (perché, come chiarito, tale sentenza viene caducata), è invece rilevante dal punto di vista operativo. Se, infatti, la sentenza di appello era favorevole all’Amministrazione, quest’ultima - a seguito di cassazione con rinvio - dovrà di regola operare uno sgravio parziale; diversamente, se la sentenza di appello era favorevole al contribuente, l’Amministrazione dovrà nuovamente procedere all’iscrizione a ruolo di un terzo del tributo oggetto di giudizio e dei relativi interessi” (53).*

Orbene, poiché il legislatore ha espressamente previsto che, in caso di estinzione del giudizio a seguito di rinvio dalla Corte di Cassazione, il contribuente è tenuto al pagamento dell’intero importo indicato nell’atto, sembra possibile affermare che:

a) il termine di prescrizione della pretesa creditoria comincia a decorrere soltanto dalla data di definitività dell’atto e non prima;

b) con riguardo al giudizio tributario, deve escludersi l’operatività della previsione di cui all’art. 2945, comma 3, c.c.

---

(53) Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate nr. 38/E del 29 dicembre 2015.

# CONTENZIOSO NAZIONALE

## **La Cassazione sull'esenzione fiscale degli atti di riassetto patrimoniale a seguito della separazione tra coniugi**

*CASSAZIONE, SEZIONE TRIBUTARIA CIVILE, SENTENZA 13 NOVEMBRE 2015 N. 23225 (\*)*

Segnalo la sentenza della Cassazione, recentemente depositata, in tema di esenzione dall'imposta del registro degli atti relativi alla separazione tra coniugi prevista dall'art. 19 della L. 74-87 (*"Tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o ... sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa"*).

Il caso riguardava la decadenza dalle agevolazioni prima casa, godute al momento dell'acquisto, da un contribuente che, prima del decorso dei cinque anni, aveva ceduto alla moglie la casa familiare, per le esigenze abitative di questa e della prole, in ottemperanza degli accordi di separazione omologati dal Tribunale. Riteneva l'Agenzia infatti che la norma in parola non potesse applicarsi anche all'acquisto agevolato perché stipulato prima della separazione.

Il ricorso, dopo ampio dibattito in prima sezione, era stato proposto più per ragioni di opportunità che per convinzione.

Con la sentenza allegata, la Corte ha - giustamente - affermato che la norma in tema di agevolazione prima casa va interpretata secondo la sua *ratio* nel senso che *"l'immobile acquistato con l'agevolazione fiscale per essere destinato a casa familiare resta tale, continuando innanzitutto a soddisfare la primaria esigenza di conservazione dell'habitat familiare in funzione della tutela della prole, con il solo adeguamento alla sopravvenuta cessazione della convivenza tra i coniugi"*.

La soluzione adottata pare più equa poiché altrimenti il coniuge, oltre a perdere la disponibilità della casa per effetto della separazione, sarebbe stato

---

(\*) Annotazione alla sentenza in rassegna inviata per email ai Colleghi dall'avv. Stato Carlo Maria Pisana in data 4 gennaio 2016.

gravato di un onere fiscale ulteriore, quale il recupero dell'agevolazione sul contratto di acquisto precedentemente stipulato, in contraddizione con la finalità della disposizione della L. 74-87, a mio avviso, volta a mantenere il contribuente indenne da imposizione in relazione a tutte le conseguenze del riassetto patrimoniale derivato dalla separazione.

*Carlo Maria Pisana*

**Cassazione, Sezione Quinta, sentenza 13 novembre 2015 n. 23225** - Pres. A. Merone, Rel. L. Napolitano, P.M. L. Cuomo (difforme) - Agenzia delle Entrate (avv. gen. Stato) c. V.M. (avv.ti M. Giuliani e G. Borelli).

#### Svolgimento del processo

L'Agenzia delle Entrate notificò al sig. V.M. avviso di liquidazione volto al recupero delle imposte di registro, ipotecaria e catastale ritenute dovute in misura ordinaria in relazione alla contestata decadenza dalla c.d. agevolazione prima casa relativamente all'acquisto di porzione di fabbricato avvenuto con atto del 9 luglio 2001, per avere il contribuente trasferito il predetto immobile, acquistato in regime di separazione dei beni, alla propria moglie nel quadro degli accordi di separazione consensuale omologati con decreto del Tribunale di Modena del 3 giugno 2002, senza provvedere, entro l'anno successivo, al riacquisto di altro immobile da adibire a propria abitazione principale.

Il V. impugnò l'atto impositivo dinanzi alla CTP di Modena, che accolse il ricorso.

Su appello dell'Ufficio la CTR dell'Emilia-Romagna, con sentenza n. 64/20/09, depositata il 12 giugno 2009, rigettò il gravame, ritenendo che la L. n. 74 del 1987, art. 19, fosse tale da conferire un diritto speciale da estendersi a qualunque onere fiscale che riguardi, anche se indirettamente, tutti gli atti comunque connessi con il dato oggettivo della separazione.

Avverso detta pronuncia ricorre per cassazione in forza di un solo motivo l'Agenzia delle Entrate. L'intimato resiste con controricorso.

#### Motivi della decisione

1. Con l'unico motivo l'Agenzia delle Entrate censura la sentenza impugnata per *"violazione e falsa applicazione della L. n. 74 del 1987, art. 19, e della nota II bis punto 4 della tabella allegata A tariffa parte prima al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 e ss. modificazioni in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3"*.

L'Amministrazione ricorrente censura come erronea in diritto la statuizione della sentenza impugnata, che ha ritenuto applicabile l'esenzione di cui alla L. n. 74 del 1987, art. 19, con riferimento all'atto del 2001, laddove l'Ufficio ne ha fatto corretta applicazione riguardo al trasferimento oggetto degli accordi di separazione consensuale intervenuti tra i coniugi ed omologati con decreto del Tribunale di Modena del 3 giugno 2002 (estraneo al *thema decidendum* del presente giudizio).

Ciò che, infatti, l'Ufficio ha contestato al contribuente, è la decadenza dall'agevolazione c.d. prima casa usufruita in relazione all'atto d'acquisto del 2001, per essere stato l'immobile ivi acquistato oggetto di nuovo trasferimento prima del decorso del quinquennio dall'atto medesimo, senza che il contribuente ne abbia acquistato, entro l'anno successivo dal trasferimento alla propria moglie in attuazione degli accordi di separazione, un altro da adibire a propria abitazione. L'Amministrazione finanziaria deduce quindi che l'esenzione di cui alla L. n. 74 del 1987,

art. 19, non possa applicarsi indistintamente a tutti gli atti che i coniugi stipulino "in occasione" del procedimento di separazione o divorzio, ma solo a quelli "relativi", termine inteso come "inerenti", ai predetti procedimenti.

1.1. Preliminarmente va dato atto che, risultando ancora applicabile *ratione temporis* al presente giudizio, avente ad oggetto ricorso per cassazione avverso sentenza della CTR dell'Emilia-Romagna depositata il 12 giugno 2009, l'art. 366 *bis* c.p.c., l'illustrazione dell'unico motivo addotto a fondamento del ricorso proposto dall'Agenzia delle Entrate è concluso da idoneo quesito di diritto.

1.2. Va, ancora, in primo luogo, disattesa, in quanto infondata, l'eccezione della controricorrente in ordine alla pretesa inammissibilità del motivo (e quindi del ricorso sullo stesso unicamente basato) perchè teso, in realtà, a sollecitare alla Corte il riesame nel merito.

Posto che i fatti sono pacifici, nel senso che è indiscusso che si verta in proposito in tema di revoca di agevolazione c.d. prima casa, della quale il contribuente aveva usufruito circa un anno prima del nuovo trasferimento dell'immobile alla moglie in attuazione degli accordi di separazione, correttamente l'Agenzia delle Entrate ha censurato l'*error in indicando*, con riferimento alle disposizioni di legge indicate in rubrica, nel quale ritiene sia incorso il giudice di merito nel riferire l'applicabilità della L. n. 74 del 1987, art. 19, all'atto del 2001, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

1.3. Il ricorso è peraltro infondato e va rigettato.

Come è noto, per quanto qui interessa, per effetto della sentenza della Corte costituzionale 10 maggio 1999, n. 154, il regime di esenzione di cui alla L. n. 74 del 1987, art. 19, è stato esteso anche a tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale tra i coniugi. È circostanza incontrovertita, in fatto, che il V. acquistò da terzi, usufruendo della agevolazione prima casa ai fini delle imposte di registro, ipotecaria e catastale, l'immobile adibito a casa familiare, poi ceduto alla moglie l'anno successivo in attuazione degli accordi di separazione consensuale omologata, affinché restasse destinata ad abitazione della prole minore affidata alla madre secondo i suddetti accordi.

Si tratta di verificare quindi se il trasferimento immobiliare, prima del decorso del quinquennio dall'acquisto per il quale il contribuente aveva usufruito dell'agevolazione, non seguito dall'acquisto di altro immobile da adibire a propria abitazione, possa integrare alienazione rilevante ai fini della decadenza dal c.d. beneficio "prima casa".

Questa Corte ha di recente già affermato il principio secondo cui *"l'attribuzione al coniuge della proprietà della casa coniugale in adempimento di una condizione inserita nell'atto di separazione consensuale, non costituisce una forma di alienazione dell'immobile rilevante ai fini della decadenza dai benefici prima casa; bensì una forma di utilizzazione dello stesso ai fini della migliore sistemazione dei rapporti tra coniugi, sia pure al venir meno della loro convivenza e proprio in vista della cessazione della convivenza stessa"* (cfr. Cass. civ. sez. 6<sup>^</sup> - V ord. 18 febbraio 2014, n. 3753).

A detto principio, che s'inserisce in un quadro normativo volto alla sempre più marcata valorizzazione dell'autonomia privata nell'ambito della disciplina dei rapporti familiari, ritiene la Corte di dover dare continuità.

Ciò in ragione del decisivo rilievo - avuto riguardo anche a quella che è la *ratio* propria dell'agevolazione fiscale c.d. prima casa (favorire l'acquisizione in proprietà della casa da destinare ad abitazione propria e quindi del proprio nucleo familiare) - che appare assolutamente prevalente, nella fattispecie in esame, rispetto al tipo negoziale, la valutazione della causa ad esso esterna, che si connota della funzione solutoria degli obblighi legali di mantenimento, in

forza della quale l'immobile acquistato con l'agevolazione fiscale per essere destinato a casa familiare resta tale, continuando quindi innanzitutto a soddisfare la primaria esigenza della conservazione dell'*habitat* familiare in funzione di tutela della prole, con il solo adeguamento alla sopravvenuta cessazione della convivenza tra i coniugi.

Tale conclusione, oltre ad essere in linea con l'interpretazione di questa Corte volta ad affermare la ricorrenza dei benefici in questione nel quadro degli accordi di negoziazione della crisi familiare, purchè intervengano sempre tra i coniugi (cfr., più di recente, Cass. civ. sez. 5<sup>a</sup> 17 gennaio 2014, n. 860), non appare distonica rispetto alla stessa impostazione dei principali documenti di prassi dell'Amministrazione, riguardanti l'ambito applicativo dell'estensione del beneficio di cui alla L. n. 74 del 1987, art. 19, (cfr. circolare 27/E del 21 giugno 2012, richiamata dalla circolare n. 18/E del 29 maggio 2013, e circolare 2/E del 21 febbraio 2014 dell'Agenzia delle Entrate, par. 9.2).

1.4. Le considerazioni dinanzi svolte hanno carattere assorbente rispetto all'ulteriore questione posta dal contribuente, cioè se l'aver trasferito alla moglie, in attuazione degli accordi di separazione, l'immobile prima del quinquennio dall'acquisto, senza procedere nell'anno successivo a nuovo acquisto d'immobile da adibire a propria abitazione, mancando le relative possibilità economiche, possa costituire causa di forza maggiore, evitando ciò al contribuente d'incorrere quindi nell'ipotesi prevista di decadenza dall'agevolazione prima casa usufruita nell'acquisto del 2001.

2. Possono essere compensate tra le parti le spese del presente giudizio di legittimità, avuto riguardo alla formazione dell'orientamento in materia, rispetto al quale la presente decisione si pone in continuità, in epoca successiva alla proposizione del presente ricorso.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese del presente giudizio di legittimità. Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 7 ottobre 2015.

## Il principio della *compensatio lucri cum danno* tra vecchi e nuovi orientamenti della Corte di Cassazione

NOTA A CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TERZA, ORDINANZA 5 MARZO 2015 N. 4447

*Francesco Molinaro\**

**SOMMARIO:** 1. Il caso - 2. La *compensatio lucri cum danno* - 3. La *compensatio lucri cum danno* tra cumulabilità e detraibilità del risarcimento del danno con l'indennizzo.

### 1. Il caso.

La vicenda sottoposta all'esame della Corte di Cassazione aveva ad oggetto un incidente sciistico nel quale perdeva la vita un cittadino tedesco.

L'ente previdenziale tedesco "Deutsche Rentenversicherung Bund" chiamava in giudizio, dinanzi il Tribunale di Trento, il soggetto che riteneva responsabile dell'incidente, chiedendo l'accertamento della sua esclusiva responsabilità nella causazione del sinistro e la condanna alla rifusione dell'importo dovuto dall'ente previdenziale agli eredi della vittima, a titolo di pensione di reversibilità.

Nei primi due gradi di giudizio veniva respinta la pretesa avanzata dall'ente previdenziale, in quanto si riteneva che questo non potesse agire in via surrogatoria nei confronti del presunto responsabile del sinistro, atteso che le somme ricevute dai congiunti della vittima non venivano erogate in conseguenza del fatto illecito, ma sulla base del contratto di assicurazione stipulato dal *de cuius* e delle condizioni di legge.

Visto l'esito negativo dei primi due gradi di giudizio, l'ente previdenziale tedesco "Deutsche Rentenversicherung Bund" proponeva ricorso dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione.

La Corte di Cassazione rilevava che sulla questione si erano alternati, nelle pronunce della Suprema Corte, due differenti orientamenti: il primo ammetteva, in conseguenza del fatto illecito, la cumulabilità della somma risarcitoria, a titolo di danno patrimoniale, con le prestazioni erogate dall'assicuratore sociale o dall'ente previdenziale in quanto avevano fondamento in titoli diversi. Di conseguenza escludeva l'applicabilità della *compensatio lucri cum danno*; il secondo, invece, escludeva il cumulo del risarcimento del danno con le prestazioni erogate dall'assicuratore sociale o dell'ente previdenziale in conseguenza del fatto illecito, in quanto il beneficio, erogato dall'assicuratore sociale o dall'ente previdenziale, aveva lo scopo di limitare il danno patrimoniale subito dai congiunti della vittima, con ciò elidendosi *in parte qua* l'esistenza del danno risarcibile. Di conseguenza ammetteva l'applicabilità della *compensatio lucri cum danno*.

---

(\*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

Alla luce di tali differenti orientamenti la Suprema Corte, con l'ordinanza n. 4447 del 5 marzo 2015, riteneva opportuno investire le Sezioni Unite della questione concernente la portata del principio della *compensatio lucri cum damno* nell'ambito delle conseguenze risarcitorie da fatto illecito in relazione alla limitazione del diritto al risarcimento del danno della vittima, in funzione del quale diritto l'ente previdenziale possa esercitare l'azione di surrogazione ad esso spettante nei confronti del responsabile civile.

## 2. La *compensatio lucri cum damno*.

Prima di esaminare i distinti orientamenti, emersi nella giurisprudenza di legittimità sulla portata della *compensatio lucri cum damno*, si reputa opportuno inquadrare tale istituto.

La *compensatio lucri cum damno* si può definire come “*il principio che, nella determinazione del danno contrattuale o extracontrattuale, impone di tener conto dell'eventuale vantaggio che il fatto illecito abbia procurato al danneggiato, non potendo il risarcimento risolversi in un arricchimento*” (1).

La *compensatio lucri cum damno* è un principio elaborato dalla giurisprudenza in quanto non è espressamente sancito in nessuna norma.

Tale principio ha le sue origini nel diritto romano e, secondo alcuni autori, è stato uno dei capisaldi nella costruzione del danno secondo la teoria della differenza (2).

Il principio della *compensatio* è riemerso ad inizi del Novecento, in occasione della stampa, ad opera di Francesco Leone, di un saggio avente ad oggetto la riscoperta del principio romanistico.

Tuttavia, è nel dopoguerra, con il Trattato sul danno di Adriano De Cupis, che la *compensatio lucri cum damno* si consacra quale principio applicabile alle nuove fattispecie emerse nella responsabilità civile, attesa la sua funzione di equità (3).

Per le importanti finalità che persegue, nell'ambito della liquidazione del danno, è stato ammesso, nel diritto comunitario, tra i principi di diritto comune (Risoluzione n. 75/7 del Consiglio d'Europa) (4).

Il principio della *compensatio lucri cum damno*, quindi, impone di tenere in considerazione, nella determinazione del danno, anche delle conseguenze positive. Sebbene, normalmente, le conseguenze patrimoniali, derivanti da un fatto illecito siano negative, in alcuni casi potrebbero dare luogo anche a conseguenze positive per il danneggiato, ad es. un incremento patrimoniale (5).

---

(1) V. COLONNA, *Vajont: ultimo atto*, in *Danno e responsabilità*, 1996, 693.

(2) M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno*, in *Responsabilità civile*, 2010, 1.

(3) U. IZZO, *La compensatio lucri cum damno come “latinismo di ritorno”*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 1738.

(4) F. LO IUDICE, *In tema di compensatio lucri cum damno: una conferma dalla giurisprudenza di legittimità*, in *Giustizia Civile*, 1999, 223.



L'eventualità che il danneggiato si possa trovare in una situazione migliore rispetto a quella anteriore al fatto dannoso, violerebbe la funzione riequilibratrice del danno (6).

Per scongiurare tale risultato, la *compensatio lucri cum damno* ridurrà o estinguerà l'obbligazione risarcitoria proporzionalmente al lucro che il fatto illecito ha provocato nel patrimonio del danneggiato (7). In tal modo verrà rispettata la regola generale posta a fondamento del risarcimento integrale del danno, in base alla quale il danno non può eccedere la misura dell'interesse leso, divenendo fonte di lucro per il danneggiato (8).

La Corte di Cassazione ha precisato che la *compensatio lucri cum damno* “*non integra ragione di diniego in tutto o in parte della responsabilità risarcitoria*” (9) ma attiene al *quantum*, ossia assicurerà che al momento della liquidazione siano tenuti in considerazione tutti i vantaggi che siano ricollegabili all'illecito (10).

Tale principio, quindi, mira a garantire che nella liquidazione del danno si tengano in considerazione sia gli aspetti negativi del danno che quelli positivi.

Nonostante il principio della *compensatio* non abbia alcun riferimento normativo, la prevalente giurisprudenza e dottrina hanno ravvisato il fondamento di tale principio, in ambito contrattuale ed extracontrattuale, nel combinato disposto dagli articoli 1223 e 2056 del codice civile, in base ai quali il danno risarcibile deve essere limitato solo alle conseguenze immediate e dirette (11) e, quindi, sia comprensivo del danno emergente e del lucro cessante, in ossequio al principio dell'integralità del risarcimento (12).

A tale orientamento si è, tuttavia, contrapposto quello che negava la portata generale del principio della *compensatio lucri cum damno*. Tale orientamento giustificava il proprio assunto in base alle seguenti ragioni.

Innanzitutto non è possibile individuare un preciso riferimento normativo della *compensatio*, in quanto dall'art. 1223 c.c. non è possibile desumere il principio in argomento, poiché tale norma non fa alcun richiamo alla compensazione tra conseguenze negative e positive dell'illecito, ma si limita solo a considerare le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito.

(5) F.S. ANGELO, *La compensatio lucri cum damno: contrasti ed incertezze della giurisprudenza*, in *Danno e responsabilità*, 2000, 516.

(6) V. CARBONE, *La compensatio lucri cum damno tra ambito del danno risarcibile e rapporto di causalità*, in *Danno e Responsabilità*, 1996, 430.

(7) C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, 167.

(8) G. BORDOLLI, *Una fortunata sventura: quando l'illecito fa arricchire il danneggiato. La casazione spesso esclude la compensatio lucri cum damno*, in *Diritto e giustizia*, 2004, 84.

(9) Cass. Civ. Sez. I 22 giugno 1990 n. 6278, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, 182.

(10) V. COLONNA, *Vajont: ultimo atto*, in *Danno e responsabilità*, 1996, 693.

(11) F.A. MAGNI, *Divieto di cumulo di indennizzo assicurativo e risarcimento del danno: una decisione apparentemente innovativa e non del tutto convincente*, in *Corriere giuridico*, 2015, 660.

(12) F. LO IUDICE, *In tema di compensatio lucri cum damno: una conferma dalla giurisprudenza di legittimità*, in *Giustizia Civile*, 1999, 223.

Tale orientamento, inoltre, rileva che il principio in questione è stato, raramente, applicato, essendo stato il più delle volte preso in considerazione solo al fine di escluderne l'applicazione (13).

Si ritiene, soprattutto, che il lucro non incide sull'entità effettiva del danno sofferto dal danneggiato in quanto costituisce un vantaggio patrimoniale autonomamente acquisito dal danneggiante (14).

Tra i due orientamenti si è affermato quello favorevole alla *compensatio lucri cum damno*. Tale principio, tuttavia, è stato ritenuto applicabile solo in alcune specifiche ipotesi.

L'orientamento favorevole all'operatività della *compensatio lucri cum damno* ha individuato quattro elementi in presenza dei quali si può ritenere applicabile il principio in questione:

- a) sussistenza del danno risarcibile;
- b) vantaggio ottenuto dalla vittima;
- c) sussistenza di una causalità giuridica immediata e diretta delle poste in “compensazione”;
- d) medesima natura giuridica dei benefici patrimoniali (15).

Pertanto, una volta ritenuto applicabile tale principio nel nostro ordinamento, i dibattiti su di esso si sono orientati sulla necessaria presenza o meno di tutti i quattro requisiti. In alcune pronunce, infatti, la Suprema Corte ha giustificato la compensazione del lucro con il danno, tra indennizzo e risarcimento, non considerando rilevante il criterio afferente alla medesima natura giuridica dei benefici patrimoniali.

Il contrasto tra le diverse posizioni sulla portata del principio della *compensatio lucri cum damno* è emerso chiaramente nel 2014 laddove la Suprema Corte, a distanza di pochi mesi, ha dato soluzioni diverse sulla portata di tale principio.

Nella sentenza n. 13537 del 13 giugno del 2014 ha ammesso la detraibilità dal risarcimento del danno delle somme precedentemente corrisposte a titolo di indennizzo, affermando che: “*In tema di danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui, dall'ammontare del risarcimento deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità percepita dal superstite in conseguenza della morte del congiunto, attesa la funzione indennitaria assolta da tale trattamento, che è inteso a sollevare i familiari dallo stato di bisogno derivante dalla scomparsa del congiunto, con conseguente esclusione, nei limiti del relativo valore, di un danno risarcibile*” (16).

Nella sentenza n. 20548 del 30 settembre 2014, viceversa, ha ammesso

(13) M. PRATI, *Compensatio lucri cum damno*, in *Contratti*, 2003, 13.

(14) C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, 168.

(15) D. CERINI, *Danno e risarcimento: coerenze (e incoerenze) nell'applicazione del principio di compensatio lucri cum damno*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 25.

(16) Cass. Civ. Sez. III 13 giugno 2014, n. 13537, in *Foro Italiano*, 2014, 2470.

la cumulabilità dell'indennizzo con il risarcimento del danno, affermando che: *“In tema di risarcimento del danno da illecito, il principio della "compensatio lucri cum damno" trova applicazione unicamente quando sia il pregiudizio che l'incremento patrimoniale siano conseguenza del medesimo fatto illecito, sicché non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di inabilità o di reversibilità, ovvero a titolo di assegni, di equo indennizzo o di qualsiasi altra speciale erogazione connessa alla morte o all'invalidità, trattandosi di attribuzioni che si fondano su un titolo diverso dall'atto illecito e non hanno finalità risarcitorie”* (17).

La diversità degli orientamenti emersi in seno alla giurisprudenza di legittimità hanno portato la Terza Sezione della Corte di Cassazione alla rimessione degli atti al Primo Presidente, per l'assegnazione della questione alle Sezioni Unite (18).

### *3. La compensatio lucri cum damno tra cumulabilità e detraibilità del risarcimento del danno con l'indennizzo.*

La questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 4447 del 5 marzo 2015, attiene alla possibilità di poter detrarre dal risarcimento del danno quanto percepito dal danneggiato a titolo di pensione di reversibilità.

Invero, si deve precisare che la suddetta questione non concerne solo la pensione di reversibilità, ma ogni altro importo di cui il danneggiato ha beneficiato in virtù di una legge o contratto (es. indennizzo, pensione di inabilità e qualsiasi altra speciale erogazione) (19).

Preliminarmente occorre precisare che la differenza tra risarcimento e indennizzo consiste nel fatto che, mentre il risarcimento del danno è volto a ripristinare la situazione precedente alla verifica del danno, l'indennizzo è un intervento riparatore economico volto a tutelare la vittima per un danno accidentale (20), non necessariamente commisurato all'effettiva entità del danno subito e verrà determinato in base a parametri previsti dalla legge o dal contratto (21).

Nell'ordinanza di rimessione la Corte di Cassazione, innanzitutto, ha dato atto dei due diversi orientamenti seguiti nelle pronunce della Suprema Corte.

(17) Cass. Civ. Sez. III, 30 settembre 2014 n. 20548, in *Giustizia Civile Massimario*, 2014.

(18) R. SAVOIA, *Applicabilità del principio della compensatio lucri cum damno nell'ambito delle conseguenze risarcitorie da fatto illecito, spetterà alle Sezioni Unite decidere*, in *Diritto e giustizia*, 2015, 39.

(19) C. CERRI, *Applicabilità della compensatio lucri cum damno: l'ultima parola spetta alle Sezioni Unite*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 1020.

(20) D. CHINDEMI, *Ottica risarcitoria e ottica indennitaria*, in P. CENDON, *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale, danno biologico, esistenziale e morale*, Torino, 2008, 141.

(21) M. SANNA, *Polizza infortuni e natura del debito di indennizzo dell'assicuratore*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, 1297.

Il primo orientamento, maggiormente seguito, esclude l'applicabilità della *compensatio lucri cum damno* poiché ritiene che dalla somma riconosciuta a titolo di risarcimento del danno non si può detrarre quanto già percepito dal danneggiato a titolo di indennizzo, in quanto risarcimento del danno ed indennizzo hanno fondamento in diversi titoli: il primo ha fondamento nell'illecito, mentre il secondo ha fondamento nella legge.

Tra le pronunce sfavorevoli alla detraibilità delle somme indennitarie dalle somme risarcitorie si può citare una sentenza della Corte di Cassazione, laddove si è affermato: “*sottende che il danno e l'incremento patrimoniale discendano entrambi con rapporto immediato e diretto dallo stesso fatto, sicché, se ad alleviare le conseguenze dannose subentra una circostanza che ha titolo diverso ed indipendente dal fatto illecito, di tale circostanza non può tenersi conto nella liquidazione del danno*” (22).

Tale orientamento, inoltre, è stato sapientemente spiegato dalla Suprema Corte in occasione del disastro del Vajont (23), in cui ha affermato che i contributi concessi dallo Stato ai comuni coinvolti nel suddetto disastro non possono essere detratti della somma dovuta agli stessi a titolo di risarcimento, in quanto hanno titolo in un atto di solidarietà nazionale e non nel fatto illecito (24).

Pertanto, si è esclusa la cumulabilità tra indennizzo e risarcimento poiché il primo aveva titolo in un contributo solidaristico riconosciuto nei confronti delle vittime del disastro, mentre il secondo aveva titolo nella responsabilità extracontrattuale di terzi (25).

Il secondo orientamento, più recente, ammette l'applicabilità della *compensatio lucri cum damno* in quanto ritiene prevalente l'esigenza di evitare che il danneggiato possa godere per il medesimo fatto lesivo di due diverse attribuzioni patrimoniali, conseguendo un ingiustificato arricchimento (26).

Il cambio di rotta che ha portato a riconoscere, in alcune pronunce della Suprema Corte, tale orientamento si è avuto alla fine del secolo scorso, grazie ad una pronuncia del Tribunale di Roma resa in materia di emotrasfusioni laddove si è riconosciuta sia la somma risarcitoria a titolo di responsabilità extracontrattuale e sia l'indennizzo previsto dalla legge n. 210/1992 (27).

Il tribunale capitolino nella presente pronuncia, sebbene non abbia espresamente richiamato il principio della *compensatio lucri cum damno*, ha rite-

---

(22) Cass. Civ. Sez. III, 10 ottobre 1988, n. 5464, in *Giustizia civile massimario*, 1988.

(23) Cass. Civ. Sez. III, 19 giugno 1996 n. 5650, in *Foro Italiano*, 3062.

(24) V. COLONNA, *Vajont: ultimo atto*, in *Danno e responsabilità*, 1996, 693.

(25) C. CERRI, *Applicabilità della compensatio lucri cum damno: l'ultima parola spetta alle Sezioni Unite*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 1020.

(26) M. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come eccezione rilevabile d'ufficio*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, 666.

(27) Trib. Roma, 8 gennaio 2003, in *Diritto e formazione*, 2003, 699.

nuto possibile lo scomputo dalla somma risarcitoria di quanto, già, percepito dal danneggiato a titolo di indennizzo, affermando che *"la diversa natura giuridica delle due attribuzioni, tuttavia, non giustifica il cumulo integrale di indennizzo e risarcimento, se si considera che il primo trova, pur sempre, causa diretta nell'interesse dello Stato a venire incontro alle esigenze economiche di chi abbia riportato danni permanenti all'integrità psico-fisica conseguenti a infezione contratta a seguito di contatto con sangue e danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali"* (28).

Tale orientamento è stato successivamente seguito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (29) che, richiamando il principio della *compensatio lucri cum damno*, hanno ammesso lo scomputo dalle somme erogate a titolo di risarcimento del danno di quanto già corrisposto al danneggiato a titolo di indennizzo, altrimenti questo godrebbe di un ingiustificato arricchimento (30).

Dalla presente trattazione, quindi, si è potuto notare che le problematiche inerenti all'applicabilità del principio della *compensatio lucri cum damno*, in presenza di congiunta attribuzione di somme risarcitorie e somme indennitarie, attengono sostanzialmente all'identità di titolo che deve sussistere tra il lucro e il danno.

Ad avviso di chi scrive, dovrebbe preferirsi l'orientamento volto ad ammettere la *compensatio lucri cum damno* in presenza di congiunta attribuzione di indennizzo e risarcimento, in quanto deve ritenersi prevalente il principio dell'integralità del risarcimento rispetto al requisito dell'identità giuridica dei benefici patrimoniali.

Infatti, sebbene sia vero che indennizzo e risarcimento abbiano fonte in un diverso titolo, ciò non può ritenersi ostativo all'applicabilità della *compensatio* in quanto il risarcimento del danno e l'indennizzo, in concreto, perseguono il medesimo risultato, essendo volti a garantire al danneggiato una somma di danaro a ristoro della lesione, occasionata dal medesimo evento.

Ragionando diversamente, il danneggiato conseguirebbe un ingiustificato arricchimento poiché si troverebbe in una situazione patrimoniale migliore di

---

(28) D. CERINI, *Danno e risarcimento: coerenze (e incoerenze) nell'applicazione del principio di compensatio lucri cum damno*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 25.

(29) Cassazione Civile sez. Unite, 11 novembre 2008 n. 584, in *Giustizia civile massimario*, 2008, 35. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione espressamente affermano: *"Il diritto al risarcimento del danno conseguente al contagio da virus HBV, HIV o HCV a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto ha natura diversa rispetto all'attribuzione indennitaria regolata dalla legge n. 210 del 1992; tuttavia, nel giudizio risarcitorio promosso contro il Ministero della salute per omessa adozione delle dovute cautele, l'indennizzo eventualmente già corrisposto al danneggiato può essere interamente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno (compensatio lucri cum damno), venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto (il Ministero) due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo"*.

(30) G. TRAVAGLINO, *Indennizzo da emotrasfusione e legitimatio (passiva) ad causam*, in *Corriere merito*, 2011, 11.

quella in cui si trovava anteriormente all'evento lesivo, violando, così, il principio dell'integralità del risarcimento del danno (31).

Pertanto, la situazione di danno che deve essere coperta dal responsabile non può non tenere conto dei benefici che deriverebbero dall'indennizzo (32).

Inoltre, il principio della *compensatio lucri cum damno* consentirà, al giudice, di svolgere la funzione equitativa, personalizzando il risarcimento del danno, in modo da tenere in considerazione tutti gli effetti positivi e negativi prodotti dall'evento lesivo.

Infatti, laddove il giudice non svolgesse tale funzione si lederebbe il comune senso di giustizia poiché il danneggiato otterrebbe un lucro eccedente la situazione antecedente all'evento pregiudizievole (33).

Tale ragionamento è coerente con l'analisi economica del diritto poiché il danneggiato sarà collocato nella stessa curva di indifferenza dove si sarebbe trovato in assenza dell'evento lesivo. Questo risultato, viceversa, non si sarebbe ottenuto qualora si fosse riconosciuto al danneggiato, oltre al risarcimento, l'indennizzo in quanto avrebbe ottenuto un lucro dall'evento lesivo (34).

Per le ragioni suesposte dovrebbe, pertanto, riconoscersi portata generale al principio della *compensatio lucri cum damno*, anche in virtù del fatto che tale principio trova tutt'ora riconoscimento, sebbene non espressamente, in alcune disposizioni del codice civile: l'art. 1149 c.c. che permette la compensazione tra il diritto alla restituzione dei frutti e l'obbligo di rifondere al possessore le spese per produrli; l'art. 1479 c.c. che permette la compensazione tra il minor valore della cosa e il rimborso del prezzo, nel caso di vendita di cosa altrui e l'art. 1592 c.c. che permette la compensazione del credito del locatore per i danni alla cosa con il valore dei miglioramenti (35).

Alla luce di quanto sopra esposto, la questione su cui sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite è particolarmente importante, soprattutto per gli effetti che potrebbe produrre in capo alle assicurazioni. Quindi l'auspicio è che le Sezioni Unite prendano posizione sul tema enunciando i casi in cui potrà operare il principio della *compensatio lucri cum damno*. Tenendo presente che i principi enunciati si applicheranno anche a settori della responsabilità civile diversi da quelli menzionati dalla sentenza in commento.

---

(31) G. GRASELLI, *La portata del principio della compensatio lucri cum damno al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 1164.

(32) G. PONZANELLI, *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contratto e impresa*, 2015, 620.

(33) M. PRATI, *Compensatio lucri cum damno*, in *Contratti*, 2003, 13.

(34) C. PALMENTOLA, *La cumulabilità fra risarcimento e trattamento previdenziale: il contrasto va alle Sezioni Unite*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2015, 10841.

(35) A. SCHILLACI, *Nota a Cass. Sez. III, ord. 5 marzo 2015 n. 4447 sul "principio della compensatio lucri cum damno" in riferimento alle erogazioni previdenziali*, in <http://www.camminodiritto.it>.

**Cassazione civile, Sezione Terza, sentenza 5 marzo 2015 n. 4447** - Pres. G.M. Berruti, Rel. E. Vincenti, P.M. R.G. Russo (rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia U.E.) - Deutsche Rentenversicherung Bund (avv.ti G. Pafundi, M. Gabrieli e M. Wenter) c. Carige Assicurazioni s.p.a. (avv.ti F.A. Magni e G.A. Beccara), P.M. (avv.ti E. Esposito e E. Della Capanna).

*Ritenuto*

che, con sentenza resa pubblica il 29 giugno 2011, la Corte di appello di Trento - per quanto ancora rileva in questa sede - rigettava l'impugnazione proposta dal Deutsche Rentenversicherung Bund avverso la sentenza del Tribunale di Trento, sezione distaccata di Cavalese, con la quale (nel contraddittorio anche della Carige Assicurazioni S.p.A., chiamata in causa dal convenuto a titolo di manleva) era stata respinta la domanda avanzata dal medesimo ente tedesco per a far dichiarare l'esclusiva responsabilità di Pr. M. nella causazione dell'incidente sciistico, avvenuto in (omissis), nel quale aveva perso la vita B.V., nonchè - in forza di azione surrogatoria ai sensi del p. 116 del SGB tedesco (codice di previdenza sociale), opponibile al debitore italiano ex art. 85 del Regolamento CE n. 883 del 2004 - per sentir condannare lo stesso Pr. alla rifusione della somma complessiva di Euro 245.805,91, erogata o da erogare a titolo di pensione di reversibilità e di rendita orfani in favore del coniuge e dei figli minori della vittima del sinistro, assicurata presso esso Deutsche Rentenversicherung Bund;

che la Corte territoriale, confermando la decisione di primo grado, ribadiva l'applicabilità alla fattispecie dell'interpretazione fornita dalla sentenza 21 settembre 1999 della Corte di giustizia UE sull'art. 93 del Regolamento CE n. 1408 del 1971, poi sostituito dall'art. 85 del Regolamento CE n. 883/2004, "nel senso che, nel caso di un danno verificatosi nel territorio di uno Stato membro e che abbia comportato il versamento di prestazioni di previdenza sociale alla vittima o ai suoi aventi diritto da parte di un ente di previdenza sociale, ai sensi di detto regolamento, appartenente ad un altro Stato membro, i diritti che la vittima o i suoi aventi diritto hanno nei confronti dell'autore del danno e nei quali detto ente si può essere surrogato, nonchè i presupposti dell'azione di risarcimento dinanzi ai giudici dello Stato membro sul cui territorio il danno si è verificato, sono determinati conformemente al diritto di tale Stato, ivi comprese le norme di diritto internazionale privato che sono applicabili";

che la Corte di appello escludeva, quindi, che potessero trovare rilievo ai fini della decisione talune norme invocate dall'appellante (Regolamento CE n. 593/2008; Regolamento CE n. 864/2007), in quanto comunque sopravvenute al sinistro e non applicabili a contratti o fatti precedenti alla loro entrata in vigore; escludeva, altresì, che potesse ritenersi "obsoleta" la richiamata sentenza del 1999 della Corte di giustizia, là dove come tale era da intendersi, invece, la sentenza del 2 giugno 1994 della medesima Corte Europea, evocata dall'ente appellante, la quale era stata "superata dalla successiva decisione";

che il giudice di appello osservava, quindi, che il Deutsche Rentenversicherung Bund non poteva far valere "alcun diritto di surroga, posto che, in relazione alle prestazioni assistenziali rappresentate dalla pensione di reversibilità e dall'assegno di mantenimento ai figli minori, nessun diritto, nei confronti del terzo responsabile del danno (ovvero l'odierno appellato Pr., se ed in quanto responsabile), gli eredi del defunto B. potevano vantare, secondo il diritto interno", giacchè, alla luce della consolidata giurisprudenza di legittimità, "tale pensione e tale assegno non vengono attribuiti per il fatto che la persona offesa è stata vittima di un fatto illecito, ma solo perchè, sussistendone la condizione di legge o di contratto, l'offeso e i superstiti hanno diritto a quel determinato tipo di pensione";

che, in definitiva, le prestazioni ricevute dagli aventi causa della vittima del sinistro non

rientravano tra i danni patrimoniali "suscettibili di risarcimento in quanto derivanti dall'incidente sciistico", con la conseguenza che l'ente tedesco non poteva surrogarsi nei diritti di detti aventi causa in forza del p.116 del SGB;

che, inoltre, la Corte territoriale ribadiva la correttezza dell'interpretazione fornita dal primo giudice quanto alla disciplina applicabile in relazione alla surroga esercitata ai sensi dell'art. 1916 cod. civ., quale norma invocata in subordine dall'ente appellante (ossia l'operatività di detto art. 1916 in forza della L. n. 218 del 1995, art. 62, una volta esclusa l'applicabilità del p. 116 SGB, con la conseguenza che la surroga era da escludersi sia perchè la prescritta comunicazione al Pr. era avvenuta soltanto nell'aprile del 2006, mentre già nel settembre 2004 gli aventi causa del B. "erano stati tacitati di ogni pretesa dall'Assicurazione del convenuto, rilasciando ampia quietanza liberatoria");

che, pertanto, il giudice di appello, alla luce di quanto innanzi considerato, riteneva ir-rilevante "il concreto accertamento dell'eventuale esclusiva responsabilità dell'appellato Pr.";

che per la cassazione di tale sentenza ricorre il Deutsche Rentenversicherung Bund sulla base di un unico motivo, con cui denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 93 del Reg. CE n. 1408/1971 e successivo art. 85 del Reg. CE n. 883/2004 (ponendo in dubbio la portata del principio espresso dalla citata sentenza della Corte di giustizia e la sua rilevanza nella fattispecie); in ogni caso, instando preliminarmente per la rimessione alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE (attualmente art. 267 del TFUE), della questione interpretativa dell'art. 93 del Reg. CE n. 1408/1971, sostituito dall'art. 85 del Reg. CE n. 883/2004;

che resistono con separati controricorsi Pr. Mi. e la Carige Assicurazioni S.p.A., avendo entrambi svolto ricorso incidentale condizionato sulla base di un unico motivo;

che il Deutsche Rentenversicherung Bund ha resistito con controricorso ai ricorsi incidentali condizionati;

che la Carige Assicurazioni S.p.A. ha depositato memoria ex art. 378 cod. proc. civ.

#### *Considerato*

che il ricorso pone la questione dei limiti dell'azione di surrogazione esercitabile da un ente previdenziale di uno Stato membro, diverso dallo Stato nel cui territorio si è verificato il danno, per le prestazioni previdenziali erogate alla vittima o ai suoi aventi causa: nella specie, si tratta di un ente tedesco di assicurazione pensionistica che ha versato agli aventi causa del proprio assicurato - il defunto B.V., cittadino tedesco vittima di un sinistro sciistico mortale verificatosi nel nostro Paese - la somma complessiva di Euro 245.805,91 a titolo di pensione di reversibilità in favore del coniuge e di rendita orfani in favore dei figli minori;

che tale *quaestio iuris*, giacchè risolta dal giudice del merito in modo negativo per l'ente attualmente ricorrente (nel senso di escludere in capo ad esso il diritto di surroga), ha assunto, nella concreta vicenda processuale, carattere assorbente rispetto alla stessa verifica della responsabilità per il sinistro mortale occorso al predetto B.: in tal senso, dovranno intendersi soltanto come virtuali i riferimenti ai concetti di fatto illecito, danno e responsabilità imposti dal preliminare scrutinio della questione in diritto;

che, quanto alla disciplina rilevante ai fini della decisione, l'art. 93 del Regolamento CEE n. 1408/1971 del Consiglio del 14 giugno 1971 ("relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità"), nel disciplinare i "Diritti delle istituzioni debitorie nei confronti di terzi responsabili", dispone (per che ciò che interessa):



*"1. Se, in virtù della legislazione di uno Stato membro, una persona beneficia di prestazioni per un danno risultante da fatti verificatisi nel territorio di un altro Stato membro, gli eventuali diritti dell'istituzione debitrice nei confronti del terzo tenuto a risarcire il danno sono disciplinati nel modo seguente: a) quando l'istituzione debitrice è surrogata, in virtù della legislazione che essa applica, nei diritti che il beneficiario ha nei confronti del terzo, tale surrogazione è riconosciuta da ogni Stato membro";*

che, peraltro, la citata disposizione è stata sostituita da quella dettata dall' art. 85 del Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 ("relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale") - che ha abrogato, salvo per determinati fini, il precedente Reg. n. 1408/1971 a decorrere dalla data di applicazione del Reg. n. 833 (correlata all'emanazione del regolamento di applicazione: artt. 90 e 91) - che, in ogni caso, ripropone l'identico testo della precedente art. 85 (Diritti delle istituzioni): *"1. Se, In virtù della legislazione di uno Stato membro, una persona beneficia di prestazioni per un danno risultante da fatti verificatisi in un altro Stato membro, gli eventuali diritti dell'istituzione debitrice nei confronti del terzo, tenuto a risarcire il danno, sono disciplinati nel modo seguente: a) quando l'istituzione debitrice è surrogata, in virtù della legislazione che essa applica, nei diritti che il beneficiario ha nei confronti del terzo, tale surrogazione è riconosciuta da ogni Stato membro";*

che la norma Europea applicabile *ratione temporis* dovrebbe essere quella in vigore al momento del pagamento della prestazione da parte della "istituzione debitrice" (ossia, esemplificando, l'ente previdenziale o l'assicuratore sociale, là dove, più propriamente, secondo la sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 1984, in C-313/82, *"Il termine istituzione di cui all' art. 93, del regolamento n. 1408/71, designa, per ciascuno Stato membro, l'ente o l'autorità incaricata di applicare, in tutto o in parte, la normativa di uno Stato relativa ai settori o ai regimi di previdenza sociale menzionati da tale regolamento"*): momento che, nel caso di specie, non risulta precisato dalla sentenza impugnata, nè indicato dal ricorrente, il quale comunque invoca il citato art. 85 del Reg. n. 833/2004;

che, tuttavia, l'identità dei testi normativi sopra richiamati (inseriti in provvedimenti che si pongono in diretta continuità, là dove il secondo Regolamento sostituisce il primo a fini di aggiornamento e semplificazione: cfr. Considerando 3) è tale da far ritenere rilevante ed esauritiva anche in riferimento all'art. 85 l'interpretazione dell'art. 93 del Reg. n. 1408/1971 fornita dalla Corte di giustizia;

che, infatti, il citato art. 93 è stato interpretato una prima volta dalla sentenza della Corte di giustizia 2 giugno 1994 (in C-428/92), la quale ha dichiarato: *"L'art. 93, n. 1 (...), va interpretato nel senso che le condizioni nonchè la portata del diritto di azione di un ente previdenziale, ai sensi del regolamento, nei confronti del responsabile di un danno che si sia verificato nel territorio di un altro Stato membro ed abbia comportato l'erogazione di prestazioni previdenziali sono determinate conformemente al diritto dello Stato membro di tale ente";*

che lo stesso art. 93 è stato interpretato una seconda volta dalla Corte di giustizia, con la sentenza 21 settembre 1999 (in C-397/96), che ha dichiarato: *"L'art. 93, n. 1, lett. a), (...) dev'essere interpretato nel senso che, nel caso di un danno verificatosi nel territorio di uno Stato membro e che abbia comportato il versamento di prestazioni di previdenza sociale alla vittima o ai suoi aventi diritto da parte di un ente di previdenza sociale, ai sensi di detto regolamento, appartenente ad un altro Stato membro, i diritti che la vittima o i suoi aventi diritto hanno nei confronti dell'autore del danno e nei quali detto ente si può essere surrogato, nonchè i presupposti dell'azione di risarcimento dinanzi ai giudici dello Stato membro sul cui*

*territorio il danno si è verificato, sono determinati conformemente al diritto di tale Stato, ivi comprese le norme di diritto internazionale privato che sono applicabili.*

2) *L'art. 93, n. 1, lett. a), (...), dev'essere interpretato nel senso che la surrogazione di un ente di previdenza sociale, ai sensi di detto regolamento, appartenente al diritto di uno Stato membro, nei diritti che la vittima o i suoi aventi diritto hanno nei confronti dell'autore di un danno verificatosi sul territorio di un altro Stato membro e che ha comportato il versamento di prestazioni di previdenza sociale da parte di detto ente, nonchè la portata dei diritti nei quali detto ente si è surrogato, sono determinate conformemente al diritto dello Stato membro cui appartiene detto ente, a condizione che l'esercizio della surrogazione prevista da tale diritto non ecceda i diritti che la vittima o i suoi aventi diritto hanno nei confronti dell'autore del danno in forza del diritto dello Stato membro sul cui territorio il danno si è verificato.*

3) *È compito del giudice adito determinare ed applicare le pertinenti disposizioni della normativa dello Stato membro cui appartiene l'ente debitore, anche se tali disposizioni escludono o limitano la surrogazione di siffatto ente nei diritti che ha il beneficiario delle prestazioni nei confronti dell'autore del danno o l'esercizio di tali diritti da parte dell'ente che si è in essi surrogato";*

che il Collegio reputa (contrariamente al quanto sostenuto dal ricorrente) che la sentenza del 1999 della Corte di giustizia, lungi dallo smentire o dal contraddire in parte la sentenza del 1994, ne completa la portata quanto, segnatamente, alla posizione della vittima e dei suoi aventi causa (soltanto accennata nella sentenza del 1994: cfr paragrafo 21);

che, pertanto, il Collegio non ritiene di dover dar corso all'istanza di rimessione della questione interpretativa al Giudice di Lussemburgo, in applicazione del principio del c.d. *acte claire*, per cui "l'obbligo per il giudice nazionale di ultima istanza di rimettere la causa alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'UE (già art. 234 del Trattato che istituisce la Comunità Europea), viene meno quando non sussista la necessità di una pronuncia pregiudiziale sulla normativa comunitaria, in quanto la questione sollevata sia materialmente identica ad altra, già sottoposta alla Corte in analoga fattispecie, ovvero quando sul problema giuridico esaminato si sia formata una consolidata giurisprudenza di detta Corte" (tra le altre, Cass., 26 marzo 2012, n. 4776);

che dalla ricordata giurisprudenza della Corte di giustizia consegue che:

1) il diritto di surrogazione dell'assicuratore sociale è disciplinato dalle norme dello Stato al quale appartiene l'ente surrogante, con il limite per cui tale surrogazione non può eccedere i diritti spettanti alla vittima o ai suoi aventi causa (ossia, l'ammontare del danno causato dal responsabile e liquidato secondo la legge del luogo dove è avvenuto il fatto illecito);

2) i diritti che spettano alla vittima, o ai suoi aventi causa, nei confronti dell'autore del danno - nei quali l'ente previdenziale può surrogarsi - ed i presupposti dell'azione risarcitoria sono disciplinati dalle norme dello Stato in cui si è verificato il "danno" (ivi comprese le norme di diritto internazionale privato applicabili);

che, dunque, nel caso di specie:

a) il diritto al risarcimento del danno spettante alla vittima di un sinistro o ai suoi aventi causa (e, quindi, l'area del danno risarcibile) è individuato(a) dalle norme italiane;

b) i presupposti ed i limiti dell'azione di surrogazione esercitabile dall'ente previdenziale sono dettati dalle norme tedesche;

che, pertanto, essendo l'area del danno risarcibile ascrivibile alla disciplina del diritto dello Stato membro nel cui territorio si è verificato il danno, occorre allora stabilire se, in base all'ordinamento italiano, all'ambito del danno (patrimoniale) risarcibile a seguito di fatto illecito (nella specie: sinistro sciistico mortale) appartenga o meno la prestazione previdenziale

indennitaria, erogata a seguito dell'evento dannoso e in funzione di sostentamento della vittima del sinistro o dei suoi aventi causa;

che, nella fattispecie, vengono infatti in rilievo prestazioni di tale (non contestata) natura, quali la pensione di reversibilità e la rendita agli orfani erogate dall'ente previdenziale tedesco;

che la giurisprudenza di questa Corte si è orientata, per lungo tempo ed in modo prevalente, nel senso che dal montante risarcitorio per danno patrimoniale conseguente a fatto illecito debbano escludersi le prestazioni erogate dall'assicuratore sociale o dall'ente previdenziale, non potendo in tal caso trovare rilievo il principio della *compensatio lucri cum damno*, giacchè prestazione previdenziale e danno non scaturiscono entrambi dal fatto illecito, posto che la prima sorge direttamente dalla legge (tra le tante, Cass., 7 ottobre 1964, n. 2530; Cass., 10 ottobre 1970, n. 1928; Cass., 14 marzo 1996, n. 2117; Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; Cass., 25 agosto 2006, n. 18490; Cass., 10 marzo 2014, n. 5504);

che, più di recente, con la sentenza n. 13537 del 13 giugno 2014 di questa Sezione, si è affermato il seguente principio (così massimato): *"In tema di danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui, dall'ammontare del risarcimento deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità percepita dal superstite in conseguenza della morte del congiunto, attesa la funzione indennitaria assolta da tale trattamento, che è inteso a sollevare i familiari dallo stato di bisogno derivante dalla scomparsa del congiunto, con conseguente esclusione, nei limi di del relativo valore, di un danno risarcibile"*;

che tale pronuncia recupera un diverso orientamento (minoritario: Cass., 16 novembre 1979, n. 5964; Cass., 24 maggio 1986, n. 3503), che nega la possibilità di cumulare il risarcimento del danno con eventuali prestazioni previdenziali percepite in conseguenza del fatto illecito, in quanto il beneficio erogato dall'assicuratore sociale o dall'ente previdenziale abbia lo scopo di "attenuare il danno patrimoniale subito dai familiari della vittima", con ciò elidendosi *in parte qua* l'esistenza del danno risarcibile;

che tra le varie conseguenze derivanti dall'applicazione di siffatto ultimo orientamento (illustrate diffusamente dalla citata sentenza n. 13537) vi sarebbe anche quella di consentire all'assicuratore sociale/ente previdenziale l'esercizio dell'azione di surrogazione nei diritti risarcitori del danneggiato in riferimento alle somme erogate a titolo di prestazione previdenziale indennitaria;

che successivamente alla sentenza n. 13537 del 2014, altra sentenza di questa Sezione (n. 20548 del 30 settembre 2014) ha ribadito il diverso principio (così massimato): *"In tema di risarcimento del danno da illecito, il principio della compensatio lucri cum damno trova applicazione unicamente quando sia il pregiudizio che l'incremento patrimoniale siano conseguenza del medesimo fatto illecito, sicchè non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di inabilità o di reversibilità, ovvero a titolo di assegni, di equo indennizzo o di qualsiasi altra speciale erogazione connessa alla morte o all'invalidità, trattandosi di attribuzioni che si fondano su un titolo diverso dall'atto illecito e non hanno finalità risarcitorie"*;

che, in siffatto contesto, si rende quindi opportuno investire le Sezioni Unite della risoluzione del contrasto sopra evidenziato, concernente la portata del principio della c.d. *compensatio lucri cum damno* nell'ambito delle conseguenze risarcitorie da fatto illecito, nella specie rilevante, segnatamente, in relazione alla limitazione del diritto al risarcimento del danno della vittima (o dei suoi aventi causa), in funzione del quale diritto l'assicuratore sociale/ente previdenziale può esercitare l'azione di surrogazione ad esso spettante (nel caso all'esame, secondo il diritto tedesco) nei confronti del responsabile civile;

che dalla risoluzione dell'anzidetto contrasto dipenderà, peraltro, anche la sorte dei ricorsi incidentali condizionati proposti dalle parti controricorrenti in punto di (difetto di mo-

tivazione sulla) natura giuridica dell'organismo assicurativo tedesco: ciò in quanto (eventualmente, ove si giunga all'accoglimento del ricorso) spetterà al giudice del merito accertare e motivare sull'effettivo carattere di "istituzione" ai sensi dell'art. 93 del Reg. n. 1408/1971 (cfr. la citata sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 1984, in C-313/82) del Deutsche Rentenversicherung Bund.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE

rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile della Corte suprema di Cassazione, il 19 dicembre 2014.

## **Tra riservatezza e tutela della salute: un possibile bilanciamento tra diritto alla riservatezza della cartella clinica, diritto della madre a una scelta riproduttiva consapevole e diritto del *concepturus* a nascere sano**

*NOTA A TRIBUNALE DI NAPOLI, SEZIONE I CIVILE, SENTENZA 18 SETTEMBRE 2014, N. 13212*

*Vinca Giannuzzi Savelli\**

*SOMMARIO: 1. La vicenda - 2. Il quadro normativo di riferimento: tra legge sul procedimento amministrativo e normativa sulla protezione dei dati personali - 3. La tutela della riservatezza e delle "ragioni familiari meritevoli di protezione" ex art. 9, co. 3, Codice privacy: un possibile bilanciamento tra rapporto parentale biologico e legittimo - 4. È configurabile un diritto alla salute della prole?*

### *1. La vicenda.*

La D.I. (resistente) partoriva, presso il Presidio Ospedaliero di B., in anonimato, una neonata di sesso femminile. Il giorno successivo al parto l'infante veniva trasferita con urgenza al reparto di Terapia Intensiva Neonatale del Presidio Ospedaliero S. a causa di una sospetta patologia congenita, sì grave da determinarne, a pochi giorni dal ricovero, la morte.

Ad un anno dall'inafausto evento, la resistente recapitava al Presidio Ospedaliero S. formale istanza di accesso alla cartella clinica della neonata prematuramente scomparsa, allegando all'uopo copia fotostatica dell'attestato di nascita - rilasciato dal Presidio Ospedaliero di B. - e del proprio documento di riconoscimento. Cartella che avrebbe reso possibile - si badi - l'identificazione della patologia genetica potenzialmente trasmissibile alla futura prole. Ciò nondimeno, la richiesta veniva dall'Azienda sia in prima che in seconda istanza - in seguito a reiterazione della medesima - rigettata, a norma del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in quanto priva di sufficiente documentazione attestante il collegamento tra la richiedente e la neonata.

Avverso tale diniego, la resistente proponeva rituale ricorso al Garante per la protezione dei dati personali, ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Opportunità, questa, colta dalla donna per fornire ulteriori (nonché, necessarie) indicazioni utili all'attestazione del legame parentale, ovvero «di essere stata ricoverata presso il Presidio Ospedaliero di B., di aver partorito lì, [omissis], una neonata di sesso femminile, trasferita il giorno successivo presso il reparto di Terapia Intensiva Neonatale dell'Ospedale S., e di non aver riconosciuto la neonata».

---

(\*) Avvocato dello Stato.

Alla redazione della presente nota ha collaborato il dr. Davide Borelli dottore praticante presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli.

Ritenuto legittimo il ricorso presentato dalla donna, il Garante si premurava di interpellare l'Azienda Ospedaliera S. per chiarimenti. Quest'ultima comunicava di non aver potuto soddisfare la richiesta in quanto non risultava esser mai stata ricoverata presso la struttura ospedaliera alcuna figlia legittima della resistente, rendendo tale circostanza impossibile procedere nella valutazione della sussistenza o meno di diritti o interessi legittimi, presupposti necessari per l'accesso ai dati richiesti. Interpellata ulteriormente dal Garante, l'Azienda dichiarava, peraltro, che «dall'anagrafe dei pazienti ricoverati (il giorno del parto, ndr) risulta essere pervenuta, a seguito di trasferimento da altro Istituto pubblico (Presidio Ospedaliero di B., ndr)» una neonata.

Considerati sufficienti gli elementi raccolti nelle more del procedimento, il Garante, definitivamente pronunciandosi, ordinava all'Azienda Ospedaliera S. di consentire alla ricorrente l'accesso, entro trenta giorni, a tutti i dati sanitari contenuti nella cartella clinica relativa alla neonata.

Con atto di citazione, ai sensi dell'art. 152 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, l'Azienda Ospedaliera S. proponeva rituale ricorso per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia esecutiva, del provvedimento del Garante.

## *2. Il quadro normativo di riferimento: tra legge sul procedimento amministrativo e normativa sulla protezione dei dati personali.*

La cartella clinica in quanto tale è da considerarsi documentazione sanitaria, ovvero l'insieme dei dati, delle informazioni e degli atti che definiscono ed oggettivano regole e comportamenti di ciascuna struttura organizzativa.

Negli ultimi decenni la cartella clinica inizia a diventare uno strumento essenziale per le strutture sanitarie e al tempo stesso un problema piuttosto complesso. Da semplice registrazione di dati essenziali del paziente (e della sua malattia), si è passati a una raccolta di sempre più numerosi documenti sanitari e informazioni che nella loro articolazione organica e logica devono soddisfare numerose esigenze, non soltanto quelle rigorosamente clinico diagnostico terapeutiche del paziente.

Ciò è dovuto, da un lato, all'incalzante sviluppo tecnologico ed ai notevoli progressi scientifici e, dall'altro, all'evoluzione di una serie di sistemi, quali quello politico, economico e sociale cui è strettamente legata quella che prima era semplicemente considerata assistenza sanitaria e che oggi è diventata un vero e proprio sistema sanitario articolato e complesso.

Se da un lato è evidente il coinvolgimento delle norme concernenti l'accesso agli atti amministrativi ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge del 7 agosto 1990, nr. 241 (di seguito, Legge sul procedimento amministrativo), dall'altro non può negarsi l'esigenza del rispetto della riservatezza quale diritto fondamentale di rango costituzionale, regolato nel dettaglio dal decreto legislativo del 30 giugno 2003, nr. 193 (di seguito, Codice privacy).

In tema i Giudici ermellini hanno avuto modo di chiarire che la finalità

della cartella clinica è quella di riflettere in maniera fedele il decorso e l'evolversi della malattia e degli altri fatti clinici rilevanti, progressivamente e contestualmente al loro verificarsi.

Inoltre, la cartella clinica, redatta da un medico di un ospedale pubblico, è caratterizzata dalla produttività di effetti incidenti su situazioni giuridiche soggettive di rilevanza pubblicistica, nonché dalla funzione della documentazione di attività compiute (o non compiute) dal pubblico ufficiale che ne assume la paternità.

La prevalente dottrina attribuisce una rilevanza giuridica particolare alla cartella clinica, in quanto è l'unico strumento atto a trattare le informazioni per la cura del paziente e a permettere la comunicazione tra i diversi operatori sanitari.

Data la peculiare rilevanza il medico incaricato della compilazione è considerato un pubblico ufficiale ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 357 c.p., mentre il responsabile della compilazione, della conservazione e della buona tenuta è sempre il primario del reparto presso cui il paziente è ricoverato.

Al medico incaricato della compilazione è richiesta particolare attenzione nell'inserimento degli elementi prescritti dall'art. 24 del Decreto del Ministero della Salute del 5 agosto 1977 e disposti secondo le modalità previste dall'art. 26 del Codice di deontologia medica.

La cartella clinica ed i relativi referti devono, poi, essere conservati per un tempo illimitato in quanto rappresentano atti ufficiali essenziali a garantire la certezza dei dati clinici ivi riportati, nonché preziosa fonte documentaria per ricerche di carattere storico-sanitario. Proprio in ragione di ciò l'art. 26, co. 3 del Codice di deontologia medica prescrive che «in caso di cessazione dell'attività della casa di cura le cartelle cliniche dovranno essere depositate presso l'ufficio comunale o consorziale di igiene».

È qui che assume, dunque, fondamentale rilevanza giuridica il tema dell'accesso da parte di terzi alle informazioni contenute in cartelle cliniche appartenenti a soggetti estranei, ancorché defunti.

Il giudice amministrativo è, infatti, ai sensi dell'art. 133, co. 1, nr. 6) del decreto legislativo del 2 luglio 2010, nr. 104 (di seguito, Codice del processo amministrativo), chiamato a contemperare interessi contrapposti. Si rende, dunque, necessaria una valutazione comparativa dei confliggenti interessi: da un lato la situazione giuridicamente qualificata dell'istante, titolare di un interesse diretto, qualificato, concreto ed attuale all'esame, presa visione e rilascio di copia della cartella clinica ai sensi dell'art. 22 della Legge sul procedimento amministrativo; dall'altro, il diritto del controinteressato alla riservatezza dei propri dati sensibili, ovvero di dati personali idonei a rivelare il suo stato di salute e il proprio orientamento sessuale, in quanto tali tutelati dal Codice privacy.

Risulta piuttosto cospicua la casistica giurisprudenziale in tema di accesso alle cartelle cliniche.

I parametri normativi di riferimento sono sostanzialmente contenuti negli artt. 7, 9, 60, 82 e 92 del Codice privacy.

A norma dell'art. 9, co. 3 del Codice privacy «i diritti di cui all'art. 7 riferiti a dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione». Si badi, peraltro, che l'art. 7 considera non soltanto le posizioni soggettive di chi può esercitare il diritto di accesso (cfr. commi 1, 2 e 3), ma anche di chi può opporsi.

Il Consiglio di Stato in una recente pronuncia ha, infatti, avuto modo di chiarire che l'art. 9, co. 3 Codice privacy «regola anche l'accesso alle cartelle cliniche, dal momento che non può trovare applicazione la disciplina specificamente prevista in materia dall'art. 92 del medesimo Codice, il quale consente l'accesso alle cartelle cliniche solo a persone diverse dall'interessato che possono far valere un diritto della personalità o altro diritto di pari rango». In effetti, se dovesse applicarsi tale disposizione anche dopo il decesso, neanche i più stretti congiunti potrebbero accedere ai dati personali del defunto in assenza dei presupposti richiesti dalla norma, con conseguenze assolutamente paradossali. Peraltro, «non è neppure utile il richiamo per analogia all'art. 82 del medesimo codice, che regola la diversa situazione della prestazione del consenso al trattamento dei dati personali in caso di impossibilità fisica o giuridica dell'interessato e che prevede che il consenso possa essere fornito, in assenza di chi esercita la potestà legale, da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato». Da ciò si deduce che sopravvive una forma di tutela dei dati sensibili - così come altre forme di tutela - anche dopo la morte del soggetto, ma nelle forme specifiche e diverse previste dall'art. 9, che individua precisamente gli interessi che possono bilanciare quelli di terzi ad accedere ai dati personali: la tutela del defunto e le ragioni familiari meritevoli di protezione.

Infine, l'art. 60 del Codice privacy stabilisce che quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale di un soggetto, il trattamento è consentito solo se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango quantomeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

*3. La tutela della riservatezza e delle "ragioni familiari meritevoli di protezione" ex art. 9, co. 3, Codice privacy: un possibile bilanciamento tra rapporto parentale biologico e legittimo.*

L'ambiguità della formula adottata dal legislatore con riferimento ai «rapporti familiari» sembra lasciar spazio ad un'interpretazione estensiva della



norma, ricomprensiva, per l'appunto, anche rapporti parentali, per così dire, biologici, ancorché non propriamente "legittimi".

La decisione, infatti, riconosce il diritto della madre biologica ad accedere alla cartella clinica della figlia partorita in anonimato ai sensi dell'art. 30, co. 1 del D.P.R. 3 novembre 2000, nr. 396 e deceduta per gravi patologie congenite pochi giorni dopo la nascita, cioè al fine di «consentirle un'eventuale ulteriore scelta riproduttiva consapevole e informata».

Il diritto alla salute e alla maternità consapevole, a norma degli artt. 31 e 32 Cost., viene, pertanto, ritenuto prevalente rispetto all'esigenza di limitare l'accesso ai dati sensibili del minore solo ai familiari in senso stretto e in genere ai soggetti legittimati (tutori, affidatari) consentendo, quindi, anche alla madre biologica innominata - che per sua scelta rinuncia al parto "riservato" e si palesa - di ottenere le informazioni cliniche necessarie.

Il provvedimento offre uno spunto di riflessione su quelle che attualmente sono le forme di tutela e i connessi limiti alla riservatezza nell'ambito dei rapporti parentali sia legittimi che biologici.

L'evoluzione socio-giuridica delle dinamiche familiari ha modificato anche i contenuti relazionali, rendendo spesso necessario un approfondimento nell'ambito di situazioni di conflittualità portate all'attenzione dell'autorità giudiziaria.

Quelli che, dunque, in passato erano contrasti sulle informazioni che potevano scambiarsi i coniugi tra loro o con i figli - contrasti risolvibili nell'ambito di una normale dialettica familiare - sono oggi invece approdati nelle aule dei Tribunali.

E così l'accesso a dati "sensibili", o comunque riservati, della persona è stato riconosciuto al familiare titolare di interessi confliggenti ma valutati, di volta in volta, tutelabili in misura maggiore.

Si è, ad esempio, attribuito al coniuge il diritto di visionare la cartella clinica del o della consorte in quanto utile ai fini dello scioglimento del matrimonio.

Invero, come a più riprese affermato dalla giustizia amministrativa, a norma dell'art. 60 Codice privacy, sussiste il diritto del marito di accedere alla cartella clinica della moglie, nel caso in cui l'istanza di accesso sia giustificata dalla necessità di promuovere validamente un'azione giudiziaria volta all'annullamento del matrimonio innanzi al competente Tribunale diocesano; in tal caso, infatti, il fine dello scioglimento del vincolo matrimoniale costituisce una situazione giuridica di rango almeno pari alla tutela del diritto alla riservatezza dei dati sensibili relativi alla salute, in quanto involgente un significativo diritto della personalità.

Anche i dati reddituali del consorte - ove non condivisi in ambito familiare - sono stati considerati accessibili se necessari alla determinazione di un corretto assegno di mantenimento dei figli in un procedimento di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Al tempo stesso, è stato consentito l'accesso ai dati reddituali del convivente *more uxorio* in quanto necessari alla determinazione di un corretto assegno di mantenimento dei figli in un procedimento di separazione personale. Anche in tal caso il diritto di accesso prevale sull'esigenza di riservatezza di terzi, in quanto esercitato per consentire la cura o la difesa processuale di interessi giuridicamente protetti e concernente un documento amministrativo indispensabile a tali fini, la cui esigenza non può essere altrimenti soddisfatta. Di conseguenza, in capo al coniuge separato sussiste, secondo consolidata giurisprudenza, nei confronti dell'Agenzia delle Entrate, il diritto di accesso alle dichiarazioni dei redditi del convivente *more uxorio* dell'altro coniuge. Tale istanza di accesso documentale, infatti, essendo rivolta a dimostrare la capacità di reddito del convivente del coniuge separato, è funzionale ad esonerare il richiedente dall'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento.

Ad una prima analisi sembra, dunque, potersi affermare che l'ordinamento (o meglio, l'interpretazione che la giurisprudenza fornisce delle norme coinvolte) consente che si attui un'ingerenza nella sfera personale di un familiare solo se strumentale alla difesa di interessi di pari rango, già posti al vaglio giurisdizionale: soltanto a tali condizioni il diritto all'"informazione" prevale sulla riservatezza della persona in funzione di superiori esigenze familiari.

Ma se tal criterio val bene per il componimento di conflitti infra-coniugali, nelle relazioni tra genitori e figli il *favor* è lapalissianamente sbilanciato in favore dei primi.

È stato, infatti, riconosciuto al genitore il diritto a prender visione del tema svolto dalla figlia durante l'esame di maturità per consentirgli di vigilare sui suoi orientamenti: pertanto, non per verificare il buon esito del percorso formativo intrapreso, ma allo scopo di «avere cognizione piena dei gusti, delle aspettative e degli orientamenti culturali che l'alunna sviluppa [...] e che [...] spesso, sfuggono ad un sano dibattito strettamente familiare» (sic!).

In tal caso è stata dunque data priorità assoluta (*rectius*, incondizionata) al diritto-dovere spettante al genitore di vigilare sulla crescita del figlio a discapito della sua riservatezza e della sua libertà di espressione, in una visione forse paternalistica ma funzionale al buon andamento della vita familiare.

Buon andamento della vita familiare che diventa parametro scriminante anche per risolvere i contrasti che sorgono per lo scambio di informazioni sulla sfera intima all'interno di relazioni parentali biologiche e non legalizzate.

La Corte Costituzionale con una recente pronuncia ha composto il conflitto tra il diritto del figlio adottato all'informazione sulle proprie origini biologiche e il diritto della madre naturale a restare anonima, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 30, co. 1 del DPR 3 novembre 2000, nr. 396, consentendo l'accesso alle notizie sulla nascita biologica previo interpello della madre ai fini di un'eventuale revoca dell'anonimato e, dunque, di una auspicata conciliazione familiare.

Su tale scia si inserisce la sentenza in epigrafe che a tutela del diritto alla maternità consapevole e a protezione dell'unità familiare costituita o costituenda, rende conoscibili alla madre "anonima" i dati sanitari del figlio naturale.

Può ragionevolmente dedursi, dunque, che allo stato la riservatezza nei rapporti di parentela è destinata a recedere senz'altro dinanzi a interessi preminenti come la tutela del nucleo familiare ovvero di interessi di pari rango che nei singoli casi concreti vengano ritenuti funzionali al corretto svolgimento della vita familiare. Il rapporto parentale legittimo cede il passo a quello biologico, in ragione di superiori interessi di rango costituzionale.

Nel corso degli anni il concetto stesso di famiglia si è evoluto, trascendendo ora l'elemento sia genetico che biologico, nel senso che la stessa non è più solo quella tradizionale di cui all'art. 29 Cost., ma anche - e soprattutto - quella sociale, intesa come società naturale o formazione sociale, tramite il viatico dell'art. 2 Cost. Ma un eloquente segnale del superamento del binomio verità genetica-verità biologica era già offerto dalla disciplina sull'adozione di minorenni. Non a caso, infatti, l'art. 27 della legge 4 maggio 1983, nr. 184 consacra la piena equiparazione tra figlio adottivo e figlio legittimo.

#### 4. È configurabile un diritto alla salute della progenie?

Ma un'ulteriore considerazione par qui imporsi. Il diritto alla riservatezza sembra cedere il passo non solo a «ragioni familiari meritevoli di protezione» - prescindendo, dunque, della natura del rapporto di filiazione sotteso, biologico o legittimo - ma anche a un diritto della futura progenie a nascer in salute. Approdo ermeneutico probabilmente azzardato, ma, tuttavia, potenzialmente plausibile. Il diritto della madre biologica a una «ulteriore scelta riproduttiva consapevole e informata» sembra, difatti, andar di pari passo con un potenziale diritto alla salute della futura progenie.

Ciò nondimeno, i contributi dottrinali e giurisprudenziali in merito sembrano per lo più considerare il diritto alla salute in relazione al solo nascituro concepito e non anche al *concepturus*: eppure il codice del '42 in almeno due occasioni riconosce diritti in capo a quest'ultimo in quanto potenziale destinatario di disposizioni testamentarie e di donazioni a norma degli artt. 462 e 784 c.c. La stessa Corte Costituzionale ha, in proposito, riconosciuto che «il patrimonio riservato per testamento o per donazione ad un nascituro non concepito deve essere considerato come un patrimonio a sé stante».

Gran parte della dottrina e della giurisprudenza ha a lungo dibattuto sul possibile riconoscimento di una capacità giuridica, per così dire, "parziale" in capo al nascituro concepito.

Secondo prevalente giurisprudenza «l'ordinamento tutela il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita, riconoscendo semmai un "diritto a nascere" e "a nascere sano" e non un diritto "a non na-

scere” o “a non nascere se non sano” (Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, nr. 14488 e Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, nr. 10741)».

Inoltre, il diritto alla salute trova fondamento e tutela nell’art. 32 Cost., non solo come interesse della collettività, bensì come essenziale diritto dell’individuo, non limitandosi alle attività successive alla nascita, ma dovendosi ritenere esteso anche al dovere di assicurare condizioni favorevoli all’integrità del nascituro nel periodo precedente all’evento della nascita.

I Giudici ermellini, in un’ormai nota sentenza, giungono a ritenere il nascituro soggetto giuridico. Essi, in particolare, individuano analiticamente le fonti nazionali e sovranazionali su cui fondano detta ricostruzione: l’art. 1 della l. 14 febbraio 2004, nr. 40 sulla procreazione medicalmente assistita; l’art. 1 della l. 22 maggio 1978, nr. 194, sull’interruzione volontaria di gravidanza; la sentenza della Corte Costituzionale del 10 febbraio 1997, nr. 25, che attribuisce al concepito il diritto alla vita, dando atto che il principio di tutela della vita umana sin dal suo inizio è oggetto di riconoscimento da parte della Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1989; l’art. 254, co. 1 c.c. che consente il riconoscimento del figlio naturale anche solo concepito; la l. del 29 luglio 1975, nr. 405 sull’istituzione dei consultori familiari; l’art. 32 Cost. che, riferendosi all’individuo quale destinatario della tutela della salute, contempla implicitamente la protezione del nascituro; l’art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, che prevede il diritto alla vita spettante ad ogni individuo; nonché l’art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. La Suprema Corte coglie, pertanto, l’occasione per affermare che il nascituro concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica in quanto titolare sul piano sostanziale di interessi personali in via diretta, rispetto ai quali l’avverarsi della *condicio iuris* della nascita è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio per fini risarcitori.

Seguendo l’*iter* ragionativo proposto da tanta e tale dottrina, peraltro avalato da consistenti pronunce giurisprudenziali, sembra oggi non potersi negare, dunque, una parziale capacità giuridica al nascituro concepito; parimenti, sembra vicina l’estensione di detto riconoscimento anche al *concepturus*, titolare del diritto a nascere sano, diritto che in tal caso ha consentito alla madre biologica - non legittima - di accedere alla cartella clinica della neonata defunta, comprimendo, così, il suo fondamentale diritto alla riservatezza dei dati sanitari in essa archiviati.

### **Tribunale di Napoli, Sezione I civile, sentenza 18 settembre 2014 n. 13212.**

(*omissis*)

L’istante ha proposto ricorso *ex art.* 152 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali, ndr) [*omissis*] al fine di ottenere - per le ragioni analiticamente indicate nell’atto introduttivo - l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia esecutiva, del provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali [*omissis*].

Con memoria difensiva [omissis] il Garante per la protezione dei dati personali ha chiesto dichiararsi inammissibile l'opposizione e, comunque, rigettarla *in toto* in quanto infondata in fatto ed in diritto.

D.I., seppur regolarmente citata, non si è costituita in giudizio.

Acquisita documentazione varia, concessi i termini per il deposito di note difensive, [omissis] dopo la discussione orale, il Giudice Unico ha dato lettura del dispositivo e della contestuale motivazione.

Va preliminarmente dichiarata la contumacia di D.I. che non si è costituita in giudizio seppure regolarmente e tempestivamente citata [omissis].

In ordine alla ritualità della costituzione in giudizio della difesa del Garante per la protezione dei dati personali non sfugge a chi scrive che il deposito della memoria difensiva è avvenuto tardivamente [omissis] e, dunque, senza il rispetto del termine di dieci giorni di cui all'art. 416 c.p.c. Tuttavia, considerato che la documentazione allegata alla memoria risulta già prodotta in atti da parte ricorrente, di fatto nessun rilievo, ai fini della decisione, assume la tardiva allegazione documentale di parte opposta.

Tanto premesso in punto di rito, prima di passare all'esame del merito della controversia va, in questa sede, evidenziato che parte attrice ha chiesto l'annullamento, previa suspensiva, del provvedimento del Garante oggetto di impugnativa, per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 9 e 92 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

In particolare l'istante ha dedotto che [omissis] D.I., asserendo di aver partorito [omissis], presso il Presidio Ospedaliero di B., una neonata di sesso femminile, trasferita il giorno successivo presso il reparto di Terapia Intensiva Neonatale del Presidio Ospedaliero del S. per il sospetto che la stessa fosse affetta da una malattia genetica, e di aver interesse all'accesso alla cartella clinica per l'esigenza di identificare la malattia genetica della figlia al fine di evitare ulteriori gravidanze con esiti infausti per il nascituro, chiedeva all'Azienda Sanitaria, ex art. 92 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, copia della cartella clinica della neonata, allegando unicamente copia dell'attestato di nascita rilasciato dal Presidio Ospedaliero di B. e del documento di riconoscimento dell'istante. Tale richiesta, essendo ritenuta in contrasto con quanto disposto dalla normativa sulla privacy in quanto priva di qualsiasi documentazione attestante il collegamento tra la richiedente e la neonata, era rigettata dall'Azienda, una prima volta, [omissis], ed una seconda volta, in seguito a reiterazione, [omissis]. Avverso il diniego di accesso la D.I. proponeva ricorso al Garante per la protezione dei dati personali, esponendo, per la prima volta, di essere stata ricoverata presso il Presidio Ospedaliero di B., di aver partorito lì, [omissis], una neonata di sesso femminile, trasferita il giorno successivo presso il reparto di Terapia Intensiva Neonatale dell'Ospedale S., e di non aver riconosciuto la neonata. Il Garante chiedeva chiarimenti all'Azienda che [omissis] comunicava di non aver potuto soddisfare la richiesta perché *«presso la struttura ospedaliera non risultava essere mai stata ricoverata alcuna minore figlia legittima della signora D.I. Tale circostanza rende impossibile procedere nella valutazione della sussistenza o meno di diritti o interessi legittimi che possano rendere accessibili i dati richiesti»*. Lo stesso Garante chiedeva ulteriormente all'Azienda di precisare se [omissis] risultasse ricoverata una neonata proveniente dal Presidio Ospedaliero di B. e, ricevuta risposta affermativa dall'Ospedale S., accoglieva il ricorso della D.I. ed ordinava all'Azienda l'ostensione della cartella clinica della neonata, condannando l'Azienda alle spese del procedimento.

Ad avviso dell'opponente, il provvedimento era errato sia nella parte in cui riteneva illegittimo il diniego di accesso espresso dall'Azienda S. che in quella in cui condannava

l'Azienda al pagamento delle spese e dei diritti della procedura perché: 1) non conteneva alcuna valutazione sia in ordine alla sufficienza dell'istanza che in ordine agli obblighi gravanti sull'Azienda relativamente alla tutela dei dati sensibili; 2) era stato adottato in assenza di qualunque prova circa la legittimazione della D.I. alla proposizione dell'istanza; 3) era stato emesso sulla base di atti e documenti intervenuti successivamente all'istruttoria conclusasi con il diniego, avendo l'istante, solo in sede di ricorso, precisato di essere la madre naturale della neonata di cui aveva chiesto la cartella clinica, di non aver proceduto al riconoscimento della bambina ed allegato la propria cartella clinica da cui risultava il proprio parto avvenuto presso il Presidio Ospedaliero di B. Inoltre, sempre ad avviso dell'opponente, il provvedimento oggetto di doglianza era errato perché adottato in assenza di prova dell'esistenza di un rapporto parentale, anche di fatto, necessario ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 196/2003 per l'accesso ai dati personali concernenti persone decedute, non essendo all'uopo sufficiente la circostanza - puramente casuale e da sola priva di qualunque rilevanza probatoria - che la neonata provenisse dal Presidio Ospedaliero di B. dove la D.I. aveva partorito. Da ultimo era indicata quale circostanza dirimente la circostanza che la neonata, a seguito del rifiuto di riconoscimento, era stata affidata al Tribunale dei Minori [omissis], le era stato attribuito un nome di fantasia ed era stata assegnata alla tutela di un tutore. Quindi solo quest'ultimo, in quanto esercente la potestà genitoriale, avrebbe avuto il diritto di accedere ai dati relativi alla neonata oggetto di tutela. Di conseguenza la D.I. avrebbe dovuto presentare istanza al Tribunale per i Minorenni per ottenere informazioni sulla neonata ed eventualmente formulare richiesta di accesso alla relativa cartella clinica.

A confutazione delle argomentazioni dell'opponente la difesa del Garante ha evidenziato, sulla base della più recente giurisprudenza amministrativa, la sussistenza del diritto della D.I. all'accesso alla cartella clinica ai sensi dell'art. 9, co. 3 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e, dunque, del conseguente obbligo dell'Ospedale di fornire la documentazione richiesta.

Questo giudice ritiene - per le argomentazioni di seguito esposte - pienamente legittimo il provvedimento del Garante che va, dunque, confermato in ogni sua parte.

Nella fattispecie in esame trovano applicazione gli artt. 4, 7 e 9 del d.lgs. 30.6.2003, n. 196. In particolare, considerato che l'istanza della D.I. risulta volta ad ottenere copia della cartella clinica della figlia della richiedente e, dunque, la conoscenza di dati sensibili, cioè di dati personali idonei a rivelare lo stato di salute di una persona, *ex art. 4, co. 1 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, il diritto alla comunicazione di tali dati in forma intellegibile, concernendo una persona deceduta (circostanza pacifica tra le parti in causa), poteva essere esercitato solo nel caso in cui la predetta avesse un interesse proprio o agisse a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione. Ebbene, nel caso *sub iudice*, come correttamente evidenziato nel provvedimento del Garante oggetto di impugnativa, ricorrono tutti i presupposti normativi per l'accoglimento della richiesta della D.I.

Ed invero quest'ultima, in qualità di madre, anche solo naturale (avendo la stessa esercitato il diritto a non essere nominata di cui all'art. 30, co. 1 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396) di una bambina, nata [omissis] presso l'Ospedale di B. e trasferita il giorno successivo presso il reparto di Terapia Intensiva Neonatale dell'Azienda Ospedaliera S. [omissis] dove è deceduta [omissis], ha legittimamente esercitato il suo diritto di accesso alla cartella clinica al fine di disporre delle informazioni indispensabili all'esecuzione di indagini cliniche necessarie ad accertare la patologia genetica di cui potrebbe essere portatrice e le modalità della sua trasmissione così da poter conseguentemente effettuare una valutazione del rischio procreativo e consentirle un'ulteriore scelta riproduttiva consapevole ed informata (cfr. provvedimento

del Garante per la protezione dei dati personali del 22 maggio 1999 e Corte Cost., sent., 18 novembre 2013, n. 278).

È indubbio, infatti, che a base della richiesta di accesso si profilano, in capo all'istante sia la titolarità di un "interesse proprio" alla conoscenza dei dati sensibili della figlia, che la sussistenza di "ragioni familiari meritevoli di tutela".

In ordine al primo requisito va ricordato che affinché l'istanza di accesso sia legittima è sufficiente secondo la precisa definizione dell'art. 22, co. 1, lett. b) della l. 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, ndr) che l'istante sia titolare di un interesse giuridicamente rilevante, personale e concreto e ricollegabile al soggetto stesso da uno specifico nesso e che la documentazione richiesta sia direttamente riferibile a tale interesse oltre che individuata o ben individuabile (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, sent., 12 giugno 2012, n. 3459). Ebbene, considerato che la richiesta non è stata proposta da un soggetto qualunque bensì dalla madre naturale della minore deceduta, strettamente legata per ragioni personali, familiari ed affettive alla minore e motivata dall'esigenza di conoscere le ragioni del decesso, la donna risulta portatrice di una posizione qualificata alla conoscenza della documentazione in questione. Né a considerazioni diverse può pervenirsi sulla base del dato costituito dall'esercizio del diritto da parte della donna, a non essere nominata e ciò in quanto la "mancata genitorialità giuridica" non comporta certo la negazione della "genitorialità naturale" (cfr. Corte Cost., sent., 18 novembre 2013, n. 278). Dunque, sebbene fosse stato nominato quale tutore il Tribunale per i Minorenni, non sfugge a chi scrive che, essendo deceduta la minore all'epoca dell'istanza di accesso, risulta di fatto venuta meno in capo a tale organo la legittimazione a conoscere i dati sensibili della neonata.

Quanto all'ulteriore requisito, avendo la richiedente documentato con una consulenza genetica la necessità di conoscere le informazioni sanitarie inerenti la minore per l'esecuzione delle indagini cliniche necessarie ad accertare la patologia genetica di cui la donna potesse essere portatrice e le modalità della sua trasmissione così da poter effettuare una valutazione del rischio procreativo e consentirle un'ulteriore scelta riproduttiva consapevole ed informata, sussistono le ragioni familiari meritevoli di tutela e, dunque, la necessità di tutelare diritti fondamentali, di rango costituzionale, contemplati dagli artt. 2, 29, 31 co. 2 e 32 della Costituzione.

Del tutto inconferente al caso in esame è, inoltre, il richiamo - operato dalla difesa dell'opponente - al disposto di cui all'art. 92, co. 2, lett. b) del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Ed invero in base a tale disposizione la richiesta di rilascio di copia della cartella clinica da parte di soggetti diversi dal diretto interessato può essere accolta, in tutto in parte, solo se la richiesta sia giustificata dalla documentata necessità di tutelare, in conformità alla disciplina sull'accesso documenti amministrativi, una situazione giuridicamente rilevante di rango pari a quello dell'interessato ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale ed inviolabile. Orbene è evidente che tale norma può trovare applicazione solo nei casi - diversi da quello *sub iudice* - in cui si debba operare un bilanciamento di interessi tra l'esigenza di tutela del diritto alla riservatezza dell'interessato - diritto personalissimo che si estingue con la morte del titolare, sopravvivendo solo una forma di tutela dei dati sensibili - come altre forme di tutela - anche dopo la morte, esclusivamente nelle forme specifiche previste dall'art. 9 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent., 9 giugno 2008, n. 2866; Cons. Stato, Sez. III, sent., 12 giugno 2012, n. 3459) - ed altri diritti di rango costituzionale.

In ordine agli ulteriori motivi di doglianza dell'opponente, in precedenza riportati nei punti nr. 1 e 3, osserva la scrivente che, come tra l'altro correttamente evidenziato da parte opposta, il Garante, adito *ex artt.* 145 e ss. del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, non essendo tenuto a tanto, ai fini dell'accoglimento della richiesta di accesso alla cartella clinica non ha effettuato alcuna valutazione del comportamento dell'Azienda Ospedaliera dal momento che la funzione del Garante non è quella di giudicare la condotta dei soggetti in causa ma solo di risolvere, in sede amministrativa, il conflitto tra il richiedente l'accesso ed il titolare; compito, in concreto, espletato nel pieno rispetto delle disposizioni sopra richiamate.

Correttamente al solo fine di regolamentare, su richiesta della D.I., l'ammontare delle spese dei diritti inerenti il ricorso ed il riparto degli stessi tra le parti in causa, il Garante ha valutato il comportamento tenuto dall'Azienda Ospedaliera nel corso dell'intero procedimento amministrativo.

Orbene, anche in relazione a tale punto della decisione, il provvedimento appare congruamente e correttamente motivato.

In particolare, ad avviso di questo Giudice, parte opponente nel corso del procedimento instaurato a seguito del ricorso al Garante, non si è adeguatamente attivata per garantire l'effettivo esercizio dei diritti di cui all'art. 7 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

Ed invero se, per un verso, appare condivisibile la scelta dell'azienda di non dare positivo riscontro alle prime due istanze di accesso della D.I., non altrettanto può condividersi analoga scelta adottata dall'Ospedale nel corso del procedimento instaurato dinanzi al Garante.

Infatti all'atto della disamina della prima e della seconda richiesta della D.I. gli elementi di valutazione forniti all'opponente e documentati allo stesso [omissis] sono: 1) generalità della madre e del padre della neonata; 2) sesso di quest'ultima; 3) giorno, luogo ed orario della nascita; 4) Presidio Ospedaliero di provenienza; 5) giorno del ricovero della neonata presso il reparto di Terapia Intensiva Neonatale dell'Azienda; 6) generica indicazione delle ragioni del ricovero e di quelle a base della richiesta.

Ebbene, considerato che tali richieste risultano carenti dell'indicazione delle generalità complete della minore, della durata e dell'esito del ricovero, della patologia diagnosticata o anche solo sospettata nei confronti della neonata, l'Azienda compulsata non è stata posta in condizione di valutare la sussistenza, in concreto, dei presupposti di cui agli articoli - sopra richiamati - per l'accesso alla cartella clinica.

Diversamente la stessa Azienda, nel corso del procedimento amministrativo, ha avuto modo di conoscere ulteriori e decisivi elementi indispensabili per la valutazione e per l'accoglimento della richiesta quali: 1) l'esercizio, da parte della madre, del diritto a non essere nominata *ex art.* 30 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396; 2) la durata del ricovero; 3) il luogo e la data del decesso della neonata per una patologia genetica.

La rilevanza e la decisività di tali dati scaturiscono dal fatto che, per un verso, risulta superata l'unica motivazione addotta dall'Azienda Ospedaliera a conforto del reiterato rigetto dell'istanza di accesso costituita dal mancato ricovero presso detta struttura di una figlia legittima della richiedente e che, per un altro, la normativa sopra richiamata, per le ragioni in precedenza esposte, non consente l'interpretazione restrittiva propugnata dall'opponente.

In definitiva le carenze e le omissioni delle prime due richieste della D.I. giustificano la compensazione delle spese del procedimento fino all'ammontare di € 100,00 in quanto espresive di un comportamento poco collaborativo dell'istante. Diversamente, per le spese residue, quantificate in € 400,00, la condanna dell'Azienda Ospedaliera al pagamento delle stesse è correttamente motivata dalla facile accertabilità delle circostanze addotte dalla richiedente a fondamento della sua istanza.



Per tutte le ragioni esposte il ricorso va rigettato perché infondato. [omissis]

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, letti gli artt. 1 e ss. del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, definitivamente pronunciando nella controversa come innanzi proposta, così provvede:

- Dichiarare la contumacia di D.I.;
- Rigetta l'opposizione e, per l'effetto, conferma il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali [omissis];
- Condanna l'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale S. [omissis], in persona del Direttore generale *pro tempore* [omissis], alla rifusione delle spese di costituzione e rappresentanza in favore del Garante per la protezione dei dati personali, in persona del Presidente *pro tempore*, elettivamente domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli [omissis];
- Dichiarare non ripetibili le spese del procedimento nei confronti di D.I.

Così deciso in Napoli il 18 settembre 2014.

## L'autonomia universitaria tra tradizione e modernità: a proposito di due recenti pronunce del Consiglio di Stato

NOTA A CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, 28 GENNAIO 2015 N. 1;  
CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE VI, ORDINANZA 22 GENNAIO 2015 N. 242

Angelica Cardì\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa: i termini del dibattito - 2. Il quadro normativo nazionale: la cornice istituzionale dell'autonomia universitaria - 3. La cittadinanza europea e il trasferimento da università di altri Stati membri nella decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2015 - 4. I temi di legittimità costituzionale relativi all'internazionalizzazione delle università: il caso del Politecnico di Milano nell'ordinanza del Consiglio di Stato.

### 1. Premessa: i termini del dibattito.

Le pronunce in commento (1) offrono lo spunto per alcune riflessioni sul tema dell'autonomia universitaria alla luce del rapporto tra fonti primarie (nella specie, leggi statali) e fonti secondarie (nella specie, gli statuti e i regolamenti adottati dagli atenei) (2).

Tali recenti decisioni si incentrano su due profili diversi dell'autonomia universitaria (3), l'autonomia regolamentare e l'autonomia didattica, ma è

---

(\*) Dottore in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) Cons. St., Ad. Plen., 28 gennaio 2015, n. 1, in *Foro it.*, 9, 2015, 446, con nota di R. DE HIPPOLYTIS e in *Urbanistica e appalti* con nota di G. FERRARI e L. TARANTINO, *Numero chiuso e trasferimento dall'estero nelle facoltà di medicina*; e Cons. St., sez. VI, ord. 22 gennaio 2015, n. 242, in *Foro it.*, 3, 2015, 129.

(2) In tempi recenti, il tema dei limiti dell'autonomia universitaria è stato posto anche al centro del dibattito avente ad oggetto la legittimità della previsione da parte degli atenei del regime del numero programmato per l'accesso all'università; in merito alla legittimità del numero programmato per l'accesso all'università si è ritenuto che lo stesso sia funzionale a garantire il necessario bilanciamento tra il diritto all'istruzione e l'effettiva sussistenza di risorse umane e strumentali, sicchè la corretta previsione e disciplina del cd. numero chiuso non costituisce un'arbitraria limitazione del diritto allo studio, ma una garanzia di qualità dell'insegnamento. Sul tema, in dottrina, si vd. R. CIFARELLI, *Accesso all'università e numero programmato tra ordinamento italiano, comunitario e cedu: spunti di riflessione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 1, 190 ss.; A. GANDINO, *La questione del "numero chiuso universitario": il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 6, 2072 ss.; V. ANGIOLINI, *Numero chiuso e autonomia universitaria*, in *Corriere giur.*, 1999, 5, 554 ss.; in giurisprudenza, si vd., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, ord. 18 giugno 2012, n. 3541; Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2012, n. 2063; Cons. St., sez. VI, 28 febbraio 2012, n. 647; Cons. St., sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5434; T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. II, 4 settembre 2012, n. 906.

(3) La dottrina ha da tempo (si pensi a M.S. GIANNINI, voce "*Autonomia (teoria generale e diritto pubblico)*", in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, 356) rilevato che il concetto di autonomia non è univoco: a volte si rivolge semplicemente a indicare l'assenza di un vincolo, altre, per poter essere compreso, necessita di un aggettivo che ne specifichi il contenuto e i limiti. In relazione all'evoluzione che il concetto di autonomia ha avuto con riferimento alle università, l'autonomia è considerata prevalentemente normativa. Come previsto dall'art. 6 della l. n. 168 del 1989 l'autonomia si traduce nella capacità dei singoli atenei di darsi un proprio statuto e dei regolamenti idonei a disciplinare i diversi aspetti della vita di un ateneo: organizzazione, didattica, amministrazione, contabilità, personale ecc.

possibile rinvenire un filo conduttore nell'impatto dei fenomeni di armonizzazione avviati dal diritto comunitario (4), sia in termini di equipollenza dei titoli di studio rilasciati dalle università degli Stati membri, sia in termini di "internazionalizzazione" degli insegnamenti e dei corsi di studio (5); si tratta, dunque, di due profili di attacco della modernità a un tema tradizionale, l'autonomia regolamentare e didattica.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria del 28 gennaio 2015, n. 1 ha ad oggetto la questione se sia possibile per gli studenti iscritti alla facoltà di medicina e chirurgia di un'università di un altro Stato membro (nella specie, l'Università di Timisoara, in Romania) ottenere il trasferimento nell'analoga facoltà di un'università italiana (nella specie, nella Università di Messina) con riconoscimento delle carriere e conseguente iscrizione ad anni di corso successivi al primo, pur non avendo superato a suo tempo il test di accesso al predetto corso di laurea (oppure, pur avendolo affrontato conseguendo il

---

(4) Cfr. Direttiva 2005/36/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, recepita nell'ordinamento nazionale con d.lgs. 6 novembre 2007, n. 206; Direttiva 2013/55/UE recante modifiche alla direttiva 2005/36/Ce; Direttiva 2004/38/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul diritto di libera circolazione e soggiorno dei cittadini degli Stati membri.

Sul punto, l'art. 165 del Trattato di Lisbona (TFUE) prevede che "l'Unione contribuisce allo sviluppo di un'istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, sostenendo ed integrando la loro azione nel pieno rispetto della responsabilità degli Stati membri per quanto riguarda il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché delle loro diversità culturali e linguistiche".

Tali principi trovano conferma nelle pronunce della Corte di Giustizia UE, si vd., *ex multis*, Corte di Giust., 13 aprile 2010, n. 73, C-73/08; Corte di Giust., 23 ottobre 2007, n. 12, C-12/06; Corte di Giust. 11 settembre 2007, n. 76, C-76/05.

(5) In realtà, quanto ai sistemi d'istruzione superiore, l'Unione non ha la competenza a emanare normative dirette nella materia dell'autonomia universitaria, ma può, tuttavia, esercitare un'influenza indiretta attraverso l'affermazione del principio di libertà di stabilimento dei professionisti nei diversi Paesi membri e attraverso la promozione da parte della Comunità del "riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio". Al fine di garantire la mobilità dei professionisti, infatti, il legislatore comunitario ha emanato una serie di direttive (vd. nota precedente). Tale riconoscimento è diretto evitare che le legittime differenze fra i sistemi nazionali d'istruzione possano tradursi in arbitrarie discriminazioni fondate sulla nazionalità a svantaggio dei cittadini appartenenti ad altri Stati membri. Tali direttive incidono inevitabilmente, sia pure in modo indiretto, sulle competenze esercitate dagli Stati in ordine alla definizione dei contenuti formativi degli ordinamenti didattici universitari. Al fine di raggiungere tale risultato, è necessario, tuttavia, avviare un processo di internazionalizzazione che conduca a un previo coordinamento dei contenuti della formazione, compresi i *curricula* universitari. L'effetto della normativa comunitaria sarà anche quello di creare inevitabilmente una concorrenza fra ordinamenti interessati dai processi di mobilità in quanto il sistema di riconoscimento, garantendo il diritto dei cittadini europei di utilizzare le proprie conoscenze professionali in tutti gli Stati membri, si tradurrà inevitabilmente nell'interesse di questi di acquisire tali conoscenze ove le riterranno più qualificate. La funzione del mutuo riconoscimento dei diplomi, dunque, non è unicamente quella di permettere la libera circolazione dei professionisti nell'ambito dell'Unione europea ma anche quella di favorire la circolazione degli stessi sistemi d'istruzione nazionale, mettendoli a confronto. In tal senso si vd. G. VESPERINI, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 1, 197 ss.

punteggio minimo richiesto per l' idoneità, senza collocarsi in posizione utile per ottenere l' accesso ad un' università italiana).

L' Adunanza Plenaria è stata chiamata a individuare i presupposti richiesti nell' ordinamento vigente per il trasferimento in atenei italiani di studenti iscritti in università di altri Stati membri, e, in secondo luogo, a verificare la sussistenza, nel quadro dei principi che governano l' autonomia delle università italiane, di un potere regolamentare idoneo a prevedere legittimamente limitazioni al trasferimento di studenti provenienti da università di altri Stati membri.

Con la seconda pronuncia in commento, invece, la sesta sezione del Consiglio di Stato solleva questione di legittimità costituzionale dell' art. 2, comma 2, lett. 1) della legge 30 dicembre 2010, n. 240, in riferimento agli artt. 3, 6 e 33 della Costituzione.

La legge n. 240/2010 ha costituito, nel caso di specie, la base normativa della delibera del senato accademico del Politecnico di Milano, con cui è stata stabilita la obbligatorietà della lingua inglese per gli insegnamenti nei corsi di laurea magistrale e di dottorato di ricerca a partire dall' anno accademico 2014-2015 (6).

Tale delibera, oggetto di impugnazione da parte di un consistente numero di docenti del Politecnico di Milano, è stata annullata ad opera del Giudice di primo grado, il quale, dopo aver ricavato indirettamente dalla Costituzione il principio del primato della lingua italiana, ha ritenuto che *“l' internazionalizzazione delle Università deve essere compiuta rispettando il primato della lingua italiana, da intendere secondo le precisazioni sviluppate dalla Corte Costituzionale”* (7). Secondo l' interpretazione del T.A.R. Lombardia, il processo di internazionalizzazione sarebbe compatibile con l' ordinamento nazionale solo nella misura in cui la lingua italiana non venga collocata in posizione marginale rispetto ad altre lingue tale da farne assumere un ruolo subordinato nel contesto dell' insegnamento universitario. Nell' ambito di tale linee interpretative, l' università, esercitando la propria autonomia didattica, avrebbe il potere di “selezionare” gli insegnamenti che si prestano ad essere impartiti in lingua straniera per la materia trattata, che di per sé si ritiene presentino una vocazione internazionale, o che abbiano trovato origini o sviluppo scientifico in una particolare lingua straniera.

---

(6) In merito all' internazionalizzazione delle università si rileva al primo tentativo in tal senso con l' art. 1 *ter* del d.l. n. 7 del 2005 (poi convertito in l. 43 del 2005), il quale prevede l' obbligo delle università di adottare programmi triennali aventi ad oggetto, tra gli altri, i corsi di studio da istituire e attivare nell' ambito e programmi di internazionalizzazione.

(7) T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 25 maggio 2013, n. 1348, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Istruzione Pubblica*, n. 123, commentata da P. CARETTI - A. CARDONE, *Ufficialità della lingua italiana e insegnamento universitario: le ragioni del diritto costituzionale contro gli eccessi dell' esterofilia linguistica*, in *Giur. cost.*, 2, 2013, pg. 655 ss.; R. CIFARELLI, *La tradizione della lingua italiana e l' esigenza di internazionalizzazione: una convivenza ancora possibile?*, in *Giur. merito*, 10, 2013, pg. 2191.

L'oggetto dell'ordinanza n. 242 del 2015, resa nel giudizio di impugnazione della sentenza di primo grado, consiste proprio nella rimessione alla Corte Costituzionale della suddetta verifica di compatibilità della legge n. 240 del 2010 (che pone un criterio direttivo finalizzato a orientare l'autonomia universitaria al rafforzamento del processo di internazionalizzazione, consentendo alle istituzioni universitarie di istituire insegnamenti, corsi di studio e forme di selezione in lingua straniera) con il primato della lingua italiana, costituzionalmente imposto (8).

## 2. Il quadro normativo nazionale: la cornice istituzionale dell'autonomia universitaria.

Il profilo normativo comune alle due pronunce, è rinvenibile nelle disposizioni della Costituzione in tema di autonomia universitaria (9).

Gli articoli 33 e 34 della Costituzione pongono i principi fondamentali in tema di istruzione, con riferimento, il primo, all'organizzazione scolastica (della quale le università, per quanto attiene all'attività di insegnamento, sono parte) (10), il secondo, al diritto di accedervi e di usufruire delle prestazioni che essa è chiamata a fornire (11).

---

(8) Per un maggior approfondimento in merito ai tentativi legislativi di introdurre la formalizzazione costituzionale dell'italiano quale lingua ufficiale della Repubblica si vd. M. FRANCHINI, "Costituzionalizzare" l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?, in *www.rivistaaic.it.*; in giurisprudenza si vd. C. Cost., 22 maggio 2009, n. 159, in *Foro it.*, 2011, 1, 1309, commentata da D. BONAMORE, *Conflitto fra Stato e Regione in tema di tutela delle lingue minoritarie e dei loro parlanti (art.6 Cost.)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2010, 3, 1027 ss; C. Cost., 11 febbraio 1982, n. 28, in *Giur. cost.*, 1982, 1, pg. 247 ss.

(9) Per il periodo antecedente all'entrata in vigore del testo unico delle leggi universitarie del 1933 si vd. I. PORCIANI (a cura di), *L'università tra otto e novecento: i modelli europei e il caso italiano*, Napoli, Jovene, 1994, V.; S. CASSESE, *L'università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 3, 755 ss.; S. CASSESE, *Discussioni sull'autonomia universitaria*, in *Foro it.*, 1990, 5, 205 ss.; U. POTOTSCHNIG, *L'autonomia universitaria: strutture di governo e di autogoverno*, in *Giur. cost.*, 1988, 2305 ss.; L. EINAUDI, *L'università italiana e la riforma Gentile*, in *Cronache economiche e politiche di un trentennio (1893-1925)*, vol. VII (1923-1924), Torino, 1965, 424 ss.; CRISAFULLI, *Autonomia e libertà nella scuola*, in *Riv. giur. scuola*, 1965, 23 ss.; M.S. GIANNINI, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 851 ss.; A.M. SANDULLI, *L'autonomia delle università statali*, in *Annali Triestini, Studi in onore di Cosattini*, Trieste, 1949, 61 ss.

(10) In tal senso cfr. C. Cost., 14 dicembre 1972, n. 195, ove si legge che "Non v'è dubbio che la libertà della scuola si estende a comprendere le università, che sono previste nel contesto del medesimo art. 33; e sarebbe, d'altronde, illogico che le garanzie di libertà per la scuola in genere non fossero applicabili anche alle università e agli istituti di istruzione superiore".

(11) Per una maggiore analisi dell'impatto della nuova previsione costituzionale sul sistema normativo previgente si vd. S. CASSESE - A. MURA, *Commento agli art. 33 e 34 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1976. I principi costituzionali in tema di autonomia universitaria non hanno inciso nell'immediato sulla normativa previgente, portando a prevalere un indirizzo di continuità con il precedente assetto centralizzato e uniforme. Solo con la l. n. 168 del 1989 si è inteso dare finalmente attuazione ai principi posti dagli artt. 33 e 34 della Costituzione, in riferimento all'autonomia universitaria. A questi stessi principi è, infatti, a lungo sopravvissuta una normativa che aveva i suoi antecedenti nella legge Casati (l. 13 novembre 1895, n. 3725) e, soprat-

L'articolo 33, dopo aver stabilito, al primo comma, che *“l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento”* e, al secondo comma, che *“la Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi”*, prevede per le istituzioni di alta cultura, e, tra esse, per le università, *“il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato”* (art. 33, comma 6, Cost.).

La Costituzione riconosce, dunque, l'unità dell'ordinamento della pubblica istruzione ed insieme il diritto delle università *“di darsi ordinamenti autonomi”*; tale autonomia si esplica, dunque, nell'ambito di principi essenziali stabiliti dal legislatore. Si afferma, in tal modo, la sussistenza di una riserva di legge relativa che opera nel senso di garantire la fissazione di limiti legislativi entro cui dovrà esplicarsi poi l'autonomia universitaria (12).

Il sistema universitario si configura, dunque, come un settore soggetto a forme di indirizzo e controllo da parte del legislatore statale, titolare del potere di porre limiti legislativi all'autonomia universitaria, *“limiti che non sarebbero più tali ove le disposizioni di legge fossero circostanziate al punto da ridurre le università, che la Costituzione vuole dotate di ordinamenti autonomi, al ruolo di meri ricettori passivi di decisioni assunte al centro”* (13). Tali limiti riguardano tanto l'autonomia organizzativa in senso stretto, quanto l'autonomia normativa che coinvolge i diritti di accesso alle prestazioni.

L'introduzione del principio dell'autonomia da parte della Costituzione non ha prodotto negli anni successivi gli immediati mutamenti che era possibile attendersi; il sistema universitario ha, infatti, percorso la strada della riforma con estrema cautela e incertezza. Fino all'approvazione della l. 168 del 1989, che ha specificato gli ambiti dell'autonomia, riferendosi a diverse materie e qualificandone la natura normativa, tale nozione si traduceva in un mero potere di autorganizzazione e autogoverno nei limiti di quanto consentito dalla legge statale (14).

Con la legge n. 168 del 1989 (15), istitutiva del Ministero dell'Università

tutto, nella riforma Gentile (l. 30 settembre 1923, n. 2101) cui si giunse dopo la prima guerra mondiale per effetto dei pieni poteri concessi al Governo. Il corpo di queste ultime norme si ritrova nel r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, recante il testo unico delle norme sull'istruzione superiore, rimasto in buona parte in vigore, come detto, fino alla l. n. 168/1989.

(12) È bene qui ricordare comunque la critica da parte della dottrina più autorevole alla classificazione tra riserva assoluta e relativa, si vd. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, (VI ed.), F. CRISAFULLI (a cura di), Padova, Cedam, 1993, 62 ss., ove si legge che *“la classificazione delle riserve in assolute e relative è frutto esclusivo della elaborazione dottrinale e della giurisprudenza della Corte Costituzionale e raramente trova un sicuro fondamento nella formulazione testuale delle disposizioni costituzionali ed è perciò in larga misura affidata alla sensibilità dell'interprete che può e deve utilizzare largamente ogni sorta di indizi desumibili dai principi del sistema, dalla tradizione storica, dalla connessione logica tra le diverse norme costituzionali”*.

(13) Corte Costituzionale, 27 novembre 1998, 383, con nota redazionale di A. CELOTTO e nota critica di A. D'ATENA, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'università*, in *Giur. cost.*, 1998, 3316 ss.

e della ricerca scientifica e tecnologica, si assiste, invece, all'avvio di un ventennio di rilevanti trasformazioni, sia nei rapporti tra le università e lo Stato, sia nell'organizzazione interna e nel funzionamento degli atenei (16).

Con tale intervento legislativo e, in particolare, con le previsioni contenute negli articoli 6 e 7, viene attribuita, per la prima volta, autonomia statutaria, didattica, scientifica, finanziaria e contabile alle università (17).

L'ordinamento didattico subisce, poco dopo, nuove modifiche con l'entrata in vigore della legge 19 novembre 1990, n. 341 e dell'art. 17, comma 95, della legge 15 maggio 1997, n. 127, che, a distanza di pochi anni ha inteso "riformare la riforma" (18); tali interventi normativi hanno rappresentato un passo indietro rispetto all'autonomia riconosciuta con la l. 168/1989.

E, infatti, la riforma del 1990 ha disposto la riorganizzazione degli ordinamenti didattici e l'innovazione degli insegnamenti mediante l'adozione di uno o più decreti adottati su proposta del Ministero con parere conforme del Consiglio universitario nazionale. Alle università era, dunque, rimessa la deliberazione dell'ordinamento didattico che doveva ad ogni modo essere approvato dal Ministero ed emanato con decreto dal rettore. Tali decreti, inoltre, avevano la funzione, oltre di stabilire gli insegnamenti da impartire,

(14) R. FINOCCHI, *Le università*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), tomo II, Milano, Giuffrè, 2000, 973 ss.

(15) Tra gli atti legislativi più significativi, successivi alla Costituzione, può essere ricordata la legge 11 aprile 1953, n. 312, con la quale venne consentita la libera inclusione di nuovi insegnamenti complementari negli statuti delle università. Con la fine degli anni sessanta si apre la stagione dei cosiddetti "provvedimenti urgenti per l'università": tra i provvedimenti più innovativi di questo decennio si richiama la legge 11 dicembre 1969, n. 910, la quale riforma l'accesso all'università, prevedendo la possibilità di accedervi per tutti coloro che abbiano conseguito un qualsiasi diploma di maturità, indipendentemente dalla facoltà prescelta ("liberalizzazione dell'accesso"), inoltre, viene prevista la possibilità per gli studenti di predisporre un piano di studi diverso da quelli stabiliti dall'ordinamento didattico in vigore purché nell'ambito delle discipline effettivamente insegnate, da sottoporre alla previa approvazione del consiglio di facoltà ("liberalizzazione dei piani di studio"). La stagione della legislazione di urgenza si chiude con il d.l. 1 ottobre 1973, n. 580 e il d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382, i quali si focalizzano, in gran parte, sullo stato giuridico e sull'organizzazione del corpo docente, oltre all'introduzione di norme sulla sperimentazione organizzativa e didattica, quale il conferimento dell'autonomia amministrativa finanziaria e contabile ai dipartimenti, dotati di un proprio bilancio. Per ulteriori approfondimenti cfr. W. GASPARRI, voce "Università degli studi", in *Dig. disc. pubbl.*, 2000.

(16) Sulla disciplina delle università dopo l'attuazione della l. n. 186 del 1989 la letteratura è molto vasta, si vd., tra gli altri, F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle università*, in *Dir. Amm.*, 2008, 4, 739 ss.; F. MERLONI, voce "Università", in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, 6103 ss.; R. FINOCCHI - L. FIORENTINO - A. MARI, *Gli statuti delle università*, Milano, Giuffrè, 2000; L. MAZZAROLLI, *Il principio costituzionale di autonomia universitaria*, in *Dir. Amm.*, 1997, 1, 5 ss.; D. SORACE, *L'autonomia universitaria degli anni novanta: problemi e prospettive*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 1, 139 ss.; A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *Giur. cost.*, 1991, 1, pg. 2973.

(17) L'art. 6, comma 3, della l. 168/1989, prevede quale unico limite all'autonomia didattica il rispetto dei "principi generali fissati nella disciplina relativa agli ordinamenti didattici universitari".

(18) R. FINOCCHI, *Le università*, op. cit., 973.

anche di determinare i *curricula* e i titoli di studio necessari per l'accesso alle professioni (19).

L'autonomia, pertanto, restava confinata all'aspetto puramente organizzativo della didattica (20); tale assetto non ha subito rilevanti modifiche da parte della riforma introdotta dall'art. 17, comma 95, della l. n. 127/1997, al punto da far dubitare della legittimità costituzionale di una normativa statale di eccessivo dettaglio, in violazione del principio di autonomia (21).

Le nuove disposizioni hanno, infatti, mantenuto inalterata la ripartizione tra fonti statali e autonomia universitaria, intervenendo unicamente sulla disciplina quadro di emanazione ministeriale, prevedendo che tali decreti dovevano limitarsi a stabilire i "*criteri generali*".

Vi era, dunque, da attendersi che il legislatore nazionale, nel porre nuovamente mano agli ordinamenti universitari, desse risalto all'autonomia, liberando le funzioni didattiche dai vincoli centralistici. Tali intenti hanno trovato un assetto, se non definitivo, in fase di consolidamento, nella l. 2 agosto 1999, n. 264, recante norme in materia di accessi ai corsi universitari e nel regolamento adottato con il d.m. 3 novembre 1999, n. 509, le cui linee di fondo sono l'introduzione dei crediti formativi, l'uniformità dei titoli di studio e l'ampio condizionamento da parte delle autorità centrali (22).

Dal quadro normativo sinteticamente tratteggiato, si desume che l'idea di fondo che ispira gli interventi legislativi di questi anni si trova adeguatamente

(19) In dottrina è stata più volte ravvisata la natura contraddittoria delle riforme attuate negli anni novanta che, avviate per dare attuazione all'autonomia riconosciuta dall'art. 33 della Costituzione, hanno limitato la stessa ai profili marginali dell'attività universitaria, riservando le scelte di fondo al potere ministeriale, unico centro di governo dell'intero sistema. In tal senso cfr. F. MERLONI, *L'autonomia delle università e degli enti di ricerca: alcuni nodi problematici*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, 489 ss.

(20) In tal senso, si vd. S. CASSESE, *L'autonomia delle università nel rinnovamento delle istituzioni*, in *Foro it.*, 1993, 5, 82 ss. il quale afferma che, in tal modo, "*si è fatto un passo indietro persino rispetto al testo unico del 1933, stabilendo dal centro non solo gli insegnamenti da impartire in ciascuna facoltà, ma anche la corrispondenza tra titoli di studio e posizioni*" finendo per limitare "*l'autonomia didattica all'organizzazione della didattica*".

(21) Corte Costituzionale, 27 novembre 1998, n. 383, con nota critica di A. MARI, *Riserva di legge aperta e limitazione delle iscrizioni all'università*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 3, 221 ss. La decisione riguarda la legittimità costituzionale dell'art. 17, comma 116, l. 127/1997 nella parte in cui attribuisce al Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica il potere di definire, su conforme parere del Cun, i criteri generali per la regolamentazione dell'accesso alle scuole di specializzazione e ai corsi universitari, anche a quelli per i quali l'atto emanato preveda una limitazione delle iscrizioni. Per gli sviluppi del dibattito in tema di programmazione degli accessi si vd. M. DE BENEDETTO, *Il numerus clausus per l'accesso all'università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 11, 1046 ss.; G. MILO, *Diritto all'istruzione universitaria e limitazione degli accessi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, 181 ss.; V. ANGIOLINI, *Numero chiuso e autonomia universitaria*, in *Corr. giur.*, 1999, 4, 554 ss.; G. SENATORE, *Accesso all'università e numero chiuso: una nuova pronuncia di costituzionalità provvisoria*, in *Giur. it.*, 1999, 9; A.M. POGGI, *Il caso dell'autonomia universitaria: la costruzione di un effettivo modello di autonomia di un soggetto pubblico*, in *L'effettività tra sistema delle fonti e controlli*, in F. PIZZETTI - A. BARDUSCO (a cura di), Milano, Giuffrè, 1998, 196 ss.



sintetizzata sia dagli statuti, che qualificano le università come “*comunità di persone che concorrono alla realizzazione dei fini istituzionali conferiti*”, sia dalla Corte Costituzionale (sentenza del 9 novembre 1988, n. 1017), secondo la quale “*l’autonomia accademica si traduce in definitiva nel diritto di ogni singola università a governarsi liberamente attraverso i suoi organi e, soprattutto, attraverso il corpo dei docenti nelle sue varie articolazioni*”.

L’ampliamento dell’autonomia delle singole università nella scelta dei “*contenuti*” degli ordinamenti didattici ha subito un nuovo arresto con le determinazioni assunte nel 2007 (con due decreti ministeriali di pari data del 16 marzo), in cui sono stabiliti il numero massimo degli esami o i crediti che possono essere riconosciuti in esito a convenzioni.

Da ultimo, con la riforma cosiddetta Gelmini (legge 30 dicembre 2010, n. 240) (23), le università sono state chiamate, ancora una volta, a ridefinire la propria *governance*, modificando i rispettivi statuti secondo una procedura, entro un termine e nel rispetto di criteri direttivi indicati dall’art. 2 (24).

L’intervento si è reso necessario in ragione del mutamento del contesto giuridico-istituzionale nel quale le università si sono trovate ad operare, seppur dotate di un assetto organizzativo ancorato a un modello istituzionale privo di autonomia; autonomia che, invece, le università avevano ormai da tempo acquistato (25).

---

(22) Cfr. G. DELLA CANANEA, *Università e professioni tra pseudoriforme e riforme a metà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1, 102 ss. Sul punto, si segnala che un’ulteriore modifica al d.m. n. 509/1999 è stata disposta ad opera del d.m. 22 ottobre 2004, n. 270, prevedendo che, anche nel caso di corsi di laurea magistrale, per i quali non era previsto il numero programmato, l’università avrebbe potuto stabilire specifici criteri di accesso, la previsione di requisiti curriculari e “*l’adeguatezza della personale preparazione verificata dagli atenei, con modalità da definire nei regolamenti didattici*”.

(23) La legge n. 240/2010 è stata anche oggetto di dibattiti sotto il profilo della legittimità costituzionale; sul punto cfr. F. MERLONI, *La nuova governance delle università italiane*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 2, 353 ss. Secondo l’A. la legge Gelmini “*rinvia alla fonte statutaria la definitiva disciplina degli organi di ateneo e dell’articolazione interna, ma interpreta in modo estensivo il potere di fissarne i limiti: non solo limiti esterni al potere statutario, ma limiti interni, con la puntuale predeterminazione del contenuto della futura disciplina statutaria*”. Tale “*riappropriazione di potere normativo*”, sempre ad avviso dell’A., solleverebbe un duplice “*problema di legittimità costituzionale*”: da un lato, sarebbe dubbia la ragionevolezza e la proporzionalità di simile “*evidente arretramento del diritto di darsi ordinamenti autonomi rispetto al livello garantito dalla legge n. 168 del 1989*”, dall’altro, la nuova disciplina legislativa potrebbe rappresentare una “*eccessiva e non ragionevole compressione dello stesso autogoverno universitario, il tratto minimo e indefettibile al di sotto del quale non si potrebbe più parlare di autonomia delle università*”.

(24) Per ulteriori approfondimenti sulla riforma Gelmini si vd. S. BATTINI, *La nuova governance dell’università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 2, 359 ss.; C. MARZUOLI, *Lo stato giuridico e il reclutamento: innovazioni necessarie ma sufficienti?*, in *Giorn. dir. amm.* 2011, 4, 360 ss.; Z. ZENCOVICH, *Ci vuole poco per fare un’Università migliore*, Fagnano, Il Sirente, 2011.

(25) Con la riforma Gelmini si avvia, infatti, la fase del cd. “*Governo a distanza*”: lo Stato fissa le regole “*a maglie larghe*”, quali standards, griglie, requisiti ecc., che hanno la funzione di delimitare lo spazio entro cui l’autonomia universitaria può essere legittimamente esercitata; introduce un’attività di valutazione dei risultati raggiunti dalle università attraverso l’esercizio dell’autonomia loro concessa dal cui esito dipende la concessione dei finanziamenti.

Si è giunti, dunque, a rielaborare i margini di autonomia statutaria delle università, imponendo l'esercizio della stessa nel rispetto di una trama piuttosto fitta di criteri direttivi fissati dal legislatore, che, nella sostanza, individuano un modello di *governance* uniforme per tutti gli atenei (26).

In sintesi, allo stato attuale, è possibile riconoscere in capo alle università, che hanno conseguito la stabilità e sostenibilità del bilancio, nonché risultati di elevato livello nella didattica e nella ricerca, la possibilità di sperimentare propri modelli funzionali e organizzativi.

Il legislatore, dunque, nel rispetto dell'art. 33 della Costituzione, ha attribuito alle università la facoltà di ricorrere a nuovi modelli, ma solo sulla base di accordi di programma con il Ministero dell'istruzione, università e della ricerca.

L'autonomia normativa e consultiva da un lato, e l'autonomia economico-finanziaria, dall'altro, sono esercitate, nell'ambito dell'organizzazione interna di ciascuna università, rispettivamente, dal senato accademico e dal consiglio di amministrazione.

I dipartimenti delle università sono, invece, titolari dell'esercizio delle attività finalizzate allo svolgimento della ricerca scientifica, delle attività didattiche e formative.

Assume rilievo, nell'ambito del potere-dovere delle università di dotarsi di ordinamenti autonomi, anche la norma dettata dall'art. 1 del d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 18 sulla contabilità economico patrimoniale degli atenei, che attribuisce alle università la facoltà di adottare sistemi e procedure di contabilità analitica, in conformità ai principi contabili e agli schemi di bilancio stabiliti e aggiornati con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (27).

---

(26) Tale modello non ha rappresentato un totale sovvertimento rispetto al passato; e, infatti, gli organi di governo necessari, ossia obbligatoriamente previsti dallo statuto, sono rimasti il rettore, il senato accademico, il consiglio di amministrazione e nucleo di valutazione cui si sono aggiunti il collegio dei revisori dei conti e il direttore generale. Significative innovazioni sono state introdotte, invece, nell'ambito della distribuzione delle funzioni tra gli organi e delle modalità di costituzione degli stessi. In particolare, si identificano tre principali componenti organizzativo-funzionali del sistema di *governance* di ateneo: in primo luogo, rileva il ruolo centrale del rettore, il quale rappresenta l'ateneo e indirizza e coordina tutti i processi decisionali (essendo membro di diritto del senato e del consiglio di amministrazione); al senato, costituito su base elettiva, invece, spetta la titolarità della funzione normativa nonché i poteri di controllo sull'attività svolta dal consiglio di amministrazione; il consiglio di amministrazione, i cui membri sono designati secondo modalità definite dagli statuti, è titolare della funzione di indirizzo strategico e di programmazione economico-finanziaria. Infine, l'ultima componente organizzativa e funzionale individuata dalla riforma Gelmini è il nucleo di valutazione, al quale sono affidati compiti di verifica della qualità ed efficacia dell'offerta didattica e dell'attività di ricerca. Dal punto di vista didattico-organizzativo, invece, la riforma Gelmini individua un'unica sede deputata alle funzioni didattiche e di ricerca: il dipartimento, destinato a cumulare tutte le funzioni proprie delle facoltà e dei "vecchi" dipartimenti. La riforma Gelmini conduce, dunque, all'eliminazione della pluralità di strutture (ed in particolare il superamento della divisione delle funzioni di didattica e ricerca, le prime affidate alle facoltà e le seconde ai dipartimenti), rimettendo agli statuti la ridefinizione dell'articolazione interna, ponendo però come vincolo e criterio direttivo la "semplificazione" dell'articolazione interna.

Il legislatore, dunque, nel dettare i limiti entro cui deve svolgersi il diritto delle università di dotarsi di ordinamenti autonomi, non sempre è riuscito, con l'adozione di provvedimenti differenti, informati ad una pluralità di indirizzi distinti, non del tutto conciliabili tra loro, a garantire l'intangibilità di quel nucleo di autonomia riconosciuto in capo alle università (28).

Ciò è reso evidente da un'analisi delle pronunce in commento, ove, da un lato, l'autonomia normativa viene valorizzata rimettendo all'atto tipico, ossia lo statuto, la determinazione dei criteri da adottare al fine di valutare il percorso formativo compiuto dallo studente che chiede il trasferimento provenendo da un ateneo straniero, mentre, dall'altro, l'autonomia didattica, ossia l'internazionalizzazione dei corsi di studi, in conformità a quanto previsto dalla l. 240/2010, è frenata proprio dalla base sociale dell'autonomia stessa, ossia dai docenti, i quali, impugnando la delibera del senato accademico del Politecnico di Milano, conducono a porre in discussione la legittimazione primaria dell'autonomia riveniente dalla comunità di riferimento (in quanto trova, come noto - almeno storicamente - nel riferimento al corpo sociale - l'*universitas* - un *prius* rispetto a ogni forma, inevitabilmente successiva, di riconoscimento pubblico dell'autonomia stessa).

### *3. La cittadinanza europea e il trasferimento da università di altri Stati membri nella decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2015.*

Come anticipato, con la sentenza n. 1 del 2015, l'Adunanza Plenaria è giunta a una completa rimediazione sulla questione che per anni è stata oggetto di dibattito dinanzi al giudice amministrativo, ossia il potere-dovere delle università italiane di accogliere le istanze di trasferimento da parte di quegli studenti che, senza essersi sottoposti al test di ammissione o senza essersi collocati in posizione utile per ottenere l'accesso ai corsi di laurea dell'area medico-chirurgica, chiedevano l'iscrizione ad anni successivi al primo, presso università italiane, con riconoscimento della carriera svolta presso un'università straniera.

In giurisprudenza (29) è prevalsa sin qui la tesi negativa, ossia ostativa al riconoscimento della legittimità del trasferimento da università straniere senza aver previamente superato il test preselettivo.

---

(27) A. DI GIOVANNI, *L'organizzazione interna delle università: tra dipartimenti e strutture di raccordo*, in *Competizione e governance del sistema universitario*, (a cura di) E. PICOZZA - A. POLICE, Giappichelli, Torino, 2013, 421.

(28) In tal senso si vd. G. VESPERINI, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, *op. cit.*

(29) Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2014, n. 963; Cons. St. sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2829; Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2028; Cons. St. sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 5015; Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2013, n. 2866; Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2013, n. 5561; Cons. St., sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 5015; Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4657; Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2012, n. 2063; T.A.R. Campania - Napoli, sez. VIII, 23 luglio 2014, n. 4102; T.A.R. Abruzzo - Pescara, sez. I, 20 gennaio 2014, n. 48.

Tale interpretazione era fondata su di una lettura restrittiva della normativa di riferimento, ossia l'art. 4, della l. 264 del 1999, che subordina l'ammissione ai corsi universitari al previo superamento di apposite prove di cultura generale e di accertamento della predisposizione per le discipline oggetto dei corsi medesimi (30). Da ciò, la giurisprudenza dominante ne deduceva, in passato, che lo studente che intendesse trasferirsi da un'università straniera o italiana doveva sottoporsi al test di ammissione, indipendentemente dall'aver frequentato proficuamente il primo anno (o anni successivi) di università straniera. La *ratio* del citato art. 4 della l. 264 del 1999 è, infatti, quella di fare in modo che l'accesso e la prosecuzione ai corsi di laurea di cui agli artt. 1 e 2 della l. 264 del 1999 siano garantiti in presenza di alti standard formativi, valutati alla luce di una prima selezione idonea a verificare l'attitudine del candidato allo studio di materie legate ad una professionalità particolarmente complessa (31). Tali standard formativi non possono ritenersi ugualmente raggiunti per l'avvenuto superamento di prove di ammissione presso università di altri Stati membri data la mancanza di una normativa comunitaria di armonizzazione delle procedure di ammissione ai corsi universitari; infatti, non essendo uniformi a livello comunitario né i programmi, né le modalità di selezione per l'accesso alle facoltà mediche, non è possibile una valutazione comparativa tra la selezione svolta in altri paesi comunitari e quella svolta sul territorio nazionale (32).

Come affermato più volte dalla giurisprudenza in materia (33), infatti, l'or-

---

(30) L'art. 4 della l. 264 del 1999 dispone che: *“L'ammissione ai corsi di cui agli articoli 1 e 2 è disposta dagli atenei previo superamento di apposite prove di cultura generale, sulla base dei programmi della scuola secondaria superiore, e di accertamento della predisposizione per le discipline oggetto dei corsi medesimi, con pubblicazione del relativo bando almeno sessanta giorni prima della loro effettuazione, garantendo altresì la comunicazione dei risultati entro i quindici giorni successivi allo svolgimento delle prove stesse. Per i corsi di cui all'articolo 1, comma 1, lettere a) e b), il Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica determina con proprio decreto modalità e contenuti delle prove di ammissione, senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato”*.

(31) Al riguardo, torna attuale la riflessione di Concetto Marchesi che, nel dibattito in assemblea costituyente, sosteneva che occorre *“socchiudere, non spalancare le porte dell'università”* per assicurarne una *“salutare selezione”*; la relazione di C. Marchesi è citata da S. CASSESE - A. MURA, *Commento agli artt. 33 - 34 in Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1976, 216-217.

(32) In tal senso cfr. nota prot. n. 437 del 18 febbraio 2010 del MIUR, Dipartimento per l'università, l'alta formazione artistica, musicale e coreutica e per la ricerca, Direzione generale per l'Università, lo studente e il diritto allo studio universitario.

(33) Sul punto cfr. Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2012, n. 2063, ove si legge che *“Giova sottolineare al riguardo che: altra cosa è il riconoscimento delle qualifiche professionali, disciplinato al livello comunitario dalla direttiva 2005/36/CE (recepita nell'ordinamento nazionale con decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 206), mentre ben altra cosa è il c.d. “riconoscimento accademico”, il quale consente al possessore di un diploma di continuare gli studi o di avvalersi di un titolo accademico in un altro Stato membro. Questo secondo tipo di riconoscimento non conosce, allo stato attuale dell'evoluzione del diritto comunitario, misure di armonizzazione o di ravvicinamento delle legislazioni e resta interamente rimesso alle scelte normative dei singoli Stati membri. Se ciò è vero per il c.d. “riconoscimento accademico” in senso proprio, a maggior ragione è vero in relazione alle previsioni (che qui vengono*

dinamento comunitario garantisce, ad alcune condizioni, il riconoscimento dei soli titoli di studio e professionali e non anche delle mere procedure di ammissione (34); ciò implica, dunque, che, pur essendovi un obiettivo di omogeneizzazione (come peraltro specificato dall'art. 165, comma 4 del TFUE) (35), restano ferme le responsabilità degli Stati in materia di organizzazione dell'istruzione.

D'altronde, la soluzione opposta, ossia l'accoglimento delle istanze di trasferimento da università di altri Stati membri a università italiane, pur senza aver previamente sostenuto il test di accesso, determinerebbe, ad opinione dell'indirizzo fino ad ora dominante, una vera e propria elusione del meccanismo di accesso previsto dall'art. 4 della l. 264 del 1999.

Da ultimo, non può trascurarsi la discriminazione che si verificherebbe nei confronti degli studenti che svolgono la prova di ingresso secondo le modalità previste dalla citata l. n. 264 del 1999, autorizzando il trasferimento e

---

*in rilievo) di cui alla l. 264 del 1999 circa l'accesso ai corsi di laurea e l'individuazione dei presupposti e delle condizioni per l'accesso agli anni dei corsi di laurea successivi al primo". In tal senso, si vd. anche Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2014, n. 1082, ove si legge che: "lo stesso articolo 149 del TFUE. si limita a fissare quale obiettivo meramente tendenziale dell'operato dell'Unione quello di favorire la mobilità degli studenti e di promuovere il riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio; tuttavia, lo stesso articolo 149, comma 4, chiarisce che l'azione dell'Unione europea si limita all'adozione di mere 'azioni d'incentivazione', "ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri". In senso conforme cfr. T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. II, 4 settembre 2012, n. 906.*

(34) In merito al riconoscimento dei titoli professionali sono ormai note le pronunce con cui la Corte di Giustizia ha escluso la natura abusiva del titolo professionale, in particolare il titolo di abilitazione per l'esercizio della professione forense, acquisito in uno Stato membro diverso da quello nel quale viene regolarmente esercitata la professione. La Corte di Giustizia, con la sentenza del 17 luglio 2014, n. 58/13, ha affermato che: "l'art. 3 della direttiva 98/5, consentendo ai cittadini di uno Stato membro che ottengano il loro titolo professionale di avvocato in un altro Stato membro di esercitare la professione di avvocato nello Stato di cui sono cittadini con il titolo professionale ottenuto nello Stato membro di origine, non incide sulle strutture fondamentali, politiche e costituzionali né sulle funzioni essenziali dello Stato membro di origine ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE". In tal senso le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sostenuto che: "È illegittimo ogni ostacolo frapposto, al di fuori delle previsioni dalla normativa comunitaria, al riconoscimento, nello Stato di appartenenza, del titolo professionale ottenuto dal soggetto interessato in altro Stato membro in base all'omologazione del diploma di laurea già conseguito nello Stato di appartenenza. Peraltro, allorché nello Stato di appartenenza l'accesso all'esercizio della professione sia subordinato, a differenza che nell'altro Stato membro, a prova abilitativa ed a tirocinio teorico-pratico, l'interesse pubblico al corretto svolgimento dell'attività professionale è idoneamente tutelabile attraverso il triennio di esercizio della professione con il titolo di origine (d'intesa con professionista abilitato) e la verifica dell'attività correlativamente espletata" (SS.UU. n. 28340/2011).

(35) L'art. 149 del TFUE, al comma 1 prevede che: "L'Unione contribuisce allo sviluppo di un'istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, sostenendo ed integrando la loro azione nel pieno rispetto della responsabilità degli Stati membri per quanto riguarda il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché delle loro diversità culturali e linguistiche"; e al comma 4 afferma che: "Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo: il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando in conformità della procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri".

l'iscrizione ad anni successivi al primo di studenti provenienti da altri paesi comunitari che non abbiano superato i test predisposti dal Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca.

L'Adunanza plenaria, con la decisione in commento, opera innanzitutto una ricognizione del quadro normativo in materia, rilevando l'esistenza di un vuoto normativo.

Dopo aver precisato che nel nostro ordinamento non esiste, allo stato attuale, un "*diritto al trasferimento*", rileva che le uniche disposizioni in materia di trasferimenti si rinvencono nei commi 8 e 9 dell'art. 3 del d.m. 16 marzo 2007, che, senza alcun riferimento ai requisiti per l'ammissione, rimette ai regolamenti didattici di ciascun ateneo la disciplina dei trasferimenti degli studenti da un corso di laurea a un altro ovvero da un'università a un'altra sulla base del numero dei crediti maturati, prevedendo anche la possibilità di ricorrere, se necessario, a colloqui al fine di verificare le conoscenze maturate (36).

La lettura data dall'Adunanza plenaria all'art. 4 della l. 264 del 1999, interpretato, come detto, in via estensiva dal precedente orientamento giurisprudenziale, è nel senso che il test di accesso, quale condizione legittimante l'ammissione ai corsi universitari, si applicherebbe ai soli casi di "*primo accoglimento dell'aspirante nel sistema universitario*", poiché preordinato a verificare che il candidato sia in possesso di nozioni di cultura generale sulla base dei programmi della scuola secondaria superiore, nonché la predisposizione dello studente per le discipline oggetto dei corsi medesimi. Da ciò la conclusione secondo cui la norma non si riferisce tanto all'ipotesi di trasferimento di studenti universitari da un ateneo straniero ad uno nazionale, quanto allo studente che chiede di entrare e essere accolto per la prima volta nel sistema universitario.

Tale interpretazione appare, inoltre, confermata dall'art. 6 del d.m. 22 ottobre 2004, n. 270 che, nell'indicare i requisiti di ammissione ai corsi di studio, si riferisce espressamente al "*possesso del diploma di scuola secondaria superiore*"; il legislatore, quindi, nel disciplinare la procedura di ammissione ai corsi di studio, ha voluto riferirsi esclusivamente allo studente che si iscrive al primo anno di corso universitario, sulla base, appunto, del titolo di studio acquisito e delle conoscenze ad esso sottostanti.

A sostegno dell'interpretazione restrittiva della normativa nazionale offerta dall'Adunanza plenaria, si aggiunge che il d.m. 28 giugno 2012 utilizza indifferentemente i termini "*immatricolazione*" e "*ammissione*", evidenziando, dunque, un'equivalenza di significato tra i due termini, ove, come noto, il primo è comunemente riferito allo studente che si iscrive al primo anno di corso universitario (37).

---

(36) Per ulteriori approfondimenti sul riconoscimento dei crediti maturati dallo studente si vd. A. MARI, *La riforma degli ordinamenti didattici universitari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 8, 821 ss.

All'esito dell'*excursus* normativo sopra richiamato, l'Adunanza plenaria rileva, dunque, l'assenza di specifiche disposizioni di legge in materia, atteso che le disposizioni normative vigenti non sono applicabili all'ipotesi del trasferimento di studenti universitari da un ateneo di un altro Stato membro ad uno nazionale, riferendosi esclusivamente al primo accesso dello studente al corso di laurea.

L'Adunanza plenaria si propone, dunque, di ricavare dalla giurisprudenza comunitaria i principi applicabili alla fattispecie da essa esaminata.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ritenuto che, se è pur vero che il diritto comunitario non arreca pregiudizio alla competenza degli Stati membri per quanto riguarda l'organizzazione dei sistemi di istruzione e di formazione professionale, gli Stati devono, nell'esercizio di tale potere, ad ogni modo, rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative alla libera circolazione e al libero soggiorno sul territorio degli Stati membri (38).

Questi ultimi, ha aggiunto la Corte, sono quindi liberi di optare per un sistema di istruzione fondato sul libero accesso alla formazione, senza limiti di iscrizione del numero degli studenti, ovvero per un sistema fondato su un accesso regolato che selezioni gli studenti; tuttavia, sia che essi optino per l'uno o per l'altro, le modalità del sistema scelto devono rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, il principio di libertà di circolazione e soggiorno in un altro Stato membro (39).

La facoltà degli studenti provenienti da altri Stati membri di accedere agli studi di insegnamento superiore costituisce, dunque, l'essenza stessa del principio della libertà di circolazione.

Se è pur vero, infatti, che il diritto comunitario garantisce, a talune condizioni, il riconoscimento dei soli titoli di studio e professionali e non anche delle procedure di ammissione, ciò non legittima ad escludere la possibilità

---

(37) Si veda, in particolare, l'art. 10, comma 1, (relativo a "graduatorie, soglia di punteggio minimo e valutazione delle prove") ove si legge che "nell'ambito dei posti disponibili per le immatricolazioni, sono ammessi ai corsi di laurea e di laurea magistrale, di cui agli articoli 2, 4, 5 e 6 gli studenti comunitari e non comunitari di cui all'art. 26 della legge n.189/2002 nonché, nell'ambito della relativa riserva di posti, gli studenti non comunitari residenti all'estero, secondo l'ordine decrescente del punteggio conseguito. Sono ammessi ai corsi gli studenti appartenenti a tutte le predette categorie e che abbiano ottenuto un punteggio minimo pari a venti", nonché il punto 9 dell'all.1, (relativo alle "procedure per la prova di ammissione ai corsi di laurea") ove si legge che "i bandi di concorso, predisposti dagli Atenei, devono indicare: che gli studenti che partecipano all'unica prova prevista per l'ammissione ai corsi di laurea magistrale in medicina e chirurgia e in odontoiatria e protesi dentaria, debbano indicare nel sito riservato, ai fini della eventuale immatricolazione, l'opzione in via esclusiva per uno dei due corsi o, se l'interesse è per entrambi i corsi, l'indicazione in ordine preferenziale tra i due. L'omessa indicazione rende di fatto impossibile la relativa immatricolazione".

(38) In tal senso si vd., sentenze 13 aprile 2010, n. 73, causa C-73/08, 11 settembre 2007, causa C-76/05, Schwarz e Gootjes-Schwarz, Racc. pag. I-6849, punto 70; sentenza 23 ottobre 2007, cause riunite C-11/06 e C-12/06, Morgan e Bucher, Racc. pag. I-9161, punto 24.

(39) Sul punto cfr. P. PROVENZANO, *Libertà di circolazione delle persone (Istruzione - corso di laurea a "numero chiuso")*, in *Riv. italiana di dir. pubbl. comun.*, 2012, 6, 1192 ss.

del trasferimento da un ateneo straniero ad uno nazionale. Da ciò si desume esclusivamente, infatti, che il possesso dei requisiti di ammissione da un ateneo europeo non dà di per sé “diritto” al trasferimento dello studente in qualsiasi altro ateneo di diverso Stato dell’Unione europea.

Da ultimo, l’Adunanza plenaria richiama l’art. 2 della convenzione di Lisbona sul riconoscimento dei titoli di studio stranieri, ratificata con l. 11 luglio 2002, n. 148, ove si legge che “*la competenza per il riconoscimento dei cicli e periodi di studio stranieri, ai fini dell’accesso all’istruzione superiore, del proseguimento degli studi universitari e del conseguimento dei titoli universitari italiani, è attribuita alle università ed agli istituti di istruzione universitaria, che la esercitano nell’ambito della loro autonomia e in conformità ai rispettivi ordinamenti, fatti salvi gli accordi bilaterali in materia*”.

Secondo i giudici del collegio, dunque, tale norma sarebbe indicativa di un potere-dovere delle università di provvedere, nell’esercizio della propria autonomia regolamentare, al riconoscimento dei periodi di studio svolti in altri Stati membri, attraverso il confronto didattico dei corsi esteri con quelli nazionali e della valutazione del percorso formativo già seguito dallo studente, a prescindere dal tipo di accesso di quest’ultimo al sistema universitario.

L’Adunanza plenaria, rimanda, in questo modo, all’autonomia didattica la conformazione attuativa della disciplina sul trasferimento con la definizione dei criteri volti a stabilire il numero dei posti disponibili per il trasferimento e, nell’ambito del numero dei posti disponibili, le modalità di graduazione delle domande, nonché i criteri per mezzo dei quali i crediti riconosciuti determinano l’iscrizione a un determinato anno di corso (con particolare riguardo all’ipotesi di iscrizione come “*ripetenti*” e all’ipotesi in cui lo studente non abbia superato alcun esame e conseguito alcun credito ovvero all’ipotesi in cui lo studente abbia superato un numero di esami tale da non potersi ritenere idoneo che alla sua iscrizione al primo anno previo superamento del test di ammissione).

Nonostante l’orientamento favorevole della più recente giurisprudenza amministrativa all’accoglimento delle istanze di trasferimento (40), appare evidente come la regolazione della materia *de qua* verrà rimessa alla discrezionalità degli atenei e solo la fase applicativa potrà rivelare se le università sapranno applicare correttamente tali criteri con l’atto tipico dell’autonomia, ossia lo statuto (41).

---

(40) L’interpretazione offerta dall’Adunanza plenaria è stata confermata da successive pronunce del Consiglio di Stato; in tal senso si vd. Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2015, n. 3907 e Cons. St., sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2228.

(41) Per approfondimenti sullo statuto, quale fonte del diritto, si vd. C. MIRIELLO, *Fonti del diritto e delegificazione: statuti universitari e potestà normativa in deroga alla legge*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1, 65 ss.; A. MARI, *I limiti alla potestà statutaria delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 12, 1121 ss.; R. FINOCCHI, *Le università*, op. cit., 997 ss.; R. FINOCCHI, *Gli statuti delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 10, 1011 ss.



È tramite lo statuto, infatti, che si determina la ridefinizione “identitaria” dei singoli atenei; tale atto fondamentale di autorganizzazione identifica i “valori” e la “specifica missione” di cui ogni ateneo si fa portatore.

A tal proposito, ogni ateneo ha il dovere di prestare la massima cura nella programmazione delle proprie attività didattiche, delle modalità di svolgimento delle stesse nonché nella scelta di altre strategie finalizzate a promuovere lo sviluppo e la diffusione delle attività didattiche e di ricerca svolte, quali ad esempio, la scelta relativa alla lingua dei corsi di laurea. Si tratta, infatti, di iniziative che, in quanto direttamente disciplinate dagli statuti stessi, si rivelano anch'esse indici del grado di “autonomia normativa” che l'ordinamento è disposto a riconoscere ai singoli atenei (42).

Tale pronuncia rileva da un duplice punto di vista: in primo luogo, infatti, offre un'interpretazione logico-sistematica della normativa vigente maggiormente aderente al diritto comunitario. Seppure, infatti, lo stesso non contempla, allo stato attuale, misure di armonizzazione o riavvicinamento delle legislazioni in materia di accesso ai corsi universitari, nel panorama dei sistemi universitari europei, si sono venuti consolidando alcuni orientamenti di fondo volti a “favore” e non ad “impedire” la circolazione di studenti e laureati (43). In secondo luogo, la pronuncia valorizza l'autonomia regolamentare delle università, rimandando al potere-dovere dei singoli atenei di elaborare una disciplina in tema di trasferimenti, anche prevedendo la subordinazione degli stessi al previo superamento di prove di verifica del percorso formativo compiuto.

#### *4. I temi di legittimità costituzionale relativi all'internazionalizzazione delle università: il caso del Politecnico di Milano nell'ordinanza del Consiglio di Stato.*

La seconda pronuncia in commento, la cui decisione è stata sospesa in attesa della definizione del relativo giudizio da parte della Corte Costituzionale, offre l'occasione per riflettere sui limiti dell'autonomia didattica riconosciuta alle università.

Come già anticipato, il dibattito sulla lingua della didattica universitaria è sorto a seguito dell'adozione, da parte del senato accademico del Politecnico di Milano (università pubblica scientifico-tecnologica che opera unicamente nei campi dell'ingegneria, architettura e disegno-industriale), della delibera

---

(42) Ci si riferisce, in altri termini, al potere attribuito dall'ordinamento agli atenei di operare scelte discrezionali in ambito organizzativo e didattico.

Tale autonomia è, tuttavia, pur sempre delimitata dai poteri di controllo riconosciuti in capo agli organi del governo: gli ordinamenti didattici sono sempre sottoposti al controllo preventivo da parte del Ministero, dell'Anvur e del Cun.

(43) Al riguardo, ormai nota è la diffusione, ad esempio, di pratiche - nel cosiddetto progetto Erasmus - volte a favorire il mutuo riconoscimento (sulla base di autonome convenzioni di ateneo) di periodi di studio e di singole discipline frequentata all'estero.

con la quale veniva stabilita l'attivazione, a partire dall'anno accademico 2014-2015, di corsi di laurea magistrale e corsi di dottorato esclusivamente in lingua inglese (44).

La decisione del senato accademico di rendere obbligatorio l'insegnamento in lingua inglese per quei corsi che, nel panorama del percorso scolastico-universitario, costituiscono il massimo perfezionamento dell'istruzione dello studente, rappresenta un'aspirazione alla modernità e ai nuovi obiettivi di internazionalizzazione (45) che trovano precisi riferimenti ordinamentali nell'art. 2, comma 2, lett. l) della l. 240 del 2010, che prevede che *“per le medesime finalità ed entro lo stesso termine di cui al comma 1, le università statali modificano, altresì, i propri statuti in tema di articolazione interna, con l'osservanza dei seguenti vincoli e criteri direttivi: (...) l) rafforzamento dell'internazionalizzazione anche attraverso una maggiore mobilità dei docenti e degli studenti, programmi integrati di studio, iniziative di cooperazione interuniversitaria per attività di studio e di ricerca e l'attivazione, nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera”* (46).

---

(44) G. FONTANA, *Che lingua parla l'università italiana?*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2013; G. MILANI, *Il T.A.R. della Lombardia boccia l'internazionalizzazione a senso unico dell'università*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); P. CARETTI - A. CARDONE, *Ufficialità della lingua italiana e insegnamento universitario: le ragioni del diritto costituzionale contro gli eccessi dell'esterofilia linguistica*, in *Giur. cost.*, 2013, 2, 655 ss.

(45) Gli strumenti che fino ad oggi il legislatore ha adottato per promuovere la crescita del processo di internazionalizzazione anche in ambito universitario non si limitano solo all'autonomia didattica, estendendosi anche ad aspetti diversi, quali ad esempio, interventi di carattere finanziario: l'internazionalizzazione degli atenei è, infatti, uno degli elementi che contribuiscono all'acquisizione dei finanziamenti (a titolo esemplificativo si vd. d.m. 23 dicembre 2010, n. 50); non solo, nell'ambito di tale disegno riformatore, si segnala anche l'art. 16, comma 3, lett. f) della l. 240 del 2010 che, in tema di composizione delle commissioni di abilitazione, prevede l'integrazione delle commissioni con la selezione di commissari provenienti da università straniere o sorteggiati da apposite liste formate dall'Anvur.

(46) Tale indirizzo era già stato espresso nell'art. 31 dell'all. 2 al d.m. 23 dicembre 2010, n. 50, che, in deroga al divieto per le università di istituire nuovi corsi di studio posto dal precedente art. 30, prevede che: *“al fine di favorire la razionalizzazione e l'internazionalizzazione delle attività didattiche, il divieto di cui al punto § 30 non trova applicazione nei riguardi dell'istituzione di corsi di studio finalizzata all'accorpamento di corsi già presenti nel RAD (con contestuale cancellazione dal RAD degli stessi), ovvero di corsi omologhi a corsi già presenti nel RAD da attivare nella medesima sede didattica dei medesimi, che prevedano la erogazione delle attività didattiche interamente in lingua straniera, anche in relazione alla stipula di convenzioni con Atenei stranieri per il rilascio del doppio titolo o del titolo congiunto”*; tale disposizione, sia pur priva di forza di legge, si pone a chiarimento ulteriore del senso che il legislatore ha voluto attribuire alla disposizione legislativa in esame, tentando di bilanciare le esigenze di razionalizzazione con quelle di internazionalizzazione. Più di recente, l'art. 2 del d.m. 15 ottobre 2013, n. 827 ha stabilito il potenziamento della dimensione internazionale della ricerca e della formazione attraverso il reclutamento di studenti e di docenti all'estero, l'attrazione di studenti stranieri, il potenziamento dell'offerta formativa relativa a corsi di lingua straniera e il potenziamento della mobilità a sostegno di periodi di studio e tirocinio all'estero degli studenti. Ad integrazione del suddetto decreto, è intervenuto, successivamente, il d.m. 14 febbraio 2014, n. 104. Infine, il d.m. 23 dicembre

La delibera suddetta, impugnata da cento docenti dell'ateneo, è stata dichiarata illegittima dai giudici di primo grado, in quanto ritenuta in contrasto con alcuni principi costituzionali tra cui la libertà di insegnamento (i docenti sarebbero in tal modo costretti dall'ateneo a impartire i propri corsi in inglese), il diritto allo studio (in quanto università pubblica dovrebbe garantire ai propri iscritti l'attivazione dei corrispondenti corsi in italiano) e, in particolare, con l'ufficialità della lingua italiana (in quanto tale non suscettibile di essere posta in subordinazione ad altre lingue).

Al contrario, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la legittimità dell'applicazione data dal Politecnico alla norma sopra citata, rilevandone la portata innovativa, tanto da superare il principio espresso dall'art. 271 del r.d. n. 1592 del 1933, secondo il quale *“la lingua italiana è la lingua ufficiale dell'insegnamento e degli esami in tutti gli stabilimenti universitari”* (47) e promuovendo, al contrario, l'istituzione di corsi in lingua diversa dall'italiano; scelta riconducibile all'autonomia universitaria, legittimamente esercitata dal Politecnico di Milano (48).

Ciò posto, tuttavia, i giudici di secondo grado hanno ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della nuova normativa che sembrerebbe porsi in contrasto, innanzitutto, con gli artt. 3 e 6 della Costituzione, dal momento che applicando l'uso della lingua inglese allo svol-

2013, n. 1059 prevede, nell'all. A), che *“per i corsi di studio internazionali si fa riferimento ai corsi che prevedono il rilascio del doppio titolo, del titolo multiplo o del titolo congiunto con atenei stranieri e quelli erogati integralmente in lingua inglese”*.

(47) I giudici di primo grado, offrendo una diversa nozione di *“internazionalizzazione”*, hanno ritenuto, al contrario, che tra l'art. 271 del r.d. n. 1592 del 1933 e l'art. 2, comma 2, lett. l) della l. 240 del 2010 non sussista alcun rapporto di incompatibilità tale da poter ritenere che la prima disposizione sia stata tacitamente abrogata per effetto dell'entrata in vigore della l. 240 del 2010 ex art. 15 disp. prel. c.c., in quanto la corretta interpretazione da dare alla normativa in esame, è volta a suggerire che l'art. 2, comma 2, lett. l), della l. 240 del 2010 abbia voluto promuovere l'“affiancamento” dell'uso della lingua straniera a quella italiana, escludendo, dunque, di collocare quest'ultima in posizione subordinata rispetto alla lingua straniera.

L'orientamento contrario sostiene, invece, che il richiamo a tale norma offre lo spunto per cogliere l'esortazione più volte rivolta al legislatore da dottrina e giurisprudenza in merito alla necessità di un intervento legislativo che chiarisca gli obiettivi del sistema universitario nazionale e si offra di riordinare in modo chiaro la normativa fin'ora vigente, abrogando quelle disposizioni, quale l'art. 271 del r.d. n. 1952 del 1933, che hanno perso la propria portata precettiva in quanto fortemente permeate dal contesto (e dal sentimento) dell'epoca in cui furono adottate.

Sul punto si rimanda a S. CASSESE, *Discussioni sull'autonomia universitaria*, in *Foro it.*, 1990, 5, 207, che, già nei primi anni '90, a proposito del r.d. n. 1592/1933, rilevava che *“è ancora vigente una legge vecchia e fascista. Questo è un capitolo che si è protratto fin troppo tempo nella storia italiana”*.

(48) Tale iniziativa si colloca nel tentativo di accrescere la propria attrattività per gli studenti e i docenti stranieri, al fine di ottenere un aumento della domanda di formazione internazionale negli ambiti culturali e scientifici presidiati dall'ateneo. Dagli studi statistici di settore si è rilevato che al Politecnico su un totale di circa quarantamila studenti, risultano attualmente iscritti circa cinquemila studenti stranieri, con un incremento nell'anno accademico 2013-2014, di circa il venticinque per cento rispetto all'anno accademico precedente. Tale incremento, seppure in misura più contenuta, è stato registrato anche nel numero delle docenze straniere titolari di incarichi didattici nei corsi di laurea magistrale.

gimento della didattica di tutti i corsi (magistrali e di dottorato) si determinerebbe un'abolizione integrale della lingua italiana per i corsi considerati, senza tenere conto delle diversità esistenti tra i corsi, alcuni tra i quali postulano una diversa trasmissione del sapere, maggiormente attinente alle tradizioni e ai valori della lingua italiana (49).

Al riguardo, in dottrina, ci si è interrogati sulla compatibilità tra la natura pubblica del servizio svolto dalle università statali e la scelta di svolgere la didattica in lingua inglese (precludendo, in tal modo, l'accesso a coloro che non sono in possesso delle competenze linguistiche necessarie).

Tale dibattito si inserisce in una riflessione più ampia relativa al ruolo e alla missione di cui oggi gli atenei si fanno portatori; concentrare le proprie attenzioni sul diritto all'accesso all'università, in una fase economica recessiva, come quella che stiamo vivendo, risulta privo di senso laddove a tale sforzo non corrisponda allo stesso tempo un'equivalente attenzione a incrementare le opportunità occupazionali che si offrono agli studenti laureati (50).

E, infatti, gli atenei hanno il dovere di individuare gli strumenti idonei ad accrescere le capacità competitive degli studenti che aspirano a inserirsi in un mercato del lavoro sempre più selettivo ed esigente; il primo passo per la realizzazione di questo obiettivo è proprio quello di rendere accessibile a tutti una lingua ormai universalmente ritenuta prioritaria (51).

In secondo luogo, il Consiglio di Stato rileva la possibile violazione dell'art. 33 che sancisce la libertà di insegnamento; l'obbligo per i docenti di insegnare in lingua straniera appare in contrasto con la libera espressione della comunicazione con gli studenti, dal momento che elimina la possibilità di qualsiasi diversa scelta da parte dei docenti, ai quali appartiene la libertà e la responsabilità dell'insegnamento (52).

Tale contrasto è ancor più evidenziato dal fatto che, nel caso di specie, l'impugnazione della delibera del senato accademico proviene dall'azione del

---

(49) In tal senso cfr. C. Cost., 22 maggio 2009, n. 159 ove si legge che *“la consacrazione, nell'art.1, comma 1, della legge n. 482 del 1999, della lingua italiana quale lingua ufficiale della Repubblica non ha evidentemente solo una funzione formale, ma funge da criterio interpretativo generale delle diverse disposizioni che prevedono l'uso delle lingue minoritarie, evitando che esse possano essere intese come alternative alla lingua italiana o comunque tali da porre in posizione marginale la lingua ufficiale della Repubblica; e ciò anche al di là delle pur numerose disposizioni specifiche che affermano espressamente nei singoli settori il primato della lingua italiana”*.

(50) M. GIOVANNINI, *Internazionalizzazione e lingua degli insegnamenti universitari: la desiderabile autonomia delle università italiane*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, 139.

(51) Al contrario, si realizzerebbe una discriminazione qualora si consentisse che i corsi di laurea in lingua inglese rimanessero una prerogativa delle università private, precludendo realmente, in questo caso, l'accesso ai meno agiati.

(52) Peraltro, la Corte Costituzionale, con la sentenza del 6 luglio 1972, n. 143, ha affermato che la libertà di insegnamento viene garantita nel riservare alla scelta del docente i contenuti della didattica ma non si estende fino a limitare all'ateneo programmi didattici che si intendono uniformi per tutti gli insegnamenti del corso di laurea di riferimento.

corpo docenti stesso, titolare di quell'autonomia didattica che riconosce la libertà degli atenei di organizzare e stabilire le modalità dei singoli insegnamenti; azione che, pone, dunque, in primo luogo, un tema di legittimazione dell'autonomia che si intende esercitare con tale processo di internazionalizzazione.

La pronuncia riflette, in modo particolare, la tensione che si sta producendo tra il modello tradizionale (e nazionale) di università, quale luogo di sperimentazione culturale, trasmissione e diffusione del sapere e il nuovo ruolo che l'università è chiamata a svolgere nella società contemporanea, ossia di istituzione in grado di aprirsi alle esigenze della modernità e di accrescere le capacità competitive dei propri studenti.

L'iniziativa dell'internazionalizzazione, finalizzata a favorire l'apertura delle università italiane allo scambio e al dibattito scientifico globale, dimostra la consapevolezza maturata a livello istituzionale della necessità di allineare la didattica e la ricerca universitaria ai medesimi parametri accolti a livello europeo e internazionale (53).

Dalla scarsa integrazione delle università italiane con i sistemi universitari europei, sotto il profilo della ricerca e della didattica, ne consegue, infatti, la difficoltà di attrarre dagli altri paesi un numero apprezzabile di studenti e di docenti nonché di avviare relazioni di scambio culturale e professionale, elementi attualmente necessari al fine di poter valutare la "qualità" del sistema universitario a livello europeo.

Il raggiungimento dei suddetti obiettivi appare oggi un'esigenza di primaria importanza in quanto destinata a riflettersi sull'intero sistema universitario, a partire dall'immediato accesso alle risorse che lo Stato mette a disposizione degli atenei in grado di attrarre finanziamenti europei nonché alle risorse stanziati a livello europeo per finanziare le università maggiormente coinvolte in progetti innovativi (54).

L'internazionalizzazione del sistema universitario ha origine, dunque, dall'esigenza di consentire alle università italiane di acquisire competitività e centralità a livello europeo e internazionale.

Gli atenei sono chiamati a rielaborare le proprie attività di ricerca e formazione e a competere con le altre università europee al fine di ottenere i finanziamenti stanziati a livello comunitario ed erogati in base all'attitudine internazionale della ricerca prodotta.

L'attività didattica e di ricerca delle università viene investita dai processi di globalizzazione in corso: esse sono valutate secondo indicatori in-

---

(53) M. GIOVANNINI, *op. cit.*, 139 ss.

(54) Non può sottovalutarsi che oggi la capacità diffusiva di una ricerca scientifica rappresenta un parametro preponderante di valutazione della sua qualità nonché della qualità dell'università che l'ha finanziata. Al riguardo, si segnala il nuovo sistema di finanziamento delle attività di ricerca denominato "Horizon 2020" che supporterà il finanziamento di progetti di ricerca e innovazione per la durata di sei anni a partire dal 1 gennaio 2014.

ternazionali che le collocano in classifiche internazionali (55), la qualità della loro ricerca è misurata in base alla diffusione internazionale dei loro prodotti e alla capacità di attrazione di studenti stranieri; il loro finanziamento dipende dalla capacità di intercettare risorse messe a disposizione dai soggetti ultrastatali (56).

La tensione tra spinte contrastanti e le sollecitazioni di modernità e internazionalizzazione non potranno non pesare nella ponderazione tra valori costituzionali che orienterà la decisione della Corte Costituzionale, chiamata dall'ordinanza di rimessione a collocare spinte e sollecitazioni nel contesto dell'autonomia universitaria.

Sarà la Corte a precisare fino a che punto il tentativo di sottrarre l'Università italiana al suo "*splendido isolamento*" (57) può declinarsi nel rispetto e nella salvaguardia dei principi costituzionali: ma questa è una pagina che attende ora di essere scritta dal giudice delle leggi e nell'attesa di essere letta e meditata non può che sospendersi ogni altra riflessione.

**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 28 gennaio 2015 n. 1** - *Pres.ti* Giovannini, Virgilio, Lignani, Baccarini, Pajno, De Lipsis, *Est.* Cacace - Università degli Studi di Messina (avv. gen. Stato) c. R.C. e S.P. (avv. Rubino). Intervenienti *ad opponendum* I.M. ed altri (avv. Cantelli).

#### FATTO e DIRITTO

1. - Gli odierni appellati, iscritti nell'anno accademico 2011/2012 al I anno di studi della Facoltà di Medicina dell'Università di Timisoara (Romania), presentavano alla Università degli Studi di Messina istanza per il trasferimento presso questa Università con iscrizione al II anno del corso di laurea in Medicina e Chirurgia per l'anno accademico 2012/2013.

Con delibera del Consiglio di Corso di Laurea in Medicina e Chirurgia in data 12 settembre 2012 l'Università degli Studi di Messina ha ritenuto dette domande non valutabili, con la motivazione che gli studenti, "provenendo da Università straniera, non hanno superato in Italia l'esame di ammissione al corso di laurea in Medicina e Chirurgia, requisito essenziale previsto dal Manifesto degli studi".

---

(55) A livello nazionale, invece, tale valutazione viene svolta dall'Anvur, costituita con la legge 24 novembre 2006, n. 286, tale ente ha la funzione di "*sovrintendere al sistema pubblico nazionale di valutazione della qualità delle università e degli enti di ricerca*".

(56) Si tratta di una contaminazione che richiama le origini stesse dell'Università, quando, nel medioevo, con l'espressione "*internazionalizzazione*" degli atenei ci si riferiva al rapporto che si instaurava tra maestri e scolari, i quali non avevano un collegamento, fondato sulla residenza, con il luogo ove sorgeva l'università, al contrario, sceglievano gli atenei formati dai maestri noti in base al merito e alla fama che li circondava e così potevano trasferirsi presso altri atenei ove richiamati da nuovi maestri. Per approfondimenti sulle origini storiche dell'università si vd. R. FINOCCHI, *Le università, op. cit.*, 973.

(57) Per riprendere una significativa espressione, per il panorama socio-culturale italiano, utilizzata da S. GAGLIARDUCCI - A. ICHINO - G. PERI - R. PEROTTI, *Lo splendido isolamento dell'Università italiana*, Relazione presentata al convegno *Oltre il declino*, Fondazione Rodolfo De Benedetti, Roma, 3 febbraio 2005.

Gli interessati impugnavano i provvedimenti di diniego di trasferimento innanzi al TAR per la Sicilia - sezione staccata di Catania, che, con la sentenza indicata in epigrafe, accoglieva il ricorso, annullando gli atti impugnati, "con riguardo al dedotto omesso preavviso di rigetto ... nonché al lamentato difetto di istruttoria, laddove ... in assenza di alcuna disposizione, anche interna, l'Amministrazione ha tout court rigettato la domanda di trasferimento dei ricorrenti, senza la previa valutazione dei crediti dagli stessi acquisiti presso l'Università straniera, necessari per l'eventuale iscrizione richiesta" (pagg. 2-3 sent.).

All'esito della decisione del T.A.R. gli studenti, previa rinuncia alla prosecuzione dei loro studi presso l'università straniera di provenienza, hanno ottenuto l'iscrizione presso l'Università degli Studi di Messina, con la convalida di una parte delle attività formative e dei relativi esami superati. Avverso tale sentenza l'Università degli Studi di Messina ha poi proposto appello innanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, contestando, in sostanza, il presupposto logico, posto a base della sentenza di primo grado, secondo cui "né l'art. 4 della L. 264/99 né il bando prevedono disposizioni in ordine all'ipotesi del trasferimento di studenti universitari da un Ateneo straniero ad uno nazionale" (pag. 2 app.).

Resistevano all'appello innanzi al C.G.A.R.S. gli originarii ricorrenti, insistendo per la reiezione del gravame.

Nella camera di consiglio del 25 luglio 2013 il C.G.A.R.S. respingeva - con ordinanza n. 689/2013 - la domanda cautelare proposta dall'Amministrazione appellante.

Successivamente, all'esito del passaggio in decisione della causa all'udienza collegiale del 7 maggio 2014, il C.G.A.R.S. ha ritenuto, con Ordinanza n. 454/2014, che la problematica cui la controversia inerisce, "relativa alla precisa individuazione dei presupposti richiesti nell'ordinamento vigente per il trasferimento di studenti iscritti in università straniere a corsi di laurea dell'area medico-chirurgica, anche in considerazione di contrastanti pronunce giurisprudenziali, vada rimessa alla Adunanza Plenaria ex art. 99. comma 1 c.p.a." (pag. 8 Ord.). Più in particolare, il C.G.A.R.S., rappresentati gli opposti orientamenti giurisprudenziali sul tema, ha poi esposto i profili che lo conducono a ritenere di condividere la tesi favorevole all'accoglimento dell'istanza di trasferimento di cui si tratta, così sintetizzando, dopo ampia ed esaustiva analisi, la disciplina, cui la materia deve ritenersi esposta:

"A) Non esiste un diritto degli studenti iscritti ad una università straniera ad essere trasferiti in una università italiana (come non esiste tale diritto per coloro che fossero iscritti in una università italiana). E ciò quali che siano i corsi di studio oggetto delle relative aspirazioni.

B) Per quanto riguarda gli studenti dei corsi di laurea delle classi per le quali l'ordinamento italiano prevede un numero limitato di accessi (e in particolare per quelli dell'area medico-chirurgica), il trasferimento da altre sedi deve considerarsi regolato dalle medesime norme, sia che il trasferimento sia richiesto da studenti iscritti in università italiane, sia che esso lo sia da studenti iscritti in università straniere, dal momento che le norme relative agli accessi - e quindi alle immatricolazioni - non hanno riferimento ad altri studenti che a quelli appunto che aspirano ad accedere, per la prima volta, alla formazione universitaria.

C) Limiti al trasferimento degli studenti dell'area medico-chirurgica sono costituiti dalla oggettiva disponibilità nella sede di accoglienza di posti per la coorte alla quale lo studente trasferito dovrebbe essere aggregato, in base alla programmazione nazionale vigente per l'anno di riferimento, e dalle speciali norme eventualmente legittimamente adottate dalle sedi - in via regolamentare generale - in virtù della autonomia loro riconosciuta" (pagg. 34-35 Ord.). Conclusivamente, ad avviso del Collegio rimettente, "l'interesse ad un trasferimento da università straniera ad una università italiana, benché non perseguibile in virtù di una disciplina

primaria (oggi inesistente), non appare in contrasto (in mancanza anche di norme secondarie espresse) con i principi e dell'ordinamento comunitario e di quello interno. Il riconoscimento di segmenti di formazione conseguiti all'estero non appare infatti in alcuna misura precluso da principi, normative e prassi vigenti, come deve osservarsi, oltretutto, in considerazione di quanto già avviene con riferimento alle discipline Erasmus, per le quali le singole università sono pacificamente legittimate dall'ordinamento vigente (comunitario ed italiano) a stipulare (anche per i corsi dell'area medico-chirurgica) convenzioni in virtù delle quali - attraverso una valutazione in concreto *ex ante* (idoneità di programmi, docenti, modalità di accertamento del profitto) - esse riconoscono ai loro studenti, segmenti di formazione (attuata presso università straniere), che rifluiscono (con pieno effetto ai fini del titolo finale) sul contenuto della formazione che porta al conseguimento del titolo finale" (pagg. 35-36 Ord.).

Si sono costituiti per resistere anche in questa sede gli appellati, che, con successiva memoria, premesse eccezioni di inammissibilità e di improcedibilità dell'appello sotto vari profili, insistono per l'infondatezza dello stesso.

Memoria ha pure prodotto l'appellante, reiterando le tesi di gravame incentrate sul combinato disposto degli artt. 1 e 4 della legge 2 agosto 1999, n. 264, che a suo avviso "contempla l'obbligo di concorso sia per le iscrizioni al primo anno del corso di laurea in medicina e chirurgia ovvero odontoiatria e protesi dentaria, che per gli anni successivi" (pag. 2 mem.), sottolineando altresì "la totale compatibilità con il diritto dell'Unione Europea" di tale previsione.

Hanno proposto inoltre atto di intervento ad opponendum alcuni studenti di atenei comunitari pubblici della Romania, che, vistesi respingere domande di trasferimento presso l'Università degli Studi di Messina analoghe a quelle che hanno dato luogo al presente giudizio, hanno proposto ricorsi in sede giurisdizionale (accolti dallo stesso T.A.R. Catania con diverse sentenze, di cui solo alcune sarebbero state appellate), sul cui esito prospettano la "scontata influenza della decisione" di questa Adunanza Plenaria; donde, affermano, la sussistenza del loro "interesse ad intervenire". All'udienza del 19 novembre 2014 la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione.

2. - Preliminarmente, deve essere dichiarato inammissibile l'intervento ad opponendum spiegato dagli studenti, che, adducendo di essere destinatari di provvedimenti analoghi a quelli oggetto del presente giudizio, hanno dedotto un interesse al mantenimento dell'annullamento di questi, come pronunciato dal T.A.R.

Invero, l'intervento ad opponendum svolto in grado di appello avverso l'impugnazione diretta contro la sentenza che ha accolto il ricorso di primo grado, la cui finalità è appunto quella di contrastare le ragioni dell'Amministrazione ricorrente in appello, va correttamente qualificato come intervento ad adiuvandum degli originarii ricorrenti, per il quale la giurisprudenza richiede la titolarità di una posizione giuridica dipendente da quella da questi dedotta in giudizio.

Non essendo dunque sufficiente a supportare un siffatto intervento in giudizio la semplice titolarità di un interesse di fatto (susceptibile invece di fondare il mero intervento ad opponendum "proprio" e cioè quello svolto a sostegno dell'Amministrazione resistente in primo grado) e non essendo gli odierni oppositori titolari di una posizione giuridica in qualche modo dipendente da quella degli appellati, è dunque da escludersi per essi la possibilità di intervenire in causa in via litisconsortile, proponendo una domanda, che di fatto si configura, peraltro, come autonoma e parallela (se non addirittura contrassegnata da un potenziale conflitto con gli originarii ricorrenti) a quella proposta da questi ultimi, in quanto volta a tutelare una loro propria posizione giuridica attinta da provvedimenti analoghi a quelli per i quali qui si controverte.

3. - Sempre in via preliminare, vanno esaminate le eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità dell'appello sollevate dai resistenti.



Esse si rivelano tutte infondate.

3.1 - Quanto, anzitutto, alla dedotta “acquiescenza prestata dall’Università di Messina alla sentenza del T.A.R. Catania”, che gli appellati pretendono di ricavare dal “riconoscimento delle materie” da essi sostenute all’estero (come effettuato dall’Università ai fini dell’iscrizione conseguita all’accoglimento del ricorso di primo grado), che costituirebbe a loro avviso “espressione di un potere discrezionale concretamente e deliberatamente esercitato”, ricordato ch’è pacifico che la spontanea esecuzione della pronuncia di primo grado non si configura come comportamento idoneo ad escludere l’ammissibilità della relativa impugnazione (Cons. St., III, 21 giugno 2012, n. 3679) giacché l’eventuale accoglimento di questa è idoneo a travolgere i nuovi atti adottati dall’Amministrazione in esecuzione della sentenza di primo grado che verrebbero comunque meno con effetto retroattivo perdendo *ab initio* il loro fondamento giuridico ex art. 336 c.p.c. (Cons. St., III, 18 giugno 2012, n. 3550; da ultimo, Cons. St., III, 1 agosto 2014, n. 4103), nella fattispecie il nuovo atto adottato dall’Amministrazione (di riconoscimento delle frequenze conseguite in altri Atenei e degli esami ivi sostenuti) non costituisce espressione di nuove, autonome, scelte discrezionali dell’Amministrazione stessa, ma mera esecuzione del *dictum* del Giudice di primo grado (che ha posto a fondamento del disposto annullamento degli atti impugnati la mancata “previa valutazione dei crediti” acquisiti dai ricorrenti presso l’Università straniera), in quanto l’Università, con la delibera del Consiglio di Corso di laurea in Medicina e Chirurgia assunta nella adunanza del 15 marzo 2013, peraltro assunta espressamente dando atto di “discutere in ordine ai provvedimenti ... al fine di dare ottemperanza ... alla Sentenza n. 3037/2012 del Tar Sicilia, sez. 3° CT” e di “operare la comparazione dei programmi degli esami sostenuti da ciascuno dei ricorrenti” in adempimento di quanto disposto dalla Autorità Giudiziaria (v. verbale della apposita Commissione in data 7 marzo 2013), non ha fatto altro che procedere al riconoscimento dei crediti di cui all’art. 23 del Regolamento Didattico d’Ateneo, che sono appunto “acquisiti in relazione ad attività di studio e ad esami sostenuti presso università straniere” (comma 2 dell’art. 23, cit.); sì che il riconoscimento degli esami sostenuti, effettuato previa comparazione dei programmi relativi dell’Ateneo di provenienza con i programmi del piano di studi dell’Università di Messina, non rappresenta nulla di più del riconoscimento di crediti (v. anche art. 5, comma 4, del D.M. 22 ottobre 2004, n. 270) dovuto in esecuzione della sentenza di primo grado, che ha appunto annullato gli atti impugnati facendo conseguentemente “obbligo all’Università di rideterminarsi, ponendo a fondamento di ogni ulteriore decisione la congruità dei crediti maturati dai ricorrenti presso l’Ateneo straniero” (pag. 3 sent.).

Né, per finire sul punto, la qualificazione degli atti posti in essere dall’Università successivamente alla sentenza di primo grado in termini di incompatibilità con la volontà di avvalersi dell’impugnazione (e dunque in termini di acquiescenza alla sentenza stessa, preclusiva dell’impugnazione ai sensi dell’art. 329 c.p.c.) può affidarsi, come pretenderebbero gli appellati, alla valutazione di un mero funzionario dell’Università (v. nota prot. n. 34014 del 19 giugno 2013 versata in atti), le cui personali considerazioni (aventi rilevanza esclusivamente interna, dal momento che interni all’Amministrazione ne sono i destinatari) circa l’opportunità di ricorrere in appello avverso la sentenza T.A.R. n. 3037/2012 e l’idoneità degli atti adottati “a prestare acquiescenza” alla stessa non sono certo in grado di denotare in maniera precisa ed univoca il proposito dell’Amministrazione, che può esprimersi sulla materia controversa solo attraverso atti compiuti dal Rettore e dal Consiglio di Corso di Laurea (atti nella fattispecie del tutto insussistenti), di non contrastare gli effetti giuridici della pronuncia.

3.2 - Quanto alla eccezione di improcedibilità dell’appello per effetto dell’asserito intervenuto superamento dei provvedimenti di diniego di iscrizione oggetto del giudizio a seguito dei

“successivi giudizi positivi ottenuti con riferimento ai vari esami sostenuti” e dunque della dimostrazione così asseritamente data dagli appellati circa la “propria idoneità alla frequenza del corso di laurea in medicina e chirurgia”, anch’essa si rivela infondata.

Ed invero non è possibile ritenere che il favorevole esito di alcuni esami del corso di studi, cui s’è avuto accesso in relazione al favorevole esito del giudizio di primo grado instaurato contro il diniego di iscrizione motivato con il mancato superamento del test di accesso previsto per i corsi di laurea ad accesso limitato, possa ritenersi assorbente del mancato possesso di quel requisito di ammissione (su tale qualificazione v. l’art. 4, comma 2, della legge 2 agosto 1999, n. 264); questione, questa, chiaramente rilevante nel presente giudizio solo nella misura in cui da esso effettivamente dipenda, come qui dedotto dall’appellante, l’ammissione anche a seguito di trasferimento.

In realtà, l’interesse alla decisione dell’appello dell’Amministrazione avverso la sentenza di annullamento di un diniego di iscrizione fondato sulla mancanza di un requisito di ammissione permane fin quando sia in corso la procedura, sull’ammissione alla quale (o, meglio, sulla rinnovata attività dell’Amministrazione di ammissione alla quale) il provvedimento giudiziale valido ed efficace abbia avuto carattere decisivo e condizionante.

Occorre poi puntualizzare che non è invocabile nella fattispecie la possibilità di sanatoria introdotta dall’art. 4, comma 2-*bis*, della legge n. 168/2005, sia perché essa deve ritenersi ammessa soltanto per le varie ipotesi di procedimenti finalizzati alla verifica della idoneità dei partecipanti allo svolgimento di una professione il cui esercizio risulti regolamentato nell’ordinamento interno ma non riservato ad un numero chiuso di professionisti mentre va esclusa per le selezioni di stampo concorsuale per il conferimento di posti a numero limitato, sia perché il superamento del test di cui si tratta costituisce indubbiamente, come già detto, un requisito di ammissione (essendo qui controverso soltanto se esso sia richiesto anche per le ipotesi di trasferimento da altra università con richiesta di iscrizione ad anni successivi al primo) e non certo una “abilitazione” od un “titolo”, il cui conseguimento costituisce appunto indefettibile presupposto per l’applicazione della disposizione richiamata, all’applicazione della quale non può darsi comunque in ogni caso luogo quando il ricorso tenda a contestare una esclusione per mancanza dei requisiti ( Cons. St., VI, 15 febbraio 2012, n. 769 ).

D’altra parte, l’art. 4, comma 2-*bis*, cit., riguardante, come s’è detto, gli esami per il conseguimento di una abilitazione professionale, ha natura eccezionale e non è suscettibile di applicazione analogica (Cons. St., VI, 21 maggio 2013, n. 2727).

In ogni caso, tale disposizione ha disposto la salvezza degli effetti di una nuova valutazione amministrativa, anche se effettuata d’ufficio o a seguito di un provvedimento giurisdizionale non definitivo, mentre in tema di ammissione ai corsi di laurea di cui si tratta vi è una fase procedimentale (quella riguardante l’ammissione), che non può ritenersi in alcun modo validamente surrogata dal successivo percorso di studi dello studente in ipotesi privo del requisito; studente che peraltro conserva l’interesse alla decisione sul proprio ricorso, perché solo una sentenza definitiva di accoglimento di per sé consente di salvaguardare gli effetti degli atti amministrativi emessi in esecuzione della sentenza favorevole di primo grado, destinati in quanto tali ad essere travolti dalla pronuncia d’appello che definisca il giudizio nel senso della reiezione del suo ricorso originario.

3.3 – Parimenti infondata è l’ulteriore eccezione di improcedibilità dell’appello basata sull’intervenuto accoglimento, nelle more del giudizio di appello, del ricorso straordinario al Capo dello Stato a suo tempo proposto dagli odierni appellati avverso la graduatoria della procedura di ammissione al Corso di Laurea in Medicina e Chirurgia bandito dall’Università di Palermo per l’anno accademico 2011/2012; il che, secondo gli stessi, varrebbe a concretizzare quel “diritto all’iscr-

zione all'università italiana", la cui mancanza è in sostanza alla base degli atti di diniego oggetto del giudizio, nonché dell'appello proposto dall'Università degli Studi di Messina.

Ritiene in proposito il Collegio che, pur in presenza del sopravvenuto provvedimento dell'Università degli Studi di Palermo di invito agli interessati a presentare domanda di immatricolazione o comunque di passaggio al corso di laurea in medicina e chirurgia di quella Università per effetto dell'accoglimento del ricorso straordinario proposto avverso la graduatoria del concorso per la ammissione a quel corso di laurea per l'anno accademico 2011/2012, il Giudice amministrativo non può sovrapporre la propria valutazione a quella riferibile esclusivamente ai poteri dell'Amministrazione, sì da poter ritenere oggi sussistente in capo agli odierni appellati quel requisito (il superamento della prova di ammissione di cui si tratta in una Università del territorio nazionale), la cui mancanza (da essi mai contestata) è posta a base degli atti di diniego qui controversi, da essi conseguentemente impugnati sotto il profilo secondo cui l'assenza di tale requisito non rilevarebbe in senso ostativo nei loro riguardi, dal momento che l'onere di superamento del test d'ingresso sussisterebbe solo per l'accesso al primo anno di corso e non anche per il trasferimento da essi richiesto.

Non avendo peraltro gli appellati proposto, in relazione a detta sopravvenienza, motivi aggiunti ex art. 104, comma 3, c.p.a. (nella misura in cui si possa predicare il possesso *ex tunc*, per effetto del predetto accoglimento del ricorso straordinario, del requisito del superamento della prova di ammissione), la stessa può risultare loro utile solo ai fini di una domanda di riesame, da parte dell'Università degli Studi di Messina, delle sue precedenti, qui contestate, determinazioni.

4. – Si può passare, ora, all'esame del merito dell'appello, alla luce della compiuta ed efficace ricostruzione del quadro fattuale e giuridico operata dall'Ordinanza di rimessione, che si incentra sulla questione "se possa essere accolta la richiesta di quegli studenti che - da iscritti in corsi di laurea dell'area medico-chirurgica presso università straniere - hanno chiesto il trasferimento, con riconoscimento delle carriere e la iscrizione ad anni di corso successivi al primo, presso università italiane; e ciò tenendo presente che essi non si erano sottoposti al previsto test di accesso o che, pur avendolo affrontato conseguendo (come nel caso che ci occupa) il punteggio minimo richiesto per l'idoneità, non si erano comunque collocati in posizione utile per ottenere l'accesso ad una università italiana" (pagg. 7-8 Ord.).

4.1 - Questo Consiglio ha più volte ribadito (da ultimo, sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2028 e 30 maggio 2014, n. 2829) che è legittima l'esclusione da un qualsiasi anno di corso degli studenti di università estere, che non superino la prova selettiva di primo accesso, eludendo con corsi di studio avviati all'estero la normativa nazionale (v. anche Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 5015; 24 maggio 2013, n. 2866 e 10 aprile 2012, n. 2063).

Secondo tale orientamento la disciplina recante la programmazione a livello nazionale degli "accessi" non farebbe distinzioni fra il primo anno di corso e gli anni successivi (art. 1, comma 1, e 4 della legge 2 agosto 1999, n. 264, in rapporto alle previsioni del d.m. 22 ottobre 2004, n. 270, recante il regolamento sull'autonomia didattica degli atenei); di conseguenza, il rilascio di nulla osta al trasferimento da atenei stranieri e l'iscrizione agli anni di corso successivi al primo richiederebbero comunque il previo superamento della prova nazionale di ammissione prevista dall'art. 4 citato (ai fini, appunto, della "ammissione"), sia per l'immatricolazione al primo anno accademico, sia, come dedotto appunto dall'Università odierna appellante, per l'iscrizione ad anni successivi in conseguenza del trasferimento.

4.2 – Tale conclusione, di legittimità dei dinieghi adottati nei casi in cui si tratti di trasferimento da ateneo straniero senza previo superamento dei tests d'accesso in Italia, deve essere, ad avviso del Collegio, sottoposta ad un'attenta rimediazione, sulla base delle attente osservazioni

attinenti all'interpretazione logico-letterale dell'anzidetta normativa di riferimento formulate dall'Ordinanza di rimessione all'esame.

4.3 - Ed invero, sul piano puramente letterale e sistematico valga rilevare:

- a livello di normazione primaria e secondaria, le uniche disposizioni in materia di trasferimenti si rinviengono ai commi 8 e 9 dell'art. 3 del D.M. 16 marzo 2007 in materia di "Determinazione delle classi di laurea magistrale", che, senz'alcun riferimento a requisiti per l'ammissione, disciplinano il riconoscimento dei crediti già maturati dallo studente ("8. Relativamente al trasferimento degli studenti da un corso di laurea ad un altro, ovvero da un'università ad un'altra, i regolamenti didattici assicurano il riconoscimento del maggior numero possibile dei crediti già maturati dallo studente, secondo criteri e modalità previsti dal regolamento didattico del corso di laurea di destinazione, anche ricorrendo eventualmente a colloqui per la verifica delle conoscenze effettivamente possedute. Il mancato riconoscimento di crediti deve essere adeguatamente motivato. 9. Esclusivamente nel caso in cui il trasferimento dello studente sia effettuato tra corsi di laurea appartenenti alla medesima classe, la quota di crediti relativi al medesimo settore scientifico-disciplinare direttamente riconosciuti allo studente non può essere inferiore al 50% di quelli già maturati. Nel caso in cui il corso di provenienza sia svolto in modalità a distanza, la quota minima del 50% è riconosciuta solo se il corso di provenienza risulta accreditato ai sensi del regolamento ministeriale di cui all'art. 2, comma 148, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito dalla legge 24 novembre 2006, n. 286").

- per quanto concerne più da vicino la fattispecie all'esame, l'obbligo, per gli studenti provenienti da Università straniera, del "superamento del test di ammissione in Italia secondo le modalità stabilite dal MIUR" è recato, nella parte concernente i "trasferimenti", nel Manifesto degli Studi dell'Università di Messina per l'anno accademico 2012-2013 approvato dal Senato Accademico, che tuttavia il T.A.R. ha ritenuto, con statuizione non impugnata da nessuna delle parti in causa e dunque passata in giudicato, "atto di natura informativa, privo di rilevanza giuridica per i fini di cui al ricorso" (pag. 2 sent.);

- mentre, come s'è visto, con specifico riguardo ai trasferimenti nessuno specifico requisito di ammissione è previsto, l'art. 4 della legge 2 agosto 1999, n. 264 subordina l'ammissione ai corsi i cui accessi sono programmati a livello nazionale (art. 1) o dalle singole università (art. 2) al "previo superamento di apposite prove di cultura generale, sulla base dei programmi della scuola secondaria superiore, e di accertamento della predisposizione per le discipline oggetto dei corsi medesimi";

- sebbene la norma non riferisca espressamente la locuzione "ammissione" al solo "primo accoglimento dell'aspirante nel sistema universitario" (per usare l'efficace espressione dell'Ordinanza di rimessione), a rendere sicuramente preferibile e privilegiata tale interpretazione può valere, nell'ambito del *corpus* complessivo delle norme concernenti l'accesso ai corsi di studio universitari, l'art. 6 del D.M. 22 ottobre 2004, n. 270, che, nell'indicare i "requisiti di ammissione ai corsi di studio", fa esclusivo riferimento, ai fini della ammissione ad un corso di laurea (di primo livello o magistrale: vedansi i commi dall'1 al 3), al "possesso del diploma di scuola secondaria superiore", ch'è appunto il titolo imprescindibile previsto per l'ingresso nel mondo universitario; il che rende palese che quando il legislatore fa riferimento alla ammissione ad un corso di laurea, intende riferirsi appunto allo studente (e solo allo studente) che chieda di entrare e sia accolto per la prima volta nel sistema;

- a ciò si aggiunga, sempre in un'ottica di lettura sistematica delle disposizioni di vario rango che si accavallano nella materia *de qua*, che, nel definire "modalità e contenuti delle prove di ammissione ai corsi di laurea ad accesso programmato a livello nazionale a.a. 2012-2013" (ch'è

esattamente l'anno accademico per il quale gli odierni appellati hanno richiesto all'Università di Messina il poi denegato nulla-osta al trasferimento), il D.M. 28 giugno 2012 usa indifferentemente i termini "ammissione" ed "immatricolazione" (v. in particolare l'art. 10, comma 1, relativo a "graduatorie, soglia di punteggio minimo e valutazione delle prove", nonché il punto 9. dell'Allegato n. 1 relativo alle "procedure per la prova di ammissione ai corsi di laurea" di cui si tratta) ed è ben noto che il secondo dei veduti termini, come pure opportunamente sottolineato nell'ordinanza di rimessione, è comunemente riferito, nello stesso linguaggio ufficiale del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, allo studente, che si iscriva al primo anno di corso e che dunque sia un "novizio" dell'istituzione universitaria;

- non irrilevante, inoltre, può essere il richiamo, nella fattispecie all'esame, del già citato Manifesto degli Studi dell'Università degli Studi di Messina, che, pur recando, come s'è visto, l'obbligatorietà del test di ammissione in Italia per gli studenti provenienti per trasferimento da Università straniere (clausola, come già detto, del tutto ininfluenza ai fini del decidere alla luce della qualificazione datane dal T.A.R. con statuizione non contestata), riferisce espressamente la "prova di ammissione" al "primo anno di corso", mentre per le "iscrizioni ad anni successivi al primo" si limita a stabilire il termine, entro il quale devono essere effettuate.

Quanto al piano logico-sistematico valga notare:

- se i contenuti della prova di ammissione di cui all'art. 4 della legge 2 agosto 1999, n. 264 devono far riferimento ai "programmi della scuola secondaria superiore", è evidente che la prova è rivolta a coloro che, in possesso del diploma rilasciato da tale scuola (v. il già citato art. 6 del D.M. n. 270/2004), intendono affrontare gli studi universitari, in un logico *continuum temporale* con la conclusione degli studi orientati da quei "programmi" e dunque ai soggetti che intendono iscriversi per la prima volta al corso di laurea, sulla base, appunto, del titolo di studio acquisito e delle conoscenze ad esso sottostanti;

- non a caso, in tale direzione, una ulteriore specificazione si ritrova nell'allegato "A" al già citato D.M. 28 giugno 2012 ("Modalità e contenuti delle prove di ammissione ai corsi di laurea ad accesso programmato a livello nazionale a.a. 2012-2013"), che, nel definire i programmi relativi ai requisiti delle prove di ammissione ai corsi di laurea magistrale in Medicina e Chirurgia, prevede che "le conoscenze e le abilità richieste fanno comunque riferimento alla preparazione promossa dalle istituzioni scolastiche che organizzano attività educative e didattiche coerenti con i Programmi Ministeriali": ne risulta evidente, come correttamente sottolinea l'Ordinanza di rimessione, "il riferimento della norma ad un accertamento da eseguirsi al momento del passaggio dello studente dalla scuola superiore all'università e dunque la dichiarata funzione alla quale la prova risponde: verificare la sussistenza - nello studente che aspira ad essere ammesso al sistema universitario - di requisiti di cultura pre-universitaria" (pagg. 25-26).

- ancora, se la prova stessa è volta ad accertare la "predisposizione per le discipline oggetto dei corsi", è vieppiù chiaro che tale accertamento ha senso solo in relazione ai soggetti che si candidano ad entrare da discenti nel sistema universitario, mentre per quelli già inseriti nel sistema (e cioè già iscritti ad università italiane o straniere) non si tratta più di accertare, ad un livello di per sé presuntivo, l'esistenza di una "predisposizione" di tal fatta, quanto piuttosto, semmai, di valutarne l'impegno complessivo di apprendimento (v. art. 5 del D.M. n. 270/2004) dimostrato dallo studente con l'acquisizione dei crediti corrispondenti alle attività formative compiute;

- non a caso, allora, i già richiamati commi 8 e 9 dell'art. 3 del D.M. 16 marzo 2007 danno rilievo esclusivo, in sede ed ai fini del trasferimento degli studenti da un'università ad un'altra, al riconoscimento dei crediti già maturati dallo studente, "secondo criteri e modalità previsti dal regolamento didattico del corso di laurea magistrale di destinazione";

- nella stessa direzione, per quanto riguarda più da vicino la fattispecie all'esame, l'art. 23 del Regolamento Didattico di Ateneo dell'Università degli Studi di Messina, per i casi di trasferimento di ateneo, non prevede alcuna prova di "ammissione", ma solo il "riconoscimento dei crediti ... [anche] in relazione ad attività di studio e ad esami sostenuti presso università straniere".

In assenza, in definitiva, di specifiche, contrarie disposizioni di legge (atteso che, come risulta dall'*excursus* sopra compiuto, l'art. 4 della legge n. 264/1999 non è applicabile all'ipotesi del trasferimento di studenti universitari da un Ateneo straniero ad uno nazionale), potrà legittimamente dispiegarsi, nella materia *de qua*, la sola autonomia regolamentare degli Atenei, che, anche eventualmente condizionando l'iscrizione-trasferimento al superamento di una qualche prova di verifica del percorso formativo già compiuto:

- stabilirà le modalità di valutazione dell'offerta potenziale dell'ateneo ai fini della determinazione, per ogni anno accademico ed in relazione ai singoli anni di corso, dei posti disponibili per trasferimenti, sulla base del rispetto imprescindibile della ripartizione di posti effettuata dal Ministero negli anni precedenti per ogni singola "coorte al quale lo studente trasferito dovrebbe essere aggregato" (pag. 35 Ord. rimess.) e delle intervenute disponibilità di posti sul *plafond* di ciascuna "coorte";

- nell'ambito delle disponibilità per trasferimenti stabilirà le modalità di graduazione delle domande;

- fisserà criteri e modalità per il riconoscimento dei crediti, anche prevedendo "colloqui per la verifica delle conoscenze effettivamente possedute" (art. 3, comma 8, del D.M. 16 marzo 2007);

- in tale ambito determinerà i criteri, con i quali i crediti riconosciuti (in termini di esami sostenuti ed eventualmente di frequenze acquisite) si tradurranno nell'iscrizione ad un determinato anno di corso, sulla base del rispetto dei requisiti previsti dall'ordinamento didattico della singola università per la generalità degli studenti ai fini della iscrizione ad anni successivi al primo, con particolare riguardo alla eventuale iscrizione come "ripetenti" ed all'ipotesi, sottolineata dall'Ordinanza di rimessione, in cui "lo studente in questione non ha superato alcun esame e conseguito alcun credito" (pag. 30 Ord., che correttamente sottolinea come essa "non determinerebbe alcun vincolo per la sede di destinazione ai fini di una sua iscrizione"), od all'ipotesi in cui lo studente abbia superato un numero di esami in numero tale da non potersi ritenere idoneo che alla sua iscrizione al solo primo anno, ai fini della quale, peraltro, non potrà che affermarsi il suo obbligo di munirsi del requisito di ammissione di cui all'art. 4 della legge n. 264/1999.

4.4 - Una volta tratta, come s'è visto, la conclusione secondo cui il superamento del test può essere richiesto per il solo accesso al primo anno di corso e non anche nel caso di domande d'accesso dall'esterno direttamente ad anni di corso successivi al primo (nel quale il principio regolante l'iscrizione è unicamente quello del riconoscimento dei crediti formativi, con la conseguenza, ch'è il caso di sottolineare, che gli studenti provenienti da altra università italiana o straniera, che presso la stessa non abbiano conseguito alcun credito o che pur avendone conseguiti non se li siano poi visti riconoscere in assoluto dall'università italiana presso la quale aspirano a trasferirsi, ricadranno nella stessa situazione degli aspiranti al primo ingresso), occorre considerare la compatibilità di una siffatta proposizione con l'ordinamento europeo.

Ne emerge, come si vedrà di seguito, la maggior aderenza della stessa alle coordinate comunitarie, rispetto a quella della rigida tesi che sostiene invece (per la verità, come s'è visto, in contrasto con la stessa interpretazione letterale e logico-sistematica della normativa nazionale di riferimento) che lo studente, che intenda trasferirsi da una università straniera ad una italiana, deve sottoporsi al test d'ammissione indipendentemente dal fatto di avere ormai superato presso l'ateneo di frequenza gli esami del primo (o dei successivi) anni.

L'ordinamento comunitario garantisce, a talune condizioni, il riconoscimento dei soli titoli di studio e professionali e non anche delle procedure di ammissione, che non risultano armonizzate; ciò, tuttavia, lungi dal confermare la veduta tesi restrittiva, significa nient'altro che il possesso dei requisiti di ammissione ad un ateneo europeo non dà di per sé "diritto" al trasferimento dello studente in qualsiasi altro Ateneo di diverso Stato dell'Unione Europea.

Detta tesi si rivela in realtà contraria all'apicale principio di libertà di circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati comunitari (art. 21 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), suscettibile di applicazione non irrilevante nel settore dell'istruzione tenuto conto delle competenze attribuite all'Unione per il sostegno e completamento dell'azione degli Stati membri in materia di istruzione e formazione professionale (art. 6, lettera e), del Trattato), nonché degli obiettivi dell'azione dell'Unione fissati dall'art. 165 n. 2 secondo trattino del Trattato stesso, teso proprio a "favorire la mobilità degli studenti ..., promuovendo tra l'altro il riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio".

Ferma, dunque, la non equipollenza delle competenze e degli standards formativi richiesti per l'accesso all'istruzione universitaria nazionale (si che non sarebbe predicabile l'equivalenza del superamento della prova di ammissione ad un'università straniera con quella prevista dall'ordinamento nazionale), una limitazione, da parte degli Stati membri, all'accesso degli studenti provenienti da università straniere per gli anni di corso successivi al primo della Facoltà di medicina e chirurgia (qual è indubbiamente la necessità del superamento, ai fini dell'accesso stesso, di una prova selettiva nazionale predisposta, come s'è visto, ai soli fini della iscrizione al primo anno, in quanto volta ad accertare la "predisposizione" ad un corso di studi in realtà già in parte compiuto da chi intenda iscriversi ad uno degli anni successivi), si pone in contrasto con il predetto principio di libertà di circolazione.

La stessa Corte di Giustizia ha confortato tale tesi con la sentenza 13 aprile 2010, n. 73 resa nel procedimento C-73/08, affermando che, se è pur vero che il diritto comunitario non arreca pregiudizio alla competenza degli Stati membri per quanto riguarda l'organizzazione dei loro sistemi di istruzione e di formazione professionale - in virtù degli artt. 165, n. 1, TFUE, e 166, n. 1, TFUE -, resta il fatto, tuttavia, che, nell'esercizio di tale potere, gli Stati membri devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative alla libera circolazione e al libero soggiorno sul territorio degli Stati membri (v., in tal senso, sentenze 11 settembre 2007, causa C-76/05, Schwarz e Gootjes-Schwarz, Racc. pag. I-6849, punto 70, nonché 23 ottobre 2007, cause riunite C-11/06 e C-12/06, Morgan e Bucher, Racc. pag. I-9161, punto 24).

Gli Stati membri, ha aggiunto la Corte, sono quindi liberi di optare o per un sistema di istruzione fondato sul libero accesso alla formazione - senza limiti di iscrizione del numero degli studenti -, ovvero per un sistema fondato su un accesso regolato che selezioni gli studenti. Tuttavia, che essi optino per l'uno o per l'altro di tali sistemi ovvero per una combinazione dei medesimi, le modalità del sistema scelto devono rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, il principio di libertà di circolazione e soggiorno in un altro Stato membro.

Si deve ricordare che, in quanto cittadini italiani, gli odierni appellati godono della cittadinanza dell'Unione ai termini dell'art. 17, n. 1, CE (ora art. 20 TFUE) e possono dunque avvalersi, eventualmente anche nei confronti del loro Stato membro d'origine, dei diritti afferenti a tale *status* (v. sentenza Corte di Giustizia UE 26 ottobre 2006, causa C-192/05, Tas-Hagen e Tas, Racc. pag. I-10451, punto 19).

Tra le fattispecie che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario figurano quelle relative all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE, in particolare quelle atinenti alla libertà di circolare e soggiornare nel territorio degli Stati membri, quale conferita dal-

l'art. 18 CE (ora art. 21 TFUE) (v. sentenze Corte di Giustizia UE 11 settembre 2007, causa C-76/05, Schwarz e Gootjes-Schwarz, punto 87 e giurisprudenza citata; nonché sentenza della stessa Corte 23 ottobre 2007, n. 12, nelle cause riunite C-11/06 e C-12/06).

Tale considerazione è particolarmente importante nel settore dell'istruzione, tenuto conto degli obiettivi perseguiti dagli artt. 3, n. 1, lett. q), CE e 149, n. 2, secondo trattino, CE (ora art. 165 TFUE), ovverossia, in particolare, favorire la mobilità degli studenti e degli insegnanti (v. citate sentenze D'Hoop, punto 32, e Commissione/Austria, sentenza 7 luglio 2005, causa C-147/03, Racc. pag. I-5969, punto 44).

Poiché il presente contenzioso riguarda appunto studi compiuti in un altro Stato membro, va ancora sottolineato che una normativa nazionale che penalizzi taluni suoi cittadini per il solo fatto di aver esercitato la loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro rappresenta una restrizione delle libertà riconosciute dall'art. 18, n. 1, CE (ora art. 21 TFUE) a tutti i cittadini dell'Unione (v. sentenze Corte Giustizia UE 18 luglio 2006, causa C-406/04, De Cuyper, Racc. pag. I-6947, punto 39; Tas-Hagen e Tas, cit., punto 31, nonché Schwarz e Gootjes-Schwarz, cit., punto 93).

Più in generale, poi, la facoltà per gli studenti provenienti da altri Stati membri di accedere agli studi di insegnamento superiore costituisce l'essenza stessa del principio della libera circolazione degli studenti (v. sentenza 7 luglio 2005, causa C-147/03, Commissione/Austria, cit., punti 32, 33 e 70, nonché la giurisprudenza ivi richiamata e, successivamente, la sentenza Bressol, Chaverot e altri/Comunità francese del Belgio, n. 73/2010, cit.).

Le restrizioni all'accesso ai detti studi, introdotte da uno Stato membro, devono essere quindi limitate a quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti e devono consentire un accesso sufficientemente ampio per i detti studenti agli studi superiori.

A tal riguardo, se, come sottolineato nella stessa Ordinanza di rimessione, la *ratio* del sistema disegnato dall'art. 4 della legge n. 264/1999 è quella di far sì che l'accesso (ed il proseguimento nella formazione universitaria) ai corsi di laurea a numero programmato sia caratterizzato dal perseguimento di alti standards formativi, la ulteriore modalità di selezione predicata dalla veduta tesi restrittiva anche per le iscrizioni ad anni diversi dal primo non risulta strettamente necessaria ai fini del raggiungimento degli obiettivi perseguiti, dal momento che la capacità dei candidati provenienti da università straniere ed interessati al trasferimento per tali anni ben può essere utilmente accertata, così come avviene per i candidati al trasferimento provenienti da università nazionali, mediante un rigoroso vaglio, in sede di riconoscimento dei crediti formativi acquisiti presso l'università straniera in relazione ad attività di studio compiute, frequenze maturate ed esami sostenuti, della qualificazione dello studente, il cui assoggettamento ad una prova di ammissione (richiesta, come s'è visto, dall'ordinamento nazionale solo riguardo alle immatricolazioni) non risulterebbe congruo rispetto all'obiettivo di garanzia di una elevata qualità dell'istruzione universitaria nazionale.

In proposito, si devono anche ricordare i principii della Convenzione di Lisbona sul riconoscimento dei titoli di studio stranieri, come ratificata con legge 11 luglio 2002, n. 148, il cui art. 2 stabilisce che: "La competenza per il riconoscimento dei cicli e dei periodi di studio svolti all'estero e dei titoli di studio stranieri, ai fini dell'accesso all'istruzione superiore, del proseguimento degli studi universitari e del conseguimento dei titoli universitari italiani, è attribuita alle Università ed agli Istituti di istruzione universitaria, che la esercitano nell'ambito della loro autonomia e in conformità ai rispettivi ordinamenti, fatti salvi gli accordi bilaterali in materia".

Il che rappresenta indice normativo significativo del potere/dovere attribuito all'autonomia dell'università di riconoscere i periodi di studio svolti all'estero (e dunque anche quelli non



sfociati in un "titolo" ivi conseguito), tenendo conto del dato sostanziale costituito dalla completezza, esaustività, corrispondenza dei corsi da accreditare con gli omologhi corsi nazionali, prendendo in considerazione i contenuti formativi del corso di studi seguito all'estero con riferimento alle discipline oggetto d'esame; potere, questo, rispetto al quale completamente ultronea risulta la pretesa di effettuazione di una preliminare verifica della "predisposizione" a studi già in parte compiuti.

Detta norma consente anche di superare qualsiasi dubbio di discriminazione fra studenti universitari provenienti da università italiane (che comunque hanno a suo tempo superato, ai fini dell'accesso all'università di provenienza, una prova di ammissione ex art. 4 della legge n. 264/1999) e studenti universitari provenienti da università straniere (che una prova di ammissione alla stessa non abbiano sostenuto o che comunque abbiano superato una prova di tal fatta del tutto irrilevante per l'ordinamento nazionale), giacché il trasferimento interviene, sia per lo studente che eserciti la sua "mobilità" in ambito nazionale che per lo studente proveniente da università straniere, non più sulla base di un requisito pregresso di ammissione agli studi universitari ormai del tutto irrilevante perché superato dal percorso formativo-didattico già seguito in ambito universitario, ma esclusivamente sulla base della valutazione dei crediti formativi affidata alla autonomia universitaria, in conformità con i rispettivi ordinamenti, sulla base del principio di autonomia didattica di ciascun ateneo (art. 11 della legge n. 341 del 1990, che affida l'ordinamento degli studi dei corsi e delle attività formative ad un regolamento degli ordinamenti didattici, denominato "regolamento didattico di ateneo"; v. anche l'art. 2, comma 2, del d.m. 22 ottobre 2004, n. 270, che dispone che - ai fini della realizzazione della autonomia didattica di cui all'art. 11 della legge n. 341 del 1990 - le università, con le procedure previste dalla legge e dagli statuti, disciplinano gli ordinamenti didattici dei propri corsi di studio in conformità con le disposizioni del medesimo regolamento, nonché l'art. 11, comma 9, dello stesso D.M., che, a proposito dei regolamenti didattici di ateneo, prevede che le università, con appositi regolamenti, riordinano e disciplinano le procedure amministrative relative alle carriere degli studenti in accordo con le disposizioni del regolamento statale).

4.5 – Ultimo punto in discussione, nel dibattito circa la necessità o meno del superamento della prova preselettiva prevista per l'accesso al primo anno di corso quale condizione per il trasferimento, è quello degli inconvenienti (creazione di un processo di emigrazione verso università comunitarie aggirando la normativa sull'esame di ammissione), che deriverebbero dalla affermazione della inapplicabilità ai "trasferimenti" dalle università, tanto più se di altro Stato comunitario, del requisito del superamento della prova di accesso prevista dall'art. 4 della legge n. 264/1999.

Ritiene il Collegio che siffatte obiezioni, pur suffragate da serie preoccupazioni in ordine alla necessità di garantire il rispetto dei principi e degli obiettivi in tema di accesso agli studi universitari di cui si tratta ai più meritevoli (e cioè a coloro i quali dimostrino di possedere le maggiori conoscenze ed attitudini con riferimento ad un determinato standard qualitativo), non consentano in alcun modo di interpretare la normativa nazionale e sovranazionale di riferimento nel veduto senso programmaticamente "antielusivo":

- non certo la prima, in quanto, come s'è visto, l'art. 4 della legge n. 264/1999 è applicabile ai soli fini dell'immatricolazione e della frequenza al primo anno di corso;
- non la seconda, in presenza di norme sovranazionali, che tendono a garantire la mobilità di studenti e laureati attraverso procedure di riconoscimento non solo di titoli, ma anche dei "cicli e periodi di studio svolti all'estero ... ai fini ... del proseguimento degli studi universitari", la cui competenza è demandata alle "Università ... che la esercitano nell'ambito della loro autonomia"

(art. 2 legge n. 148/2002); garanzia, questa, che sarebbe gravemente ostacolata, senza alcuna giustificazione adeguata, dalla pretesa di negare la valutazione sul merito degli studi effettuati all'estero e quindi l'accesso universitario in mancanza del superamento di "apposite prove di cultura generale" dettate esclusivamente per gli studenti che chiedono di iscriversi al primo anno.

- in realtà, la "predisposizione" di uno studente che abbia già effettuato un percorso formativo all'estero, e che magari sia prossimo alla laurea, è ormai superata dallo stesso percorso di studi fino ad allora effettuato, mentre la capacità ed il merito di tali studenti (il cui diritto ex art. art. 34, comma 2, Cost. ad attingere ai gradi più alti degli studi la Corte Costituzionale ha ritenuto, con la sentenza n. 383/1998, equamente temperato col diritto di accedere all'istruzione universitaria per effetto del sistema approntato dalla regolamentazione nazionale per l'accesso alla facoltà di medicina) vanno accertati, ai fini della iscrizione ad anni successivi al primo presso l'università italiana di destinazione, mediante una rigorosa valutazione di quel percorso, affidata alle Università, da effettuarsi anche mediante un riscontro della effettiva equipollenza delle competenze e degli *standards* formativi dell'Università di provenienza rispetto a quelli assicurati dall'istruzione universitaria nazionale, la cui presunta "superiorità" è in fin dei conti preconcetta, o, come accertamente osservato dall'Ordinanza di rimessione, "assertiva e sostanzialmente assiomatica".

Del resto, a voler seguire le obiezioni che fanno riferimento ai detti inconvenienti, elusivo finirebbe per configurarsi anche lo stesso conseguimento di un titolo di studio all'estero, il cui riconoscimento è tuttavia garantito, se pure a certe condizioni.

Deve allora *a fortiori* ritenersi ugualmente garantito nell'ordinamento nazionale il riconoscimento di "segmenti" di formazione compiuti all'estero (parimenti previa valutazione concreta dei loro contenuti e caratteristiche), che non solo, come osservato dall'Ordinanza di rimessione, "non appare ... in alcuna misura precluso da principi, normative e prassi vigenti", ma è espressamente previsto dalla Convenzione di Lisbona come dal nostro Paese ratificata.

Il problema "elusione", e quello connesso "intransigenza/lassismo", si risolvono invero non con la creazione di percorsi ad ostacoli volti ad inibire la regolare fruizione di diritti riconosciuti dall'ordinamento, ma predisponendo ed attuando un rigido e serio controllo, affidato alla preventiva regolamentazione degli Atenei, sul percorso formativo compiuto dallo studente che chieda il trasferimento provenendo da altro Ateneo; controllo che abbia riguardo, con specifico riferimento alle peculiarità del corso di laurea di cui di volta in volta si tratta, agli esami sostenuti, agli studi teorici compiuti, alle esperienze pratiche acquisite (ad es., per quanto riguarda il corso di laurea in medicina, attraverso attività cliniche), all'idoneità delle strutture e delle strumentazioni necessarie utilizzate dallo studente durante quel percorso, in confronto agli *standards* dell'università di nuova accoglienza.

Peraltro, una generalizzata prassi migratoria (prima in uscita da parte degli studenti che non abbiano inteso sottoporsi o che non abbiano superato la prova nazionale di ammissione e poi in ingresso da parte degli stessi studenti che abbiano compiuto uno o più anni di studi all'estero) in qualche modo elusiva nel senso di cui sopra è da escludersi sulla base dell'inflessibile limite dei posti disponibili per il trasferimento, da stabilirsi in via preventiva per ogni accademico e per ciascun anno di corso dalle singole Università sulla base del dato concernente la concreta potenzialità formativa di ciascuna, alla stregua del numero di posti rimasti per ciascun anno di corso scoperti rispetto al numero massimo di studenti immatricolabili (non superiore alla offerta potenziale ch'esse possono sostenere) per ciascuno di quegli anni ad esse assegnato.

Siffatto limite (generalmente esiguo in quanto risultante da mancate iscrizioni degli idonei nelle selezioni di ammissione degli anni precedenti o da cessazioni degli studi o da trasferi-

menti in uscita) costituisce parametro di contrasto sufficientemente efficace rispetto al temuto movimento migratorio elusivo, come dimostra nella fattispecie all'esame lo stesso Manifesto degli studi oggetto del giudizio, che, a fronte dei 225 posti disponibili per l'accesso al corso di laurea in Medicina e Chirurgia, stabilisce, alla voce "trasferimenti", che "il numero massimo di Studenti trasferiti che potranno essere iscritti ad ogni di corso è cinque".

5. – Sulla base delle considerazioni che precedono, l'appello dell'Amministrazione all'esame, che contrasta la sussistenza dei vizi di violazione delle norme partecipative e di difetto di istruttoria ravvisati dal T.A.R. sulla base del solo assunto che l'Università "nel negare il nulla osta al trasferimento ha dato esecuzione a norme vincolanti cosicché non le può essere contestato alcun difetto di istruttoria né di difetto di comunicazione del preavviso di diniego" (pagg. 4-5 app.), dev'essere respinto, dovendo, come s'è visto, escludersi che la possibilità per gli odierni appellati di transitare alla Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università degli Studi di Messina possa, sulla base, della vigente normativa nazionale ed europea, essere condizionata all'obbligo del test di ingresso previsto per il primo anno, che non può essere assunto come parametro di riferimento per l'attuazione del "trasferimento" in corso di studi, salvo il potere/dovere dell'Università di concreta valutazione, sulla base dei parametri sopra indicati, del "periodo" di formazione svolto all'estero e salvo altresì il rispetto ineludibile del numero di posti disponibili per trasferimento, così come fissato dall'Università stessa per ogni accademico in sede di programmazione, in relazione a ciascun anno di corso.

6. – Il ricorso, previa dichiarazione di inammissibilità dell'atto di intervento *ad opponendum*, va quindi respinto, con conseguente conferma, nei sensi di cui in motivazione, della sentenza impugnata.

Le spese del presente grado di giudizio possono essere integralmente compensate fra le parti, alla luce dei contrasti giurisprudenziali esistenti sulla questione controversa.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe:

- dichiara inammissibile l'atto di intervento *ad opponendum*;
- respinge l'appello e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 19 novembre 2014.

**Consiglio di Stato, Sezione Sesta, ordinanza 22 gennaio 2015 n. 242** - Pres. Baccarini, Est. Vigotti - Ministero dell'Istruzione dell'Università della Ricerca, Politecnico di Milano (avv. gen. Stato) c. A.A. ed altri (avv.ti Cabiddu e Sorrentino).

Il Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca e il Politecnico di Milano chiedono la riforma della sentenza, in epigrafe indicata, con la quale il Tribunale amministrativo della Lombardia ha accolto il ricorso dei docenti del Politecnico di Milano, odierni resistenti, volto all'annullamento della deliberazione del Senato accademico del 21 maggio 2013 nella parte in cui, confermando quanto già stabilito con precedenti determinazioni, ha reso obbligatorio l'insegnamento in lingua inglese nei corsi di laurea magistrale e di dottorato di ricerca a partire dall'anno accademico 2014-2015, in attuazione dell'obiettivo di internazionalizzazione degli

atenei previsto dall'art. 1, comma 2, lett. l) della legge 30 dicembre 2010, n. 240 (*Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario*).

La norma appena citata dispone che le università statali provvedano, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, a modificare i propri statuti in materia di organizzazione e di organi di governo dell'ateneo, con l'osservanza dei seguenti vincoli e criteri direttivi: *...l) rafforzamento dell'internazionalizzazione anche attraverso una maggiore mobilità dei docenti e degli studenti, programmi integrati di studio, iniziative di cooperazione interuniversitaria per attività di studio e di ricerca e l'attivazione, nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera.*

I) La sentenza impugnata, dopo aver respinto alcune eccezioni preliminari svolte dalle Amministrazioni resistenti, ha rilevato: a) il contrasto dell'obbligatorietà dell'insegnamento in lingua inglese con il principio, di rilevanza costituzionale, desumibile dall'art. 6 Cost., che prevede la tutela delle minoranze linguistiche, e da altre disposizioni di legge costituzionale, della centralità e dell'ufficialità della lingua italiana; b) la necessità di garantire che la lingua italiana non subisca trattamenti deteriori rispetto a lingua straniera non oggetto di specifiche norme di tutela, necessità della quale è espressione, per gli insegnamenti universitari, l'art. 271 del regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592, secondo il quale *"la lingua italiana è la lingua ufficiale dell'insegnamento e degli esami in tutti gli stabilimenti universitari"* e che non può ritenersi incompatibile, e quindi abrogato ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni preliminari al codice civile, dalla norma del 2010, altrimenti dovendosi dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 2 comma 2 lett. l) della medesima legge n. 240; c) la non collocazione, per effetto di quest'ultima disposizione, della lingua italiana in posizione subordinata rispetto a lingue straniere, perché l'uso della congiunzione "anche", nel testo della norma, esclude la tassatività dell'indicazione, in coerenza sia con l'autonomia ordinamentale delle università, sia con la vocazione della norma stessa, volta a porre criteri direttivi, sicché l'uso della lingua straniera deve affiancare, e non sostituire, quello dell'italiano.

Il Tribunale amministrativo ha quindi accolto il ricorso, avendo riscontrato l'incoerenza della valorizzazione della lingua straniera con il quadro appena delineato: i provvedimenti impugnati hanno infatti escluso per la parte specialistica della preparazione universitaria l'utilizzabilità della lingua italiana, tanto in fase di insegnamento, quanto in sede di esame, così marginalizzandone in maniera indiscriminata l'uso, che il sistema normativo vuole, invece, preminente e che è anche funzionale alla diffusione dei valori che ispirano lo Stato italiano. Una corretta applicazione dei principi sopra esposti avrebbe dovuto consentire, secondo il Tar, la scelta tra l'apprendimento in italiano e quello in lingua straniera, mentre l'imposizione di quest'ultima in via esclusiva viola anche la libertà di insegnamento garantito dall'art. 33 della Costituzione. Inoltre, l'imposizione generalizzata non tiene conto della specificità di alcuni insegnamenti, che mal si prestano all'uso dell'inglese e impedisce la diffusione, pur essa da comprendere nell'obiettivo dell'internazionalizzazione, della didattica italiana all'estero: la scelta del Politecnico, quindi, non riflette neppure l'obiettivo perseguito, mentre sacrifica in misura eccedente rispetto a tale obiettivo gli interessi dei docenti e quelli degli studenti.

II) Con l'appello in esame il Ministero e il Politecnico di Milano ripropongono le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, disattese dal primo giudice, e evidenziano la irrilevanza del principio della tutela delle minoranze linguistiche, postulata dalla legge 15 dicembre 1999, n. 482, invece valorizzato dalla sentenza impugnata. Negano, quindi, l'effetto di marginalizzazione della lingua italiana, che resta quella utilizzata

nei corsi di laurea triennale e, quindi, nella maggior parte dei corsi di studio del Politecnico il quale, con i provvedimenti impugnati, si prefigge di favorire il principio costituzionale del diritto alla formazione e all'elevazione professionale dei lavoratori (art. 35 Cost.) anche mediante la possibilità di accedere, in condizioni di uguaglianza, alle procedure concorsuali per l'assunzione all'impiego (art. 51 Cost.), senza impingere sulla libertà di insegnamento.

III) Le eccezioni preliminari riproposte con l'appello non sono fondate.

Come ha ritenuto la sentenza impugnata, la deliberazione del Senato accademico in data 21 maggio 2012 non può ritenersi meramente riproduttiva della volontà già espressa con le linee strategiche approvate il 15 dicembre 2012, dal momento che essa è stata assunta all'esito di un procedimento rinnovato, con ampia discussione collegiale, su impulso di un gruppo di docenti che avevano chiesto al rettore il riesame delle linee strategiche, nella parte concernente appunto l'uso esclusivo della lingua inglese, e di altri analoghi atti propulsivi, dei quali il provvedimento stesso dà contezza.

Del pari infondata è l'eccezione di carenza di interesse al ricorso, sollevata in ragione (contrastante con il contenuto della prima eccezione) della pretesa natura programmatica della deliberazione impugnata, come tale priva di portata immediatamente lesiva. È sufficiente leggere il contenuto dell'atto, nel quale si dispone che dall'anno 2014-2015 la lingua inglese sarà la lingua esclusiva per i corsi di laurea magistrale e per i dottorati di ricerca, per avvertirne la portata cogente e, quindi, immediatamente lesiva degli interessi dedotti in causa.

IV) Nel merito, osserva il Collegio che l'art. 2, comma 2, lett. l) della legge n. 240 del 2010, sopra riportato, legittima l'applicazione che ne è stata data dal Politecnico, giacché l'attivazione di corso in lingua inglese, nella lettera della norma, non è soggetta a limitazioni né a condizioni. Tale conclusione è avvalorata da quanto dispone l'art. 31 dell'allegato n. 2 al decreto ministeriale 23 dicembre 2010, n. 50, che, sia pure atto privo di forza di legge, nondimeno vale a chiarire il senso della disposizione legislativa in esame. Il citato art. 31, in deroga al divieto per le università di istituire nuovi corsi di studio posto dal precedente art. 30, consente, al fine di favorire l'internazionalizzazione delle attività didattiche, la possibilità di attivare corsi che ne prevedano l'erogazione "interamente in lingua straniera", sia pure, come ha osservato il Tribunale amministrativo, nelle sedi nelle quali sia già presente un omologo corso. Poiché, peraltro, la legge n. 240 del 2010, successiva al decreto appena ricordato, non contiene una simile condizione, l'applicazione datane dal Politecnico appare, sotto questo aspetto, legittima.

Le contrarie considerazioni sulle quali si fonda la sentenza impugnata, che ha negato un effetto di abrogazione tacita della norma risalente, non sembrano condivisibili: la portata dell'art. 2, comma 2, lett. l) è di innovazione del sistema e del principio del quale è espressione l'art. 271 del regio decreto n. 1592 del 1933, che, sul punto, appare superato dalla possibilità di istituire corsi in lingua diversa dall'italiano; così come la congiunzione "anche" nel testo della norma del 2010 non vale a sminuirne la portata innovativa, nel senso postulato dal Tar, dato che, comunque, legittima "anche" l'istituzione di corsi in lingua straniera, istituzione che appartiene alla libera scelta dell'autonomia universitaria, esercitata dal Politecnico nel senso che si è detto.

V) L'applicazione del parametro normativo alla fattispecie in esame, così precisato, comporterebbe l'accoglimento dell'appello; il Collegio, peraltro, dubita della conformità alla Costituzione della norma.

V.1) L'art. 2, comma 2, lett. l) della legge n. 240 del 2010, nella parte in cui consente l'attivazione generalizzata ed esclusiva (cioè con esclusione dell'italiano) di corsi in lingua straniera, non appare manifestamente congruente, innanzitutto, con l'art. 3 della Costituzione, dal momento che si applica allo svolgimento dell'attività didattica per tutti i corsi (magistrali

e di dottorato) del Politecnico, come ha evidenziato l'istruttoria disposta dal Collegio con l'ordinanza n. 1779 del 2014. Se, infatti, per alcuni insegnamenti può predicarsi il vantaggio di un uso più spinto della lingua inglese, e la conseguente attrazione della forma linguistica nel contenuto stesso dell'insegnamento, il pari trattamento generalizzato non tiene conto delle diversità esistenti tra i corsi, tali da postulare, invece, per alcuni di essi una diversa trasmissione del sapere, maggiormente attinente alla tradizione e ai valori della cultura italiana, della quale il linguaggio è espressione. E soprattutto ingiustificato appare, nell'ottica considerata, l'abolizione integrale della lingua italiana per i corsi considerati.

V.2 La giurisprudenza della Corte Costituzionale da tempo ha affermato che la Costituzione conferma per implicito che il nostro sistema riconosce l'italiano come unica lingua ufficiale (sentenze 22 maggio 2009, n. 159 e 20 gennaio 1982, n. 28). Pur in presenza del principio di tutela delle minoranze linguistiche, sancito dall'art. 6 della Costituzione, la Corte ha ribadito che "la consacrazione, nell'art. 1, comma 1, della legge n. 482 del 1999, della lingua italiana quale «lingua ufficiale della Repubblica» non ha evidentemente solo una funzione formale, ma funge da criterio interpretativo generale delle diverse disposizioni che prevedono l'uso delle lingue minoritarie, evitando che esse possano essere intese come alternative alla lingua italiana o comunque tali da porre in posizione marginale la lingua ufficiale della Repubblica; e ciò anche al di là delle pur numerose disposizioni specifiche che affermano espressamente nei singoli settori il primato della lingua italiana". Se quindi questa è la scala di valori, che pur in presenza di una specifica norma di rango costituzionale a tutela di una diversa lingua pone quella italiana in posizione di supremazia, tanto più tale criterio deve valere nei confronti di una lingua straniera, nei confronti della quale non esiste, ovviamente, alcun obbligo di tutela (mentre è necessaria la "preservazione del patrimonio linguistico e culturale della lingua italiana": Corte Cost., sentenza n. 159 del 2009).

V.3 L'imposizione dell'uso esclusivo dell'inglese (che nel verbale del consiglio di corso di studio in ingegneria elettrica del 21 novembre 2013, depositato in atti, viene addirittura qualificato "lingua *ufficiale* di erogazione") appare anche non manifestamente congruente con la libertà di insegnamento, sancita dall'art. 33 della Costituzione. Il riservare ai docenti l'attività didattica per i corsi avanzati, già di per sé, non appare giustificato alla luce di tale principio; né l'obbligo di cui si discute appare rispettoso della libera espressione della comunicazione con gli studenti, dal momento che elimina qualsiasi diversa scelta, eventualmente ritenuta più proficua da parte dei professori, ai quali appartiene la libertà, e la responsabilità, dell'insegnamento.

VI) La questione di costituzionalità dell'art. 2, comma 2, lett. l) della legge 30 dicembre 2010, n. 240 appare, quindi, rilevante e non manifestamente infondata; il giudizio deve, di conseguenza, essere sospeso in attesa della definizione del relativo giudizio da parte della Corte Costituzionale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), non definitivamente pronunciando:

- a) solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, lett. l) della legge 30 dicembre 2010, n. 240, nella parte di cui in motivazione, in riferimento agli articoli 3, 6, e 33 della Costituzione;
- b) sospende il giudizio e ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;
- c) dispone che, a cura della segreteria, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa e al Presidente del Consiglio di ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Spese al definitivo.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2014.

## **Gli atti defensionali della Avvocatura dello Stato sulla trascrizione dei matrimoni omosessuali**

*CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE TERZA, SENTENZA 26 OTTOBRE 2015 NN. 4897, 4898, 4899*

La sentenza in rassegna è una delle tre sentenze depositate dal Consiglio di Stato in tema di trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, che hanno visto contrapposti il Ministro dell'Interno Alfano e il Sindaco di Roma Marino, che aveva trascritto detti matrimoni con ampio risalto mediatico in Campidoglio il 18 ottobre 2014 (1).

Il TAR del Lazio (con le sentenze n. 3907/15, 3911/15, 3912/15, 4028/15 e 5924/15) accogliendo parzialmente i ricorsi presentati dalle varie coppie, dal Comune di Roma e dal Sindaco di Roma e dal Codacons, ha ritenuto legittima la circolare del Ministro dell'Interno del 7 ottobre 2014 nella parte in cui afferma l'intrascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso derivante *“dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano, in considerazione del difetto di un requisito sostanziale richiesto dalla normativa vigente in materia di stato e capacità delle persone (la diversità di sesso dei nubendi) che non può essere superato dalla mera circostanza dell'esistenza di una celebrazione valida secondo la lex loci ma priva dei requisiti sostanziali prescritti dalla legge italiana relativamente allo stato e alla capacità delle persone”*.

Tuttavia, il TAR ha ritenuto illegittima l'ultima parte della medesima circolare avente ad oggetto il potere di intervento diretto del Prefetto sui registri dello stato civile, sulla base del quale è stato adottato il decreto prefettizio di annullamento delle trascrizioni dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso in quanto, a norma del combinato disposto degli articoli 453 c.c. e 95, comma 1 e 109 del D.P.R. n. 396/2000 *“una trascrizione nel registro degli atti di matrimonio può essere espunta e/o rettificata solo in forza di un provvedimento dell'Autorità giudiziaria e non anche adottando un provvedimento amministrativo da parte dell'Amministrazione centrale, neanche esercitando il potere di sovraordinazione che, effettivamente, il Ministro dell'Interno vanta sul Sindaco in tema di stato civile”*.

Il Consiglio di Stato ha invece integralmente accolto gli appelli dell'Avvocatura dello Stato in rappresentanza e difesa del Ministro dell'Interno e re-

---

(1) *Le altre due sentenze del Consiglio di Stato emesse sui ricorsi del Sindaco di Roma e del Codacons, rispettivamente la n. 5039/2015, Sez. III, e la n. 5043/2015, Sez. III, hanno integralmente accolto le eccezioni processuali dell'Avvocatura dello Stato in rappresentanza e difesa del Ministero dell'Interno sia in relazione alla non giustiziabilità di un contrasto tra un organo dello Stato (il Sindaco in qualità di ufficiale di governo) e un organo sovraordinato dello stesso, sia in relazione al difetto di legittimazione e alla carenza di interesse del Codacons e delle coppie che non hanno chiesto la trascrizione del loro matrimonio in Italia.*

spinto gli appelli incidentali delle coppie, affermando, da un lato, che *“il matrimonio omosessuale, deve, infatti, intendersi incapace, nel vigente sistema di regole, di costituire tra le parti lo status giuridico proprio delle persone coniugate (con i diritti e gli obblighi connessi) proprio in quanto privo dell’indeffettibile condizione della diversità di sesso dei nubendi, che il nostro ordinamento configura quale connotazione ontologica essenziale dell’atto di matrimonio”* e, dall’altro, che *“le predette disposizioni [art. 54, comma 11 e 12 d.lgs 267/2000 e art. 9 D.P.R. 396/2000] devono necessariamente intendersi come comprensive anche del potere di annullamento gerarchico d’ufficio da parte del Prefetto degli atti illegittimi adottati dal Sindaco, nella qualità di ufficiale di governo, senza il quale, peraltro, il loro scopo evidente, agevolmente identificabile nell’attribuzione al Prefetto di tutti i poteri idonei ad assicurare la corretta gestione della funzione in questione, resterebbe vanificato”*.

Si pubblica uno dei 5 appelli redatti per il Ministro dell’Interno, unitamente alla memoria successiva al deposito della nota sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 21 luglio 2015, *Oliari ed altri c. Italia* che ha condannato l’Italia per non aver ancora legiferato in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso (e non di matrimoni tra persone dello stesso sesso).

CT 42472/14 avv. Ferrante

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO  
**CONSIGLIO DI STATO**  
 IN SEDE GIURISDIZIONALE  
**RICORSO IN APPELLO CON ISTANZA DI SOSPENSIONE**

Per il **MINISTERO DELL’INTERNO** (C.F. 97149560589) in persona del Ministro pro tempore - Prefetto della Provincia di Roma, rappresentato e difeso dall’Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587) presso i cui uffici è per legge domiciliato in Roma, via dei Portoghesi 12 (per il ricevimento degli atti, FAX 06/96514000 e PEC ags\_m2@mailcert.avvocaturastato.it)

C O N T R O

OMISSIS, rappresentate e difese dagli Avv.ti Mario Di Carlo e Stefania Masini ed elettivamente domiciliate presso lo studio di quest’ultima in Roma, via Antonio Gramsci, 24

E

**SINDACO DI ROMA CAPITALE**, rappresentato e difeso dall’Avvocatura Comunale di Roma, domiciliato in Roma, via Tempio di Giove, 21

**PER L’ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIONE**

della sentenza del TAR Lazio del 9 marzo 2015, n. 3912, notificata il 24 marzo 2015

\*\* \*\* \*

Con ricorso al T.A.R. Lazio, ritualmente notificato, le ricorrenti hanno chiesto la declaratoria di nullità o, in subordine, l’annullamento, previa sospensione, del decreto del Prefetto di Roma in data 31 ottobre 2014 n. 247747/2014, con il quale è stato disposto l’annullamento



delle “trascrizioni nel registro dello stato civile di Roma Capitale, Parte II, Serie C10, anno 2014, atti dal n. 1 al n. 16 dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero”, tra i quali l'atto n. 3 del matrimonio celebrato tra le ricorrenti a Barcellona (Spagna) il 18 settembre 2010, della circolare del Prefetto di Roma n. 19/2014 prot. n. 227369, del decreto prefettizio prot. n. 0241669/2014 del 22 ottobre 2014, con il quale è stata disposta una verifica straordinaria degli atti dello stato civile e di ogni altro atto collegato, in particolare della circolare del Ministro dell'Interno prot. n. 10863 del 07 ottobre 2014.

Il predetto ricorso è stato notificato, a cura delle ricorrenti, per notizia, anche al Sindaco di Roma ed al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma.

Nel ricorso è richiamata l'istanza cautelare notificata il 31 ottobre 2014 ai sensi dell'art. 61 c.p.a., con la quale le predette ricorrenti hanno chiesto al TAR Lazio l'adozione di misure cautelari provvisorie *ante causam*, al fine di inibire al Prefetto e al Sindaco di procedere all'annotazione, sul registro dello stato civile, del decreto del Prefetto del 31 ottobre 2014 n. 247747/2014, sopra indicato, nelle more dell'instaurazione del giudizio.

Tale istanza è stata respinta dal TAR Lazio, Sezione I Ter, con decreto cautelare in data 4 novembre 2014, n. 5544/2014, non ritenendo il Presidente sussistere, nel caso in questione, il lamentato *periculum in mora*, consistente nella diretta incidenza del provvedimento sullo *status* personale delle ricorrenti, che lamentavano di non aver potuto esercitare il diritto di difesa. Lo stesso Presidente ha, invece, riconosciuto che tale diritto avrebbe potuto trovare piena esplicazione innanzi al Collegio incaricato di decidere sulla adozione dei provvedimenti cautelari eventualmente richiesti con apposito ricorso.

All'udienza del 27 novembre 2014, è stato disposto rinvio al merito.

Con il ricorso, le ricorrenti lamentano, in fatto, che - avendo il Sindaco di Roma Capitale proceduto, in data 18 ottobre 2014, alla trascrizione, nel registro dei matrimoni di Roma, del matrimonio dalle stesse contratto a Barcellona (Spagna) - con decreto del 31 ottobre 2014, prot. n. 27747/2014 il Prefetto di Roma abbia disposto, “pur non avendone il potere”, l'annullamento della trascrizione del loro matrimonio.

Si dolgono altresì che il Prefetto, con il decreto in questione, abbia ordinato all'ufficiale di stato civile di Roma Capitale, Sindaco o altro funzionario da questi delegato, di provvedere a tutti i conseguenti adempimenti materiali “compresa l'annotazione del presente provvedimento nei registri dello stato civile” e che lo stesso Prefetto abbia reso nota la propria volontà di provvedere in tempi rapidissimi.

In diritto le ricorrenti sostengono:

1) La nullità del decreto prefettizio per difetto assoluto di attribuzione ed incompetenza assoluta, la violazione dell'art. 453 c.c. e dell'art. 95 d.P.R. 396/2000, nonché la violazione degli artt. 12, c. 6, 11 c. 3, 5 c.1 lett a), 12 c. 1, 69 c.1 lett (i), 100 d.P.R. 396/2000 e del D.M. 5 aprile 2002.

2) La violazione e falsa interpretazione degli artt. 9 d.P.R. 396/2000 e 54, commi 3 e 11 d. lgs. n. 267/2000 nella parte in cui è stato esercitato un potere sostitutivo del Prefetto.

3) L'illegittimità dell'ordine di annotare per violazione dell'art. 453 c.c., degli artt. 69, 11 c. 3, 12 c. 1 del d.P.R. 396/2000 e del D.M.5 aprile 2002.

4) L'illegittimità del procedimento per violazione degli artt 7 e 10 della legge 241/90 nonché per violazione del diritto di difesa e dell'art. 24 della Costituzione.

Il TAR Lazio, con la sentenza impugnata, ha parzialmente accolto il ricorso.

Il Giudice di primo grado, infatti, ha ritenuto legittima la circolare del Ministro dell'Interno del 7 ottobre 2014 nella parte in cui afferma l'intrascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso derivante “dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi

effetto giuridico nell'ordinamento italiano, in considerazione del difetto di un requisito sostanziale richiesto dalla normativa vigente in materia di stato e capacità delle persone (la diversità di sesso dei nubendi) che non può essere superato dalla mera circostanza dell'esistenza di una celebrazione valida secondo la *lex loci* ma priva dei requisiti sostanziali prescritti dalla legge italiana relativamente allo stato e alla capacità delle persone”.

Tuttavia, il TAR ha ritenuto illegittima l'ultima parte della medesima circolare avente ad oggetto il potere di intervento diretto del Prefetto sui registri dello stato civile, sulla base del quale è stato adottato il decreto prefettizio di annullamento delle trascrizioni dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso in quanto, a norma del combinato disposto degli articoli 453 c.c. e 95, comma 1 e 109 del D.P.R. n. 396/2000 “una trascrizione nel registro degli atti di matrimonio può essere espunta e/o rettificata solo in forza di un provvedimento dell'Autorità giudiziaria e non anche adottando un provvedimento amministrativo da parte dell'Amministrazione centrale, neanche esercitando il potere di sovraordinazione che, effettivamente, il Ministro dell'Interno vanta sul Sindaco in tema di stato civile”.

Avverso tale sentenza, ingiusta e lesiva degli interessi dell'amministrazione, si propone appello con istanza di sospensione per i seguenti motivi

#### FATTO

Con circolare n. 40/ba-030/011/DAIT del 7 ottobre 2014, indirizzata a tutti i Prefetti, il Ministro dell'Interno è intervenuto in materia di trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, sottolineando “*l'esigenza di garantire che la fondamentale funzione di stato civile, esercitata, in ambito territoriale, dal Sindaco nella veste di ufficiale di Governo, sia svolta in piena coerenza con le norme attualmente vigenti che regolano la materia*” (All. n. 1).

Con circolare prefettizia n. 19/2014 prot n. 227369 la circolare ministeriale è stata diramata a tutti i sindaci della provincia di Roma (All. n. 2) .

Avendo appreso da organi di stampa che era intenzione del Sindaco di Roma Capitale di procedere alle trascrizioni dei suddetti matrimoni, con nota in data 16 ottobre 2014, il Prefetto di Roma ha invitato il Sindaco a non procedere alla trascrizione dei matrimoni in questione, preannunciando l'adozione dei provvedimenti di legge (All. n. 3).

In data 17 ottobre 2014, l'ufficio di Gabinetto del Sindaco di Roma Capitale ha preannunciato che, in data 18 ottobre, il Sindaco avrebbe proceduto, con apposita cerimonia, alla trascrizione di matrimoni di persone dello stesso sesso celebrati all'estero (All. n. 4).

Con nota del 20 ottobre 2014, avendo appreso dagli organi di stampa, che hanno riservato all'evento grande rilievo mediatico, della cerimonia effettivamente tenutasi in Campidoglio il 18 ottobre 2014, il Prefetto di Roma ha invitato il Sindaco a disporre, celermente, l'annullamento degli atti di trascrizione dei suddetti matrimoni, con l'avvertimento che, in mancanza, si sarebbe proceduto all'annullamento ai sensi di legge (All. n. 5).

In data 18 e 20 ottobre 2014, la Prefettura ha emanato due comunicati stampa, il primo per preannunciare l'invito al Sindaco a cancellare le trascrizioni, il secondo per informare che in quella stessa data era stata trasmessa al Sindaco una nota per sollecitare l'annullamento delle trascrizioni effettuate. In entrambi i comunicati, si è affermata la volontà del Prefetto di Roma di procedere, in caso di inerzia del Sindaco, all'annullamento degli atti, secondo le previsioni di legge (All. n. 6 e 7) .

Con lettera del 22 ottobre 2014, il Sindaco di Roma Capitale, in risposta alla prefettizia del 20 ottobre 2014, ha comunicato al Prefetto di aver proceduto, in data 18 ottobre 2014, alle

trascrizioni in questione alla luce di una attività ermeneutica del “diritto vivente”, ritenendo di aver operato legittimamente (All. n. 8).

Con decreto prot. n. 0241669/2014, del 22 ottobre 2014, il Prefetto di Roma ha affidato l’incarico a due funzionarie della Prefettura di Roma di procedere ad una verifica straordinaria dei registri di matrimonio dello stato civile, finalizzata all’accertamento della effettiva trascrizione degli atti, da effettuarsi, in data 23 ottobre 2014, ai sensi degli articoli 9 e 104 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, presso gli uffici di Roma Capitale (All. n. 9).

La verifica è stata effettivamente svolta in data 23 ottobre 2014, come da verbale redatto nella circostanza (All. n. 10), con il quale si dà atto che si acquisiscono, in copia conforme all’originale, gli atti del registro matrimoni, Parte II, serie C10, anno 2014, atti dal n. 1 al n. 16, quindi anche l’atto n. 3 relativo alle ricorrenti e copia dei relativi allegati (All. n. 10B). Tale documentazione è relativa alla trascrizione dei matrimoni celebrati all’estero tra persone dello stesso sesso effettuata dal sindaco Marino in data 18 ottobre 2014.

È stato, quindi, adottato il decreto prefettizio n. 247747/2014 del 31 ottobre 2014, oggetto di impugnazione con l’odierno ricorso (All. n. 11).

Con dichiarazioni agli organi di stampa, il Sindaco Marino ha affermato di non voler procedere all’annullamento degli atti (All. n. 12).

Nella perdurante inerzia del Sindaco di Roma in qualità di Ufficiale di Governo, nonostante l’espresso ordine impartitogli dal Prefetto di Roma con il decreto n. 247747/2014 del 31 ottobre 2014 di provvedere all’annotazione del decreto medesimo nei registri dello stato civile, con decreto del Prefetto di Roma n. 284812/14 del 4 dicembre 2014 (All. 13), è stato conferito l’incarico ad un dirigente della Prefettura di dare esecuzione al predetto decreto di annullamento n. 247747/2014 del 31 ottobre 2014.

In data 5 dicembre 2014, detto dirigente ha quindi provveduto ad apporre le annotazioni a margine degli atti dal n. 1 al n. 16 del registro dello stato civile di Roma Capitale - Atti di matrimonio - Parte II - Serie C10, come da apposito verbale in pari data (all. 14).

## DIRITTO

### **1. La sentenza del TAR Lazio.**

La sentenza impugnata, pur riconoscendo che, allo stato dell’attuale normativa, le coppie omosessuali non vantano in Italia né un diritto a contrarre matrimonio, né la pretesa alla trascrizione di unioni celebrate all’estero, hanno accolto le censure di parte ricorrente aventi ad oggetto i poteri dell’Amministrazione centrale in materia di stato civile, statuendo che nella citata materia non esisterebbe un potere di sovraordinazione del Prefetto rispetto al Sindaco esercitabile attraverso un potere di annullamento da parte dell’Amministrazione centrale che, di conseguenza, sarebbe vincolata ad applicare l’art. 95 del D.P.R. n. 396/2000.

Secondo il TAR Lazio, infatti, il sistema dello stato civile è un sistema chiuso che, perciò, non consentirebbe possibilità di intervento sui registri dello stato civile ulteriori rispetto a quelle delineate dal codice civile e dal D.P.R. 396/2000 che non contemplerebbero un intervento diretto del Ministero dell’interno, per il tramite del Prefetto, ma attribuirebbero il potere di annullamento delle trascrizioni illegittime solo all’Autorità giudiziaria.

Secondo tale ricostruzione l’ufficiale di stato civile avrebbe solo il potere di aggiornare i registri e correggere eventuali errori materiali ma non sarebbe titolare di poteri di annullamento o di autotutela, potendo soltanto disporre l’annotazione di rettificazioni operate dall’Autorità giudiziaria.

Di conseguenza, conclude il TAR Lazio, una trascrizione nel registro degli atti di ma-

trimonio potrebbe essere espunta e/o rettificata solo in forza di un provvedimento dell’Autorità giudiziaria e non anche adottando un provvedimento amministrativo da parte dell’Amministrazione centrale, neanche esercitando il potere di sovraordinazione che, effettivamente, il Ministro dell’Interno vanta sul Sindaco.

La ricostruzione del quadro normativo applicabile al caso di specie è censurabile sia sotto il profilo della erronea applicazione della normativa sullo stato civile e della giurisprudenza prevalente in materia di funzioni statali esercitate a livello locale, sia sul piano della logicità e congruità della motivazione.

Prima di procedere alla censura dell’impugnata sentenza pare opportuno, per completezza, premettere una breve ricostruzione del quadro giuridico in materia di trascrivibilità del matrimonio celebrato all’estero tra persone dello stesso sesso.

## **2. Ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale vigente. Impossibilità di configurare in assenza di un intervento del legislatore una pretesa alla trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio tra persone dello stesso sesso.**

La pretesa avversaria prende le mosse da una erronea ricostruzione - disattesa dal Giudice di primo grado - secondo la quale gli ultimi sviluppi della giurisprudenza, sia ordinaria sia costituzionale, da un lato, ed il quadro normativo europeo ed internazionale, dall’altro, dovrebbero indurre ad un mutamento della posizione tradizionale secondo cui la diversità di sesso dei nubendi rappresenta un requisito fondamentale affinché l’unione tra due persone possa produrre gli effetti giuridici previsti dall’ordinamento per il matrimonio, compresa anche la trascrizione nei registri dello stato civile e tutte le implicazioni che tale atto determina.

Come invece correttamente affermato dal TAR, la diversità di sesso dei nubendi è - unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell’ufficiale dello stato civile celebrante - secondo la costante giurisprudenza della Corte di cassazione, requisito minimo indispensabile per la stessa “esistenza” del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante (cfr., *ex plurimis*, le sentenze n. 1808 del 1976, n. 1304 del 1990, n. 1739 del 1999, n. 7877 del 2000). In questi esatti termini si è espressa la Corte di cassazione anche nella recente sentenza n. 4184 del 2012 *ex adverso* invocata (punto 2.2.2.).

In realtà, giova sin da ora precisare che, nonostante l’indubbia evoluzione del quadro sociale e giuridico di riferimento, l’eventuale equiparazione dei matrimoni omosessuali a quelli celebrati tra persone di sesso diverso e la conseguente trascrizione di tali unioni nei registri dello stato civile rientrano nella competenza esclusiva del legislatore nazionale in quanto espressione di discrezionalità politica. Prova ne è che è all’esame della Commissione Giustizia del Senato, l’A.S. n. 14, recante la disciplina delle coppie di fatto e delle unioni civili e, pertanto, non vi sono, allo stato, le basi giuridiche per considerare la trascrizione dei matrimoni celebrati all’estero tra persone dello stesso sesso un atto legittimo.

A sostegno di ciò va in primo luogo rilevato che, nonostante la trascrizione abbia ai sensi della normativa vigente natura meramente certificativa e dichiarativa, la sola sussistenza dei requisiti di validità previsti dalla *lex loci* quanto alla forma di celebrazione secondo il diritto internazionale privato non esime l’ufficiale di stato civile dalla previa verifica della sussistenza dei requisiti di natura sostanziale previsti dalla legge italiana relativamente allo stato e alla capacità delle persone.

In questa direzione, infatti, conduce un duplice riferimento normativo.

In primo luogo, l’art. 27, comma 1, della legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218/1995, secondo cui “*la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio*”.

Tale disposizione va, inoltre, letta in combinato disposto con l'art. 115 del codice civile, secondo cui *“il cittadino è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione prima di questo capo, anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite”*.

Ne consegue che, al di là della validità formale della celebrazione secondo la legge straniera, resta in capo all'ufficiale di stato civile, ai fini della trascrizione, il dovere di verificare la sussistenza dei requisiti sostanziali necessari secondo la legge italiana affinché la celebrazione possa produrre effetti giuridicamente rilevanti.

Non vi è dubbio che, ai sensi del codice civile vigente, la diversità di sesso dei nubendi rappresenti un requisito sostanziale necessario affinché il matrimonio produca effetti giuridici nell'ordinamento interno. Nell'attuale ordinamento civilistico, infatti, l'istituto del matrimonio si fonda sulla diversità di sesso dei coniugi, come può agevolmente desumersi da una ricognizione delle disposizioni codicistiche in materia. Rileva, in proposito, per tutte, l'art. 107 c.c., in base al quale l'ufficiale dello stato civile *“riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio”*. Ma nella medesima direzione depongono anche gli articoli 108, 143 e 143 *bis* del medesimo codice e l'art. 64, comma 1, lett. e) del d.P.R. 396/2000.

Inoltre, come confermato dal Giudice di primo grado, non assume alcuna rilevanza in senso contrario l'art. 65 della legge 218/1995. Infatti, come precisato anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 4184 del 2012, l'atto di matrimonio celebrato all'estero, sebbene soggetto a determinate forme solenni che prevedono la ricezione della volontà dei nubendi da parte dei soggetti investiti di un pubblico ufficio, non è certo assimilabile ad un provvedimento proveniente dall'autorità amministrativa o giurisdizionale, ma resta un atto negoziale e come tale deve essere considerato ai fini della individuazione delle norme che ne disciplinano gli effetti nell'ordinamento interno.

Pertanto, il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso è privo dei requisiti sostanziali necessari per procedere alla trascrizione ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. 396/2000. Peraltro, tali conclusioni sono pienamente rispondenti ai medesimi principi statuiti dalla Corte di Cassazione nella richiamata pronuncia 4184 del 2012, nella parte in cui viene precisato che *“l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro inesistenza e neppure dalla invalidità, ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano”*.

A bene vedere infatti la Suprema Corte, nella citata sentenza *ex adverso* invocata, non ha mai affermato il riconoscimento o la trascrivibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso, anzi afferma proprio il contrario sostenendo espressamente a più riprese l'intrascrivibilità di tale atto matrimoniale.

La pronuncia della Cassazione citata prende le mosse da un'analoga vicenda in cui la richiesta di trascrizione di un matrimonio contratto all'estero da due cittadini italiani dello stesso sesso era stata rifiutata dall'ufficiale di stato civile del comune di Latina.

Sul provvedimento di rifiuto della trascrizione si pronunciavano nel volgere di qualche anno il Tribunale di Latina in prima istanza, la Corte d'Appello di Roma in seconda istanza e, da ultimo, anche la Corte di Cassazione.

In tutti i gradi di giudizio veniva confermata l'intrascrivibilità nell'ordinamento dello Stato italiano dell'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla sentenza della Corte d'Appello di Roma conferma, come detto, l'intrascrivibilità del matrimonio omosessuale ritenendolo

“inidoneo” a produrre effetti giuridici nell’ordinamento italiano. Dunque un atto totalmente inefficace per il nostro ordinamento.

Ma tali conclusioni non mutano neppure ove la questione venga esaminata sul piano della legittimità costituzionale ovvero in relazione al contesto normativo e giurisprudenziale europeo, come correttamente affermato dal TAR Lazio nella sentenza impugnata.

Con riferimento al primo aspetto, infatti, la Corte costituzionale, con giurisprudenza conforme sin dalla nota pronuncia n. 138 del 2010 - nel respingere la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni del codice civile che non consentono la celebrazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso e la sua trascrizione nei registri dello stato civile - ha statuito che l’art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato con un’interpretazione creativa né, peraltro, con specifico riferimento all’art. 3, comma 1, Cost., le unioni omosessuali possono essere ritenute *tout court* omogenee al matrimonio. È vero, comunque, che la Corte ha stabilito che tra le formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost. in grado di favorire il pieno sviluppo della persona umana nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico, rientra anche l’unione omosessuale. Tuttavia, secondo la medesima giurisprudenza costituzionale, spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità politica, individuare con atto di rango legislativo le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, scegliendo, in particolare, se equiparare *tout court* il matrimonio omosessuale a quello eterosessuale, ovvero introdurre forme diverse di riconoscimento giuridico della stabile convivenza della coppia omosessuale. In questo quadro lo spazio di intervento della Corte costituzionale è circoscritto alla sola possibilità di tutelare specifiche situazioni (come è avvenuto con le sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988 in materia di locazioni e di assegnazione di alloggi di edilizia residenziale per le convivenze *more uxorio*).

La Corte costituzionale ha quindi concluso, nella richiamata sentenza che *“la censurata normativa del codice civile che, per quanto detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”*.

Tali affermazioni di principio sono state ribadite con la recente sentenza della Corte costituzionale n. 170 dell’11 giugno 2014 che è intervenuta sulla normativa che prevede l’automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio in caso di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei due coniugi, chiarendo che *“la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela l’art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942 che stabiliva e tuttora stabilisce che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso (sentenza n. 138 del 2010”*, (punto 5.2. del *Considerato in diritto*) e sottolineando espressamente l’essenzialità del requisito dell’eterosessualità del matrimonio (punto 5.1. del *Considerato in diritto*).

Per quanto, invece, concerne il riferimento al contesto normativo europeo, va rilevato che non possono risultare dirimenti i richiami alle disposizioni di cui agli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, nota anche come “Carta di Nizza”.

La prima disposizione, infatti, statuendo che *“uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l’esercizio di tale diritto”*, fa riferimento alla nozione tradizionale di matrimonio fondato sulla diversità di sesso dei nubendi e rinvia, inoltre, alla legislazione dei singoli Stati per la disciplina delle condizioni che regolano l’esercizio del diritto.

Per quanto, invece, riguarda l'art. 9 della Carta di Nizza, va evidenziato che tale disposizione, stabilendo che *“il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”*, volutamente ha omesso il riferimento alla diversità di sesso dei nubendi, con ciò lasciando aperta a ciascuno Stato europeo la possibilità di un riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso. Tuttavia, anche quest'ultima disposizione anziché vincolare i legislatori nazionali, rimette, più correttamente, a questi ultimi la decisione in materia.

Tale interpretazione del quadro normativo europeo è stata autorevolmente avallata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo che, nella pronuncia del 24 giugno 2010, Prima Sezione, caso Schalk e Kopf contro Austria, in un caso analogo a quello in esame, ha statuito che il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di adempiere le formalità richieste per la celebrazione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso non contrasta con la CEDU.

In particolare, la stessa Corte Europea ha osservato che il matrimonio ha connotazioni sociali e culturali radicate che possono differire molto da una società all'altra e, proprio per questo, ha ritenuto di non potersi spingere a sostituire l'opinione delle autorità nazionali con la propria. Di conseguenza, ha ritenuto di dover rimettere ai legislatori nazionali di ciascuno Stato aderente alla CEDU la decisione di permettere o meno il matrimonio omosessuale e la conseguente decisione in merito alla trascrivibilità o meno dello stesso.

Va ricordato che alla nozione di matrimonio come *“unione di due persone di sesso diverso”* secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, ha espressamente fatto ricorso la Corte di giustizia UE nella sentenza 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, ritenendola sottesa alle disposizioni dell'ordinamento comunitario che vi fanno riferimento.

Pertanto, stante l'assoluta riserva di legislazione nazionale in materia, come sottolineato dalla Corte di Cassazione nella richiamata sentenza n. 4184 del 2012, le coppie omosessuali non possono, al momento, far valere né il diritto a contrarre matrimonio, né il diritto alla trascrizione delle unioni celebrate all'estero.

Tanto premesso, si può, quindi, concludere che è proprio la stessa giurisprudenza *ex adverso* citata a smentire l'assunto delle parti ricorrenti.

La Cassazione, infatti, ha solo statuito la non contrarietà all'ordine pubblico delle unioni tra persone dello stesso sesso e, in piena adesione con tale assunto, si pone la circolare del 7 ottobre 2014 del Ministro dell'Interno che ha precisato che l'intrascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso deriva *“dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano”*. E ciò in considerazione del difetto di un requisito sostanziale richiesto dalla normativa vigente in materia di stato e capacità delle persone (la diversità di sesso dei nubendi) che non può essere superato dalla mera circostanza dell'esistenza di una celebrazione valida secondo la *lex loci* ma priva dei requisiti sostanziali prescritti dalla legge italiana relativamente allo stato e alla capacità delle persone.

Non può, poi, indurre a ritenere superato un quadro giurisprudenziale assolutamente granitico, l'isolato precedente del Tribunale di Grosseto del 3-9 aprile 2014, peraltro annullato in sede di reclamo della Corte d'appello di Firenze con decreto del 19 settembre 2014, e successivamente smentito da più pronunce: decreto del Tribunale di Pesaro del 21.10.2014 n. 1428 (All. n. 15) e decreto del Tribunale di Avellino del 9.10.2014, n. 877 (All. n. 16).

Tutto ciò premesso, si può quindi affermare che non può ritenersi superato, in assenza di un intervento del potere legislativo - unico potere legittimato ad intervenire in materia di stato e capacità delle persone e segnatamente nel campo dei requisiti sostanziali richiesti affinché il matrimonio possa produrre effetti giuridici - il solido orientamento giurisprudenziale

e costituzionale che considera l'unione tra persone dello stesso sesso inidonea a produrre effetti per l'ordinamento e, quindi, non suscettibile di trascrizione.

**3. Erroneità della sentenza in relazione alla ricostruzione dei poteri del Prefetto in materia di stato civile e della sua posizione di sovraordinazione rispetto al Sindaco nella veste di Ufficiale del Governo nonché in relazione all'affermata inconfigurabilità del potere di annullamento in via gerarchica della trascrizione del matrimonio - Contraddittorietà e illogicità della motivazione.**

La sentenza impugnata è censurabile sia sotto il profilo della erronea applicazione della normativa sullo stato civile e della giurisprudenza prevalente in materia di funzioni statali esercitate a livello locale, sia sul piano della logicità e congruità della motivazione.

Per quanto riguarda il primo profilo, va innanzitutto sottolineato che il Giudice di primo grado ricostruisce il rapporto tra il Ministero dell'interno (e per questo il Prefetto) ed il Sindaco nella materia in esame prendendo le mosse esclusivamente dalla normativa regolamentare in materia di stato civile e dalle disposizioni del codice civile in materia di atti di stato civile, obliterando, tuttavia, che i principi generali in materia di funzioni governative esercitate a livello locale e, segnatamente, di stato civile sono in realtà contenuti nell'art. 54 TUEL.

Infatti, il d.P.R. n. 396/2000, recante la normativa regolamentare in materia di stato civile, va letto ed interpretato alla luce dei principi posti dalla normativa di rango primario contenuta nell'art. 54 del TUEL.

Alla luce di tali principi l'Ufficiale di stato civile opera quale mero subordinato del Ministro dell'interno (e per esso del Prefetto), non disponendo di una propria ed autonoma sfera di competenza in materia di stato civile.

Ciò in quanto, come ampiamente evidenziato nel giudizio di primo grado, vi è una posizione generale di sovraordinazione del Prefetto, rispetto al Sindaco, in materia di stato civile.

La Suprema Corte ha infatti più volte chiarito come *“l'attività di tenuta dei registri dello stato civile costituisca prerogativa statale, svolta in via delegata secondo l'espressa previsione dell'art. 1 comma 2 del D.P.R. 396/2000: il sindaco, quale ufficiale del Governo, o chi lo sostituisce a norma di legge, è ufficiale dello stato civile. Persiste dunque un potere di sovraordinazione dell'amministrazione dello Stato rispetto all'attività svolta dal sindaco in siffatta materia, così come previsto dall'art. 9 del cennato D.p.R. 396/2000 e puntualizzato dalla costante giurisprudenza della corte di legittimità”* (Cass. Civ. Sez. Unite, n. 21658/2009).

E ancora: *“nell'esercizio della funzione di tenuta dei registri dello stato civile, il Sindaco assumendo la veste di ufficiale di governo, agisce quale organo dello Stato in posizione di dipendenza gerarchica anche rispetto agli organi statali centrali”* (Cass, sez. I, 14 febbraio 2000, n. 1599).

Nel citato decreto della Corte d'appello di Firenze del 19 settembre 2014 si precisa come *“l'attività di tenuta dei registri dello stato civile costituisca prerogativa statale, svolta in via delegata secondo l'espressa previsione dell'art. 1 comma 2 del D.P.R. 396/2000: il sindaco, quale ufficiale del Governo, o chi lo sostituisce a norma di legge, è ufficiale dello stato civile. Persiste dunque un potere di sovraordinazione dell'amministrazione dello Stato rispetto all'attività svolta dal sindaco in siffatta materia, così come previsto dall'art. 9 del cennato D.p.R. 396/2000 e puntualizzato dalla costante giurisprudenza della corte di legittimità (da ultimo, Cass. Civ. Sez. Unite, n. 21658/2009)”*.

Del tutto errato è quindi l'assunto del Giudice di primo grado che nega l'esistenza di una posizione generale di sovraordinazione del Prefetto, rispetto al sindaco, in materia di stato civile.

Tale materia rientra, infatti, nella competenza esclusiva dello Stato ed è esercitata in ambito territoriale dal Sindaco nella veste di ufficiale di Governo, ai sensi dell'art. 54 del



TUEL che, come indicato nella rubrica, attiene proprio alle *“attribuzioni del sindaco nei servizi di competenza statale”*.

La tutela dell'interesse pubblico alla regolarità e continuità del servizio di stato civile e della sua fondamentale funzione di presidio a tutela della certezza del diritto e dei rapporti giuridici tra privati e tra questi e l'Amministrazione spetta, quindi, al Ministro dell'interno.

Quest'ultimo, in quanto titolare della funzione, ha il potere d'indirizzo nei confronti dell'Ufficiale di stato civile che, in quanto Ufficiale di Governo, opera quale articolazione locale del Governo nazionale ed è, quindi, gerarchicamente sottoposto al Ministro.

In questa veste, infatti, il Sindaco non rappresenta la comunità locale, bensì attua la legge nazionale ed è, perciò, tenuto, ai sensi dell'art. 9 del d.P.R. 396/2000, *“... ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'interno”*. Parimenti sintomatico della relazione gerarchica intercorrente con il potere esecutivo rispetto ai servizi di competenza statale è il comma successivo della medesima disposizione, a mente del quale *“la vigilanza sugli uffici dello stato civile spetta al Prefetto”*.

In una relazione del tipo di quella appena evidenziata, quindi, l'organo subordinato agisce quale mera emanazione a livello locale e, di conseguenza, residua in capo all'organo sovraordinato, unico ed effettivo titolare della funzione, il potere di intervenire per rimuovere eventuali atti posti in essere in violazione delle direttive impartite.

Nella medesima direzione depone anche l'art. 54, comma 3, del d.lgs. 267/2000, a mente del quale il sindaco, quale ufficiale di Governo, sovrintende alla tenuta dei registri dello stato civile.

Dal complesso delle disposizioni citate emerge, quindi, che al Prefetto, quale organo territoriale del Governo - e, quindi, titolare della funzione di stato civile in ambito provinciale - spetta il potere di dettare disposizioni in materia di stato civile vincolanti per il Sindaco nella veste di Ufficiale di Stato civile.

Nel caso in cui quest'ultimo non si conformi alle disposizioni impartite si configura, pertanto, quella situazione di inerzia che giustifica l'intervento sostitutivo del Prefetto ai sensi dell'art. 54, comma 11, del TUEL. Tale potere di sostituirsi all'organo subordinato anche al fine di rimuovere atti non conformi all'ordinamento attraverso l'annullamento è contenuto necessario e tipico delle relazioni interorganiche di tipo gerarchico.

Peraltro, il potere di annullamento d'ufficio in via gerarchica costituisce espressione del medesimo interesse pubblico alla regolare ed uniforme tenuta dei registri dello stato civile garantito con il riconoscimento del potere di indirizzo e di vigilanza sui medesimi registri (citato art. 9) e, finanche, di intervento sostitutivo in caso di inerzia da parte degli ufficiali di stato civile (citato art. 54, comma 11).

Va, inoltre, precisato che, contrariamente a quanto affermato dal TAR Lazio, il potere di annullamento gerarchico delle trascrizioni illegittimamente effettuate dall'Ufficiale di stato civile non si pone affatto in contrasto col principio di riserva di legge di cui all'art. 97 Cost. ma si fonda sul combinato disposto dell'art. 54 TUEL - che attribuisce al Prefetto una chiara posizione di sovraordinazione rispetto all'Ufficio di stato civile che si traduce anche nella possibilità di esercitare un potere sostitutivo in caso di inerzia - e l'art. 21 *nonies* della legge 241 del 1990. Quest'ultima disposizione, infatti, contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, rappresenta la norma generale su cui si fonda il potere di annullamento d'ufficio e giustifica anche l'annullamento gerarchico in presenza di una norma di legge che preveda tra due organi una relazione di tipo gerarchico.

A favore di una tale interpretazione militano plurime argomentazioni. In primo luogo va osservato che l'art. 21 *nonies* non può essere inteso come mera norma di rinvio ai casi previsti dalla

legge. Se così fosse, infatti, si tratterebbe di una disposizione inutile, in quanto priva di quella portata innovativa che è tipica delle fonti del diritto. In quest'ottica, quindi, l'espressione "il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge" deve essere intesa come norma che abilita all'annullamento d'ufficio anche nel caso di relazioni interorganiche analoghe a quella in questione.

Non vi è, quindi, la mancanza di una norma di rango primario che conferisca all'Amministrazione il potere di adottare un provvedimento di annullamento in via gerarchica delle trascrizioni illegittime.

Inoltre, contrariamente a quanto affermato dal TAR, la circostanza che, in caso di inerzia dell'Ufficiale di stato civile, il Prefetto possa intervenire in via sostitutiva depone proprio in direzione della possibilità di intervenire anche mediante l'annullamento in via gerarchica.

Orbene, se il più comprende il meno, allora il Prefetto potrà non soltanto esercitare il potere sostitutivo in luogo dell'Ufficiale di stato civile inerte ma anche rimuoverne gli atti contrari alla legge nel caso in cui quest'ultimo non si sia attenuto alle disposizioni impartite dall'organo che, a livello territoriale, attua le disposizioni impartite a livello centrale dal Ministro, vero e unico titolare della funzione governativa di stato civile.

Peraltro, va rilevato che il Ministro dell'interno, con la circolare impugnata, aveva dettato precise disposizioni che vietavano di procedere a trascrizioni *contra legem*. Il Sindaco di Roma ha deliberatamente omesso di applicare tali direttive, restando colpevolmente inerte anche rispetto al preciso invito di rimuovere gli atti illegittimamente compiuti e giustificando così l'intervento prefettizio.

Del tutto inconferente è anche il richiamo alla normativa del codice civile in materia di trascrizioni. Questa normativa, infatti, risale al 1942, ad un periodo nel quale vi era un sistema di controlli molto pervasivi nei confronti delle autonomie locali. In quell'epoca, perciò, non era nemmeno ipotizzabile che una funzione governativa potesse essere esercitata a livello locale in maniera difforme rispetto alle indicazioni provenienti dal Governo, vero e unico titolare della funzione. Proprio per questo motivo, la normativa codicistica non regola il caso limite in cui la trascrizione venga illegittimamente effettuata dall'Ufficiale di stato civile in violazione di legge ed in aperto contrasto con le direttive ministeriali.

Inoltre, contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, va rilevato che sulla sussistenza in capo al Prefetto del potere di annullamento in via gerarchica degli atti illegittimamente posti in essere dal Sindaco quale Ufficiale del Governo si è pronunciata in senso affermativo anche la giurisprudenza amministrativa.

In particolare, il Consiglio di Stato ha sul punto affermato che nelle materie di competenza statale nelle quali il Sindaco agisce nella veste di Ufficiale del Governo spetta al Prefetto promuovere ogni misura idonea a garantire l'unità di indirizzo e di coordinamento, promuovendo le misure occorrenti e svolgendo, così, una fondamentale funzione di garante dell'unità dell'ordinamento in materia.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, *"l'adozione di ogni misura non può che includere anche il potere di annullamento d'ufficio degli atti adottati dal sindaco quale ufficiale di governo, che risultano essere illegittimi o che comunque minano la menzionata unità di indirizzo"* (in questo senso, testualmente, Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2008, n. 3076).

È perciò erroneo quanto affermato dal TAR, secondo cui la giurisprudenza appena richiamata attiene ad una fattispecie e ad un caso non omogenei all'oggetto del presente giudizio.

Infatti, anche se il precedente in esame attiene alla materia della sicurezza - nella quale i rapporti tra il Prefetto ed il Sindaco sono regolati dalla legge n. 121 del 1981 che delinea tra

le due autorità una relazione di dipendenza funzionale - a maggior ragione i principi ivi statuiti sono applicabili allo stato civile che, lo si ripete ancora una volta, rientra nel novero di quelle funzioni la cui titolarità è statale e che vengono esercitate a livello locale dal Sindaco quale mero Ufficiale del Governo.

Quest'ultimo, infatti, non dispone nella citata materia di una sfera di discrezionalità autonoma né tantomeno del potere di discostarsi dalle direttive governative.

Nel caso in esame, quindi, non vi è alcuna cogestione della materia come nel caso della sicurezza pubblica, ma una titolarità esclusiva in capo al Ministero dell'interno e, perciò, un rapporto gerarchico vero e proprio tra Prefetto e Sindaco.

Pertanto, se i principi affermati nella citata giurisprudenza del Consiglio di Stato possono trovare applicazione in una materia (la pubblica sicurezza) contrassegnata da una situazione di cogestione e da un rapporto di dipendenza funzionale tra i due organi coinvolti, a maggior ragione, dovranno regolare la situazione in esame, nella quale l'unico ed esclusivo titolare della funzione in discussione è il Ministro dell'interno.

Quanto all'asserita violazione dell'art. 95 del d.P.R. 396/2000 recante "*Delle procedure giudiziali di rettificazione relative agli atti dello stato civile e delle correzioni*", si osserva che detta norma appare chiaramente applicabile al singolo che intenda ottenere la rettificazione di un atto dello stato civile che lo riguarda e certamente non al Ministro dell'interno - e per esso al Prefetto - che, in quanto titolare della funzione di stato civile, si proponga di rimuovere gli effetti di atti illegittimamente posti in essere, in contrasto con una sua precisa direttiva, da parte del sindaco in veste di ufficiale del Governo, in spregio alla propria posizione di subordinazione rispetto ad esso.

Non è quindi configurabile alcuna invasione della sfera del potere giurisdizionale in quanto il Ministro dell'interno, esercitando istituzionalmente la funzione di stato civile, ha il potere-dovere di evitare che gli ufficiali di stato civile effettuino la trascrizione di atti non consentiti dall'ordinamento giuridico.

Giova altresì rilevare che le procedure giudiziali di rettificazione e correzione degli atti dello stato civile presuppongono che le trascrizioni siano state eseguite dall'ufficiale di stato civile in attuazione o, quanto meno, in coerenza con le direttive ministeriali e non, come è invece accaduto nel caso di specie, in aperto contrasto con le stesse e senza, per di più, adempiere agli inviti formulati dal Prefetto.

Il riferimento dell'art. 95 D.P.R. n. 396/2000 anche ad "un atto indebitamente registrato" non può che riferirsi al caso in cui l'ufficiale dello stato civile abbia trascritto, anche inconsapevolmente, un atto che non avrebbe potuto trascrivere - si pensi ad esempio al matrimonio tra due persone di cui una risulti già coniugata all'estero - e certamente non all'ipotesi di un atto trascritto dal Sindaco in qualità di ufficiale di stato civile in dichiarato spregio ad una precisa direttiva dell'organo sovraordinato che lo aveva espressamente diffidato dal farlo.

Nell'esempio citato, solo l'Autorità giudiziaria ordinaria, adita dall'altro coniuge o dal Pubblico Ministero, potrebbe disporre la cancellazione dell'atto indebitamente registrato nell'ignoranza dello stato di bigamia.

La peculiarità della fattispecie oggetto del presente giudizio giustifica, invece, l'annullamento gerarchico degli atti illegittimamente posti in essere dall'Ufficiale di stato civile che ha deliberatamente agito in violazione dell'art. 9 del d.P.R. 396/2000 e dell'art. 54 TUEL, rendendo necessario - con la sua condotta violativa della legge, prima, e con la sua inerzia, poi - l'intervento in via gerarchica del Prefetto per garantire l'unitarietà dell'ordinamento.

Negare la possibilità di tale intervento significherebbe negare la titolarità della funzione

di indirizzo e vigilanza ex art. 9 D.P.R. n. 396/2000 in capo al Ministro dell'interno ed il suo potere di impartire istruzioni vincolanti: *"l'ufficiale dello stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministro dell'interno"*.

La tutela dell'interesse pubblico alla regolare ed uniforme tenuta dei registri dello stato civile è infatti garantito con il riconoscimento del potere di indirizzo e di vigilanza del Ministro (citato art. 9) e, finanche, con il potere di intervento sostitutivo in caso di inerzia da parte degli ufficiali di stato civile (citato art. 54, comma 11 TUEL).

Quanto, infine, all'annotazione a margine dei registri dello stato civile del decreto prefettizio si precisa che si tratta esclusivamente di una mera operazione materiale, conseguente al provvedimento di annullamento, resa necessaria dalla particolare natura della trascrizione e dalla necessità di rimuovere gli effetti di un atto illegittimamente posto in essere e non consentito dall'attuale ordinamento dello stato civile. Non sussistono, perciò, contrariamente a quanto affermato dal TAR, le paventate violazioni della normativa vigente e, in particolare, dell'art. 453 c.c.

Quest'ultima disposizione, infatti, riguarda le ipotesi di ulteriori annotazioni in calce a quelle correttamente eseguite - ad esempio la cessazione degli effetti civili del matrimonio o la rettificazione dell'attribuzione di sesso - e non, come nel caso di specie, di una mera operazione, esecutiva del decreto prefettizio, conseguente all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di un atto illegittimamente trascritto, che si fonda sulla sovraordinazione del Prefetto rispetto all'Ufficiale di stato civile.

Non coglie nel segno quindi il rilievo del TAR secondo il quale il Prefetto, sostituendosi al Sindaco non potrebbe esercitare poteri maggiori di quelli vantati da quest'ultimo il quale non potrebbe annullare le trascrizioni sicché atti di tal genere non potrebbe assumerli neanche il Prefetto.

Al riguardo, si evidenzia, infatti, che, nel rispetto del principio di leale collaborazione, il Prefetto, esercitando i propri poteri di indirizzo e di vigilanza in materia, abbia in primo luogo richiamato l'attenzione dell'Ufficiale di stato civile sulla necessità di rispettare il quadro normativo vigente e, successivamente, solo dopo averlo diffidato, sia stato necessitato, a tutela del preminente interesse pubblico più volte evidenziato in precedenza, a intervenire in via gerarchica, decretando la rimozione dell'atto posto in essere in maniera illegittima e senza conformarsi alle norme di legge e alle direttive dell'organo (Ministro in sede centrale - Prefetto in sede provinciale) effettivo titolare della funzione.

Quanto al paventato generale "potere di revisione degli atti di stato civile" che deriverebbe, secondo il TAR, *contra legem* in capo all'Ufficiale di Stato civile dal potere di sovraordinazione del Prefetto rispetto al Sindaco, si osserva che un conto è l'annullamento di un atto illegittimo compiuto dall'organo subordinato da parte dell'organo sovraordinato ai sensi dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 54, comma 11 TUEL, un conto è l'autoannullamento da parte dello stesso organo, certamente precluso se non in esecuzione di una precisa direttiva dell'organo sovraordinato.

A tal riguardo, si evidenzia l'illogicità e l'incongruenza della motivazione della sentenza impugnata che, a p. 24 espressamente menziona "il potere di sovraordinazione che, effettivamente, il Ministro dell'interno vanta sul Sindaco in tema di stato civile" salvo poi, nel corso della motivazione (p. 28), dubitare della configurabilità di detto potere di sovraordinazione negandone, comunque, il suo contenuto tipico, rappresentato dall'annullamento in via gerarchica degli atti illegittimamente posti in essere dall'organo subordinato.

Si precisa, inoltre, che, nel rispetto dei principi generali in materia di annullamento d'ufficio, il Prefetto di Roma, nel solco delle direttive ministeriali, ha osservato il principio del *contrarius actus* (Cons. Stato, Sez. III, n. 739/2013 e V, n. 66/2013), il quale impone che, in sede di ritiro di un

precedente provvedimento, vengano rispettate le medesime formalità previste per l'atto annullato.

Pertanto, una volta decretato l'annullamento, il Prefetto ha ordinato all'Ufficiale di stato civile di porre in essere le operazioni conseguenti, compresa l'annotazione del decreto a margine delle trascrizioni illegittimamente effettuate, esecutiva dell'annullamento d'ufficio e resa necessario dal rispetto della regola del *contrarius actus*.

Tutto ciò, quindi, non configura alcuna manomissione degli atti dello stato civile. Ne deriva, quindi, che, una volta ammesso in materia di stato civile, come negli altri servizi statali esercitati a livello locale dal Sindaco quale Ufficiale di Governo, il potere statale di annullamento d'ufficio a tutela dell'unitarietà dell'ordinamento, vanno coerentemente consentite tutte le attività necessarie perché quel potere possa compiutamente esplicare i propri effetti, tra i quali rientra necessariamente proprio l'annotazione.

Pertanto, come già osservato in precedenza, non vi è alcuna annotazione posta in essere in violazione dell'art. 453 del codice civile, trattandosi, in realtà, di una mera operazione materiale, conseguente all'annullamento d'ufficio di trascrizioni illegittime e necessaria per consentire l'operatività del provvedimento prefettizio.

Ebbene, se manomissione vi è stata, ne è, in realtà, autore il Sindaco di Roma che, nonostante il quadro normativo vigente, le direttive ministeriali e i reiterati inviti del Prefetto, ha consapevolmente violato la legge, rendendo necessario l'intervento di annullamento delle trascrizioni illegittime e le conseguenti operazioni materiali, volte a rimediare all'alterazione dei registri di stato civile da parte di chi, a livello locale, dovrebbe, invece, esercitare la funzione nel rispetto di quanto statuito dal potere centrale.

Non è quindi configurabile alcuna violazione della normativa vigente in materia di stato civile, ma il doveroso esercizio di un potere necessario per garantire l'unitarietà della funzione a livello nazionale, gravemente messa in pericolo da trascrizioni effettuate in maniera illegittima oltre che in palese e pervicace contrasto con le direttive impartite dall'organo istituzionalmente deputato alla corretta gestione degli atti di stato civile.

#### **4. Erroneità della sentenza in relazione all'applicabilità dell'art. 21 *nonies* della legge 241 del 1990 ai fini dell'annullamento d'ufficio della trascrizione - Contraddittorietà e illogicità della motivazione.**

La contraddittorietà e illogicità della motivazione è ravvisabile anche laddove il TAR ha, da un lato, respinto la tesi avversaria circa l'inconfigurabilità della trascrizione del matrimonio come "atto amministrativo", dalla quale deriverebbe l'inapplicabilità della legge 241 del 1990 e, dall'altro, ha affermato la non invocabilità dell'art. 21 *nonies* della stessa legge quale base normativa del potere di annullamento del Prefetto.

Correttamente il TAR ha disatteso le censure attinenti all'asserita violazione delle norme procedurali di cui agli articoli 7 e 8 della legge n. 241 del 1990.

Per quanto riguarda, in primo luogo, la mancata comunicazione di avvio del procedimento, si osserva che il provvedimento impugnato è assistito da una congrua motivazione circa la sussistenza delle ragioni di urgenza che l'hanno giustificata.

Innanzitutto, va sottolineata la natura vincolata del provvedimento, essendo stato quest'ultimo adottato nell'esercizio del potere-dovere di agire al fine di garantire l'esercizio uniforme, a livello nazionale, della funzione di stato civile, presidiando, per questa via, anche la fondamentale esigenza di garanzia della certezza del diritto e dei rapporti giuridici.

Considerata tale natura, quindi, soccorre l'art. 21 *octies* della legge 241 del 1990, in quanto la partecipazione dei privati interessati al procedimento non avrebbe potuto in alcun modo incidere sul contenuto dispositivo del provvedimento.

Inoltre, non si possono sottacere le particolari e gravi ragioni di urgenza consistenti nell'esigenza di evitare il grave *vulnus* per la certezza del diritto e l'unitarietà dell'ordinamento, delle quali il Prefetto di Roma ha dato atto in maniera congrua ed esauriente nel provvedimento impugnato.

D'altra parte, le controparti non hanno minimamente dato dimostrazione di come la loro partecipazione al procedimento avrebbe potuto incidere sul suo esito.

La piena legittimità dell'impugnato provvedimento emerge anche ove si tenga conto che, in ossequio ai principi generali ed alla consolidata giurisprudenza amministrativa in materia (*ex plurimis*, Cons. St., sez. V 25 luglio 2013 n. 3969), la motivazione ha dato conto anche dell'esistenza di un interesse pubblico preminente - non circoscritto alla mera esigenza di ripristino della legalità violata - in grado di giustificare l'adozione del provvedimento di annullamento in via gerarchica.

Inoltre, del tutto infondate e contraddittorie appaiono le affermazioni delle controparti circa l'inapplicabilità dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990.

Infatti, da un lato le controparti lamentano la violazione degli articoli 7 e 10 della legge n. 241 del 1990, dall'altro, con evidente contraddizione, ritengono che la trascrizione nel registro dell'atto di matrimonio non integrerebbe un provvedimento amministrativo e pertanto non sarebbe soggetto alla disciplina della legge n. 241 de 1990.

La trascrizione dell'atto di matrimonio sarebbe, secondo la singolare tesi di controparte, "un atto pubblico formale" con effetto dichiarativo e di certificazione.

Tale tesi è stata correttamente respinta dal TAR.

Orbene, come noto, sono atti amministrativi gli atti giuridici di diritto pubblico compiuti dai soggetti attivi della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa. (Landi - Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, p. 185). In particolare, gli atti amministrativi possono concretarsi in atti di accertamento, che consistono nella constatazione obiettiva di fatti o situazioni (Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, p. 268). Gli atti di accertamento constatano l'esistenza nel soggetto di determinati requisiti, cui consegue l'acquisto d'una capacità, d'uno *status* o situazione giuridica, d'un diritto. Gli accertamenti sono indispensabili per il sorgere della capacità, dello *status*, della situazione o del diritto: anche se i requisiti preesistono l'atto formale di accertamento è richiesto *ad substantiam*.

Tra gli atti di accertamento, assumono particolare rilievo, per quanto qui interessa, i certificati che integrano dichiarazioni di conoscenza di qualità personali d'un soggetto o della titolarità di *status*, capacità o diritti o dell'esistenza di rapporti giuridici. I certificati sono rilasciati in base a constatazioni dirette della pubblica amministrazione o alle risultanze di atti in suo possesso.

Da tali pacifiche e manualistiche proposizioni definitorie non si comprende davvero come l'atto di trascrizione del matrimonio possa non essere considerato un provvedimento amministrativo bensì "un atto pubblico formale" con effetto dichiarativo e di certificazione, come se l'atto amministrativo non fosse un atto pubblico formale e come se non vi fossero, tra gli atti amministrativi, anche quelli con effetto dichiarativo e di certificazione come, appunto, i certificati.

Dalla condivisione di queste premesse, da parte del TAR, sarebbe dovuta conseguire, quale logica conseguenza, l'affermazione dell'applicabilità dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 a supporto del potere di annullamento del Prefetto.

Anche sotto tale profilo, quindi, la motivazione della sentenza impugnata si appalesa illogica e contraddittoria.

Infatti, come visto in precedenza, il potere di annullamento gerarchico del Prefetto nelle materie di competenza statale esercitate dal Sindaco a livello locale si fonda su specifiche e

ben solide basi giuridiche, peraltro confermate anche dalla citata giurisprudenza in materia del Consiglio di Stato.

Inoltre, va evidenziato che nel caso dei matrimoni celebrati all'estero la trascrizione assume un valore ulteriore rispetto a quello ordinario, in quanto deve essere preceduta da una delibazione in merito alla sussistenza dei requisiti sostanziali in materia di stato e capacità delle persone. Alla luce di tale circostanza non si può, quindi, negare che a monte della trascrizione vi sia un procedimento amministrativo culminante con l'esercizio di un potere-dovere di verifica dei requisiti sostanziali in materia di stato e capacità delle persone che, quindi, dà vita ad un provvedimento produttivo di effetti nella sfera giuridica dei destinatari, all'esito di una fattispecie complessa a formazione progressiva. Del tutto legittimo è, quindi, il riferimento all'art. 21 *nonies* della legge 241 del 1990.

In conclusione, le argomentazioni che precedono hanno evidenziato che non è configurabile in capo alle odierne parti appellate una pretesa alla trascrizione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero e che, al contrario, il provvedimento prefettizio di annullamento è assistito da solide basi giuridiche ed è stato adottato nel rispetto di una corretta procedura.

#### *Sull'istanza cautelare*

Per quanto riguarda il *periculum in mora*, si rileva che a sostegno dell'istanza cautelare milita l'esigenza di garantire che la fondamentale funzione di stato civile sia esercitata in maniera uniforme a livello nazionale, a presidio del preminente interesse pubblico all'unitarietà dell'ordinamento, che rischierebbe di essere compromessa ove fosse consentita l'introduzione surrettizia di una tipologia di matrimonio al momento non prevista dall'ordinamento, nonché a tutela dell'esigenza di evitare un grave nocumento alla certezza del diritto e delle posizioni giuridiche soggettive nei rapporti tra privati e tra privati ed Amministrazioni pubbliche.

La Circolare del Ministro dell'interno impugnata in questa sede e i conseguenti provvedimenti di annullamento degli atti di trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, adottati dal Prefetto di Roma e da altri Prefetti sul territorio nazionale, sono infatti finalizzati a tutelare l'unitarietà dell'ordinamento giuridico in una materia in cui solo il legislatore può intervenire per disciplinare forme di riconoscimento delle unioni omosessuali.

Si pensi che a fronte di trascrizioni già avvenute, alcune coppie omosessuali hanno richiesto la carta di identità con la dicitura "coniugato", altre il congedo matrimoniale al proprio datore di lavoro. Potrebbero inoltre essere avanzate pretese volte ad ottenere detrazioni fiscali per il coniuge a carico o pensioni di reversibilità o altri benefici fiscali in assenza di copertura finanziaria.

È del tutto evidente quindi che il singolo Sindaco, contravvenendo a specifiche direttive, non può arrogarsi il diritto di "creare" diritti, anche di contenuto economico, a carico del bilancio dello Stato, non suffragati dall'esistenza di una norma che solo il legislatore nazionale può introdurre.

Per contro, nessun irreparabile pregiudizio può verificarsi in capo alle parti appellate nelle more del giudizio di merito di secondo grado.

Innanzitutto, va precisato che, dalla sentenza impugnata, non potrebbe comunque derivare un loro diritto ad ottenere la trascrizione del matrimonio celebrato all'estero ma semmai una loro pretesa a che la medesima trascrizione venga annullata all'esito del giudizio di volontaria giurisdizione di cui all'art. 95 D.P.R. n. 396/2000. Nessun vantaggio sostanziale potrebbero quindi ritrarre le odierne parti appellate dall'esecuzione della sentenza di primo grado.

Inoltre, a sostegno dell'istanza cautelare avanzata in primo grado, le controparti si sono limitate ad affermazioni generiche circa un presunto danno all'identità personale ed alla sfera

familiare, senza però dimostrare in che modo l'annullamento d'ufficio pregiudichi la loro sfera personale e non sia possibile attendere l'esito del giudizio di merito.

In realtà, le argomentazioni in questione sono smentite dalla circostanza che il decreto del Prefetto non incide su uno *status quo* consolidato, in quanto il provvedimento del Sindaco è stato annullato, proprio al fine di non pregiudicare l'unitarietà dell'ordinamento giuridico e la certezza del diritto, con l'urgenza del caso, per cui non si vede quale modificazione di segno negativo nella sfera giuridica dei destinatari il decreto impugnato possa aver prodotto. Il preteso danno lamentato dalle parti ricorrenti è tutt'altro che irreparabile ben potendo lo *status* dalle stesse vantato essere ripristinato in caso di esito favorevole del giudizio.

Se poi è vero che le controparti hanno contratto matrimonio in Spagna da oltre quattro anni e solo ora hanno sentito l'urgenza di tutelare anche in via giurisdizionale il loro preteso diritto a trascrivere tale atto in Italia, sfugge la ricorrenza di un reale *periculum in mora* in attesa dell'esito del giudizio.

Davvero paradossale appare infine il cenno all'interesse pubblico a che non vengano manomessi "con atti *extra ordinem*" i registri dello stato civile, "creando un precedente gravissimo" in quanto se di atti *extra ordinem* si può parlare tali sono proprio quelli consistiti nella trascrizione di matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso in totale assenza di una norma di legge che ciò consenta nell'ordinamento italiano e nonostante le precise e reiterate direttive in senso contrario impartite dal Ministro dell'interno e dal Prefetto al Sindaco in qualità di ufficiale di Governo.

Tutto ciò premesso, l'amministrazione in epigrafe, come sopra rappresentata e difesa

CHIEDE

che il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, in accoglimento del presente appello, voglia annullare, previa sospensione, la sentenza impugnata.

Ai fini della prenotazione a debito, ai sensi della l. 488/99, si dichiara che il contributo unificato ammonta ad euro 650,00, a norma dell'art. 13, comma 6-*bis*, lettera e) del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, aumentato della metà ex art. 1, comma 27, l. 24 dicembre 2012, n. 228.

Roma, 22 maggio 2015

**Wally Ferrante**  
**Avvocato dello Stato**

RELATA DI NOTIFICA

AI SENSI DELL'ART. 55 DELLA LEGGE 19 GIUGNO 2009, N. 69

L'Avvocatura Generale dello Stato, con sede in Roma, via dei Portoghesi n. 12, ai sensi dell'art. 55 della legge 19 giugno 2009, n. 69, nell'interesse del Ministero dell'interno, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso *ex lege*, ha notificato l'antescritto atto a:

OMISSIS, rappresentate e difese dagli Avv.ti Mario Di Carlo e Stefania Masini ed elettivamente domiciliate presso lo studio di quest'ultima in Roma, via Antonio Gramsci, 24, ivi spedendone copia conforme all'originale a mezzo di Poste Italiane spa - Centro di Meccanizzazione Postale di Roma Fiumicino (CMP FCO) - Sportello Avanzato per il Servizio Integrato Notifiche (SIN) presso l'Avvocatura Generale dello Stato (AGS) - con raccomandata a.r. n.

in Roma il \_\_\_\_\_

CR0N.N.

Avvocato dello Stato



## RELATA DI NOTIFICA

AI SENSI DELL'ART. 55 DELLA LEGGE 19 GIUGNO 2009, N. 69

L'Avvocatura Generale dello Stato, con sede in Roma, via dei Portoghesi n. 12, ai sensi dell'art. 55 della legge 19 giugno 2009, n. 69, nell'interesse del Ministero dell'interno, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso *ex lege*, ha notificato l'antescritto atto a:

SINDACO DI ROMA CAPITALE, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Comunale di Roma, domiciliato in Roma, via Tempio di Giove, 21, ivi spedendone copia conforme all'originale a mezzo di Poste Italiane spa - Centro di Meccanizzazione Postale di Roma Fiumicino (CMP FCO) - Sportello Avanzato per il Servizio Integrato Notifiche (SIN) presso l'Avvocatura Generale dello Stato (AGS) - con raccomandata a.r. n. \_\_\_\_\_ in Roma il \_\_\_\_\_

CR0N.N.

*Avvocato dello Stato*

CT 42472/14 avv. Ferrante

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO

**CONSIGLIO DI STATO****IN SEDE GIURISDIZIONALE****SEZ. III - R.G. 4543/15****UDIENZA 8.10.2015****MEMORIA PER IL MERITO**

Per il **MINISTERO DELL'INTERNO** (C.F. 97149560589) in persona del Ministro pro tempore - Prefetto della Provincia di Roma, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587) presso i cui uffici è per legge domiciliato in Roma, via dei Portoghesi 12 (per il ricevimento degli atti, FAX 06/96514000 e PEC ags\_m2@mailcert.avvocaturastato.it)

C O N T R O

**OMISSIS**, come in atti rappresentate e difese

\*\* \*\* \*

Nel richiamare integralmente quanto già dedotto con il ricorso in appello, va precisato ulteriormente quanto segue in relazione al controricorso e al ricorso incidentale delle parti appellate.

1. Innanzi tutto si prende atto del fatto che le controparti, pur avendo inammissibilmente censurato, ai punti 4 e 5 del controricorso in data 13 luglio 2015 la sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto le relative censure, riconoscendo la legittimità della Circolare del Ministro dell'interno laddove afferma che, allo stato attuale della legislazione nazionale, le coppie omosessuali non vantano un diritto a contrarre matrimonio, né ad ottenere la trascrizione di matrimoni celebrati all'estero, hanno ritenuto, successivamente, di notificare il predetto atto "*affinché esso possa valere, ove occorra, (in realtà imprescindibilmente) anche quale ricorso incidentale*".

L'imprescindibilità dell'appello incidentale è tanto evidente se sol si pensi che, in difetto di esso, sarebbe passato in giudicato il capo della sentenza che ha ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale vigente nel senso dell'infondatezza di una pretesa volta ad ottenere la trascrizione di matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, con la conse-

guenza che le parti appellate non avrebbero potuto ritrarre dall'esecuzione della sentenza impugnata, alcun vantaggio immediato e diretto.

Le trascrizioni illegittimamente effettuate dal Sindaco di Roma, infatti, sarebbero state comunque sottoposte all'annullamento da parte di altro organo, in assenza di un titolo giuridico su cui fondare la relativa pretesa e pertanto nessuna concreta utilità avrebbero potuto conseguire le controparti dall'accoglimento del ricorso di primo grado.

Ciò detto, va precisato che non è vero che la sentenza impugnata *“non ha inciso in alcun modo sull'annotazione della cancellazione”* della trascrizione in quanto avendo annullato, nei limiti di cui in motivazione, i provvedimenti impugnati, essa ha inciso anche su detta annotazione (tutt'ora presente solo perché la sentenza non è stata ancora eseguita in attesa dell'esito dell'appello) che, si ricorda, è stata impugnata dalle parti ricorrenti con motivi aggiunti.

Infatti le controparti, pur affermando che la trascrizione del matrimonio negli atti dello stato civile, non integrerebbe un provvedimento amministrativo bensì *“un atto pubblico formale con effetto dichiarativo e di certificazione”* (categoria che, come si è già più volte ribadito, è al contrario a tutti gli effetti una specie di atto amministrativo, appunto con valore dichiarativo e certificativo e non costitutivo), ha ritenuto necessario, correttamente, con atto notificato, estendere i motivi di ricorso già spiegati, sia in via diretta, sia per illegittimità derivata, al decreto del Prefetto di Roma del 4 dicembre 2014 con il quale è stato nominato un delegato per l'esecuzione dell'annotazione del decreto di annullamento della trascrizione *de quo* nonché al relativo verbale di annotazione nei registri dello stato civile del 5 dicembre 2014.

Ciò sul presupposto che detti atti costituiscano provvedimenti amministrativi (e se lo sono le annotazioni alle trascrizioni, a maggior ragione lo debbono essere le trascrizioni medesime) e all'evidente scopo di non rendere improcedibile il ricorso per sopravvenuta carenza di interesse in ragione della mancata impugnazione dell'atto finale con il quale la trascrizione del matrimonio è stata privata di ogni effetto giuridico.

2. Ciò precisato, vanno svolte alcune brevi considerazioni in relazione alla richiesta di archiviazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Udine del 25 novembre 2014, prodotta in primo grado e nuovamente invocata in questa sede dalle controparti.

Con tale provvedimento, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Udine, ha chiesto l'archiviazione del procedimento penale instaurato, su esposto dell'Associazione LGBTI - Rete Lenford, a carico del Prefetto di Udine e del commissario *ad acta* da questi nominato per provvedere all'annullamento della trascrizione del matrimonio tra due persone dello stesso sesso celebrato in Sudafrica, non ravvisando la sussistenza dell'elemento psicologico per la configurazione delle ipotesi di reato di falso ideologico (*“assai arduo”*), di usurpazione di funzioni pubbliche e di abuso di ufficio (*“per il quale mancherebbe in aggiunta anche il vantaggio patrimoniale”*).

Tuttavia, il predetto Procuratore della Repubblica, esulando totalmente dalle funzioni proprie del pubblico ministero e dai confini del procedimento penale, ha svolto alcune considerazioni che avrebbero più opportunamente dovuto trovare ingresso in un giudizio amministrativo o semmai nel giudizio di volontaria giurisdizione di cui all'art. 75 R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 (ordinamento giudiziario) in base al quale il pubblico ministero *“esercita la vigilanza sul servizio dello stato civile e le altre attribuzioni demandategli nella stessa materia, in conformità alle leggi e ai regolamenti”*.

Tali considerazioni vanno comunque radicalmente contestate.

Quanto all'affermazione che *“il dominus dello stato civile è e resta il Sindaco”* e che la legge non legittimerebbe *“un ruolo così autoritario e di simile prevaricazione del Prefetto”*,

vale la pena ricordare che la rubrica dell'art. 54 TUEL recita *“Attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale”*, tra le quali rientrano appunto quelle di cui al comma 3, in cui il Sindaco, quale ufficiale del governo, sovrintende alla tenuta dei registri di stato civile. Ai sensi del comma 11 di detta norma, *“nel caso di inerzia del sindaco ... il prefetto può intervenire con proprio provvedimento”*.

Inoltre, ai sensi dell'art. 9 del D.P.R. 396/2000 recante regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, *“L'ufficiale dello stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'interno”*.

Il potere sostitutivo del Prefetto e l'obbligo del Sindaco di uniformarsi alle direttive del Ministro dell'interno sono quindi espressamente previsti dalla legge.

Non vi è stata quindi alcuna “forzatura” del dato normativo; né questa può essere ravvisata nel fatto che la base normativa che ha sorretto l'operato del Prefetto trovi in parte la propria collocazione anche in una fonte diversa dall'ordinamento dello stato civile (il TUEL o la legge 241/90).

Destituito di fondamento è quindi l'assunto secondo il quale non vi sarebbe una posizione generale di sovraordinazione del Prefetto, rispetto al Sindaco, in materia di stato civile.

Quanto alla tesi del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Udine dell'inapplicabilità dell'art. 21 *nonies* l. 241/90 in quanto *“la trascrizione operata dall'ufficiale di stato civile non è per nulla un provvedimento amministrativo”*, avendo mera natura dichiarativa, non si può che ribadire che, secondo le più basilari nozioni manualistiche, sono da considerarsi atti amministrativi gli atti giuridici di diritto pubblico compiuti dai soggetti attivi della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa, tra i quali vanno annoverato gli atti di accertamento.

Tra questi ultimi, assumono particolare rilievo, per quanto qui interessa, i certificati che integrano dichiarazioni di conoscenza di qualità personali d'un soggetto o della titolarità di *status*, capacità o diritti o dell'esistenza di rapporti giuridici.

Non si comprende quindi come l'atto di trascrizione del matrimonio possa non essere considerato un provvedimento amministrativo bensì *“una mera, se pur giuridicamente significativa, attività dichiarativa ed attestativa”* come se non vi fossero, tra gli atti amministrativi, anche quelli con effetto dichiarativo e attestativo come, appunto, i certificati.

Quanto alla considerazione secondo la quale *“se al rifiuto dell'ufficiale di stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione, di eseguire una trascrizione, un'annotazione o altro adempimento il cittadino può rivolgersi al Tribunale, analogamente deve valere nel caso opposto e cioè nel caso in cui una eseguita trascrizione dall'ufficiale di stato civile sia stata fatta, ma la si ritenga invece errata o contraria all'ordine pubblico”*, si osserva che la proposizione è condivisibile nella parte in cui pone sullo stesso piano, ai fini della procedura da seguire, il “cittadino” che pretenda la trascrizione o l'annotazione nei registri dello stato civile e il “cittadino” che intenda opporsi alla trascrizione o all'annotazione illegittimamente avvenuta, come ad esempio nel caso della trascrizione del matrimonio tra due persone di cui una risulti già coniugata all'estero e il cui coniuge intenda appunto promuovere la cancellazione della trascrizione del matrimonio avvenuta in Italia.

È evidente invece che la formulazione dell'art. 95 D.P.R. 396/2000 *“Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile ... deve proporre ricorso al Tribunale ...”* non può certamente ritenersi applicabile al Ministro dell'interno e per esso al Prefetto, titolari della funzione in materia di stato civile, di esclusiva competenza statale ed esercitata in ambito territoriale dal Sindaco in veste di ufficiale di Governo, al fine di garantire la certezza del diritto e dei rapporti giuridici tra privati e tra questi e la pubblica amministrazione.

La Circolare del Ministro dell'interno impugnata in questa sede e i conseguenti provvedimenti di annullamento degli atti di trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, adottati dal Prefetto di Roma e da altri Prefetti sul territorio nazionale, sono infatti finalizzati a tutelare l'unitarietà dell'ordinamento giuridico in una materia in cui solo il legislatore può intervenire per disciplinare forme di riconoscimento delle unioni omosessuali.

3. Ciò detto, si osserva che le controparti assumono il difetto assoluto di attribuzione del Prefetto ad annullare la trascrizione di un matrimonio nei registri dello stato civile in virtù della specificità della disciplina dell'ordinamento dello stato civile che, sembra di capire, renderebbe inapplicabili le norme generali che disciplinano "qualsiasi procedimento amministrativo" quali l'art. 21 *nonies* della legge n. 241/90 nonché le norme speciali attinenti proprio al rapporto tra Prefetto e Sindaco in veste di Ufficiale di Governo quali l'art. 54 TUEL che regola le "attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale", contemplando, al comma 3, la tenuta dei registri di stato civile, e che al comma 11 prevede espressamente il potere sostitutivo del Prefetto nell'adozione di provvedimenti omissi dal Sindaco anche in tale ambito.

Alla luce di tali norme tanto cogenti quanto chiare, che sanciscono la competenza statale nella materia della tenuta degli atti dello stato civile e la competenza delegata del Sindaco quale organo periferico dello Stato (tale è l'Ufficiale di Governo) ci si domanda come possa essere messo in dubbio il potere gerarchico del Prefetto rispetto al Sindaco, peraltro pacificamente riconosciuto dalla Corte di cassazione anche a Sezioni Unite (Cass., Sez. Un. n. 21658/2009; Cass., sez. I, n. 1599/2000) - a nulla rilevando che si tratterebbe di "organi incardinati in enti soggettivamente diversi".

Infatti il Sindaco è incardinato presso un ente diverso dallo Stato solo quando riveste le funzioni di organo di vertice del Comune e non anche nelle sue funzioni di Ufficiale di Governo, riconducibili formalmente e sostanzialmente allo Stato medesimo.

Peraltro, anche volendo, per mera ipotesi, configurare il suddetto rapporto come di "coordinamento" o di "gerarchia impropria", lo stesso Autore citato da controparte definisce tale rapporto come "una figura (almeno tendenzialmente) di sovraordinazione predisposta per realizzare la unità di indirizzo di uffici od enti dotati di autonomia. Essa comporta in ogni caso nell'ufficio coordinatore il potere di impartire direttive (in senso tecnico) e negli uffici coordinati l'obbligo di tenerle presenti e di non discostarsene se non per plausibili motivi".

Al riguardo va ribadito che l'adozione della Circolare del Ministro dell'interno impugnata in questa sede è finalizzata proprio a garantire quell'unità di indirizzo degli uffici ricoperti dai Sindaci che, sul territorio nazionale, avevano iniziato ad adottare provvedimenti di trascrizione di matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, questi sì, "interventi creativi", con buona pace della tassatività degli atti trascrivibili nei registri dello stato civile e, sinanco, provvedimenti generali con i quali venivano impartite direttive in tal senso agli ufficiali di stato civile, come quello adottato dal Sindaco di Napoli (oggetto del ricorso dichiarato inammissibile dal TAR Lazio con sentenza del 9 marzo 2015, n. 3900) arrogandosi indebitamente scelte discrezionali spettanti solo ed esclusivamente al Legislatore, come ripetutamente ribadito sia dalla Corte costituzionale, sia dalla Corte di cassazione.

Inoltre, è vero che gli atti dello stato civile attingono la loro legittimità esclusivamente e direttamente dalla legge e certamente non da istruzioni del Ministro ma è anche vero che dette istruzioni si fondano proprio sul rispetto della legge che invece il Sindaco di Roma ha palesemente violato, contravvenendo al chiaro disposto dell'art. 27, comma 1 della legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218/1995, secondo cui "*la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun*

*nubendo al momento del matrimonio*”, dell’art. 115 del codice civile, secondo cui *“il cittadino è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione prima di questo capo, anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite”*, dell’art. 107 c.c., in base al quale l’ufficiale dello stato civile *“riceve da ciascuna delle parti personalmente, l’una dopo l’altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio”*, degli articoli 108, 143 e 143 bis del medesimo codice e dell’art. 64, comma 1, lett. e) del d.P.R. 396/2000 in base ai quali la diversità di sesso dei nubendi rappresenta un requisito sostanziale necessario affinché il matrimonio produca effetti giuridici nell’ordinamento interno, come ripetutamente confermato sia dalla Corte costituzionale (sentenze n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014), sia dalla Corte di cassazione (sentenza n. 4184 del 2012).

4. Da ultimo, la Suprema Corte, con la sentenza del 9 febbraio 2015, n. 2400 versata in atti, ha confermato la legittimità del diniego dell’ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio richieste da due persone dello stesso sesso, ribadendo che, secondo la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, *“l’art. 12 CEDU e l’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea lasciano al legislatore nazionale di stabilire forme e disciplina giuridica delle unioni, tra persone dello stesso sesso. Tali scelte rientrano pienamente nel margine di discrezionalità dei singoli stati, dovendosi escludere, per questa specifica tipologia di unioni l’imposizione di un modello normativo unico da trarre dal paradigma matrimoniale”*.

Pertanto, prosegue la Suprema Corte, deve escludersi “che la mancata estensione del modello matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso determini una lesione dei parametri integrati della dignità umana e dell’uguaglianza, i quali assumono pari rilievo nelle situazioni individuali e nelle situazioni relazionali rientranti nelle formazioni sociali costituzionalmente protette ex artt. 2 e 3 Cost.”.

Peraltro, non solo la giurisprudenza nazionale ma anche quella europea confora la legittimità degli atti impugnati.

Invero, per giustificare l’operato del Sindaco, la controparte riporta enfaticamente ampi stralci della sentenza della CEDU, 24 giugno 2010, caso Schalk e Kopf contro Austria quasi dimenticando le conclusioni finali cui è giunta la Corte Europea che, come noto, ha statuito che il rifiuto dell’ufficiale di stato civile di adempiere le formalità richieste per la celebrazione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso non contrasta con la CEDU.

Si ricorda infatti che l’art. 12 della CEDU prevede espressamente che *“uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l’esercizio di tale diritto”* e fa riferimento alla nozione tradizionale di matrimonio fondato sulla diversità di sesso dei nubendi.

La Corte di cassazione, nella citata sentenza n. 2400 del 2015, ha infatti sottolineato che *“la linea tracciata dalla Corte di Strasburgo in ordine al margine di apprezzamento degli Stati membri è rimasta coerente nelle sentenze Schalk and Kopf c. Austria del 24 giugno 2010, Gas e Dubois c. Francia del 15 marzo 2012 fino alla più recente Hamalainen c. Finlandia del 16 luglio 2014. L’art. 12, ancorché formalmente riferito all’unione matrimoniale eterosessuale, non esclude che gli Stati membri estendano il modello matrimoniale anche alle persone dello stesso sesso, ma nello stesso tempo non contiene alcun obbligo al riguardo. Nell’art. 8, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare, è senz’altro contenuto il diritto a vivere una relazione affettiva tra persone dello stesso sesso protetta dall’ordinamento, ma non necessariamente mediante l’opzione del matrimonio per tali unioni”*.

Né il quadro può dirsi mutato alla luce della recente sentenza della CEDU del 21 luglio 2015,

Oliari ed altri c. Italia (la coppia Oliari e A. fu proprio quella che approdò, su rimessione della Corte d'appello di Trento, alla Corte costituzionale, che pronunciò la sentenza n. 138 del 2010).

La Corte di Strasburgo, infatti, lungi dall'affermare la sussistenza di obbligo dello Stato italiano di estendere l'istituto del matrimonio anche alle coppie omosessuali, negando la violazione dell'art. 12 della Convenzione, che disciplina appunto il diritto al matrimonio, si è limitata a riconoscere il diritto delle persone dello stesso sesso a vedere disciplinata e protetta la loro unione da uno specifico quadro normativo, conformemente all'art. 8 della Convenzione, che prevede il diritto al rispetto della vita privata e familiare (v. punto 185).

Si tratta quindi di un monito al Legislatore italiano, *de iure condendo* e nell'ambito della sua discrezionalità politica, dal quale non può trarsi alcun vincolo nel presente giudizio, che attiene esclusivamente alla legittimità dei provvedimenti impugnati nel quadro della legislazione vigente.

Molto chiara è invece l'affermazione della Corte secondo la quale la Convenzione non impone agli Stati membri di consentire l'accesso al matrimonio alle persone dello stesso sesso, né sotto il profilo della violazione dell'art. 12, né sotto il profilo della violazione dell'art. 14, che prevede il divieto di discriminazione, "senza alcuna distinzione fondata soprattutto sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o altre opinioni, l'origine nazionale o sociale, l'appartenza ad una minoranza nazionale, sui beni di fortuna, nascita o ogni altra condizione".

Si vedano in particolare i punti 191, 192 e 193: "191. The Court notes that in *Schalk and Kopf* the Court found under Article 12 that it would no longer consider that the right to marry must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. However, as matters stood (at the time only six out of forty-seven CoE member States allowed same-sex marriage), the question whether or not to allow same-sex marriage was left to regulation by the national law of the Contracting State. The Court felt it must not rush to substitute its own judgement in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society. It followed that Article 12 of the Convention did not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage. The same conclusion was reiterated in the more recent *Hamalainen*, where the Court held that while it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, Article 12 cannot be construed as imposing an obligation on the Contracting States to grant access to marriage to same-sex couples. 192. The Court notes that despite the gradual evolution of States on the matter (today there are eleven CoE States that have recognised same-sex marriage) the findings reached in the cases mentioned above remain pertinent. In consequence the Court reiterates that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage. 193. Similarly, in *Schalk and Kopf*, the Court held that Article 14 taken in conjunction with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interested as imposing such an obligation either. The Court considers that the same can be said of Article 14 in conjunction with Article 12".

La legittimità degli atti impugnati è quindi pienamente confermata anche dalla più recente giurisprudenza della CEDU.

5. Quanto all'invocato art. 19 del D.P.R. 396/2000, in base al quale possono essere trascritti gli atti dello stato civile formati all'estero relativi a cittadini stranieri residenti in Italia, appare del tutto evidente l'inconferenza di tale norma rispetto alla fattispecie di cui trattasi in cui entrambe le ricorrenti sono cittadine italiane.

Né detta norma può ritenersi applicabile alle trascrizioni, effettuate dal Sindaco di Roma, di matrimoni tra persone dello stesso sesso di cui una sola abbia la cittadinanza italiana.

La pretesa di estendere la portata della richiamata disposizione di legge anche a casi nella stessa assolutamente non contemplati stride non solo con il suo chiaro tenore letterale ma anche con la sua *ratio* che, come riconosciuto da controparte, è esclusivamente quella di *“offrire agli interessati la possibilità di ottenere dagli uffici dello stato civile italiani la copia integrale degli atti che li riguardano così come formulati all'estero”*.

E certamente la limitazione della richiamata norma agli atti riguardanti cittadini stranieri residenti in Italia non può affatto ritenersi discriminatoria nei confronti dei cittadini italiani, essendo pacifico che la violazione del principio di uguaglianza ricorre solo quando vengano trattate in modo diverso due situazioni identiche e non anche quando siano disciplinate in modo diverso situazioni differenti.

Né è dato comprendere cosa intenda controparte quando si duole della non trascrivibilità di matrimoni contratti all'estero fra italiani che “si traduce nel mancato riconoscimento di uno *status* acquisito validamente all'estero che l'individuo ha diritto a vedersi riconosciuto in quanto tale, a prescindere da ogni ulteriore considerazione sul fatto che da questo diritto possano sorgere un complesso di diritti e doveri che costituiscono appunto il rapporto”. Non si vede come possa sussistere un interesse tutelabile al riconoscimento di uno *status* se non per ottenere anche il riconoscimento degli effetti che ne derivano.

Infatti, se davvero la trascrizione di siffatti matrimoni fosse priva di effetti in Italia verrebbe meno ogni concreto interesse delle odierne parti appellate ad ottenere detta trascrizione e ad impugnare l'atto che l'ha annullata.

È vero invece, come si è cercato di dimostrare anche esemplificativamente (nell'illustrare l'istanza di sospensione della sentenza) che da dette trascrizioni potrebbero derivare effetti, anche di contenuto economico, a carico del bilancio dello Stato in assenza di copertura finanziaria, non esistendo una norma di legge che tali trascrizioni consenta.

6. Quanto al decreto del Tribunale di Grosseto del 9 aprile 2014 invocato da controparte, che ha ordinato la trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio contratto all'estero tra due persone dello stesso sesso, si ricorda che la stessa è stata annullata dalla Corte d'appello di Firenze con decreto del 19 settembre 2014 per motivi attinenti all'integrità del contraddittorio. A seguito del rinvio al giudice di primo grado il Tribunale di Grosseto, con decreto del 26 febbraio 2015, n. 215 ha nuovamente accolto la domanda degli istanti; detto provvedimento è stato successivamente annullato con decreto del 1.7.2015, n. 1014 della Corte d'appello di Firenze.

Del resto è stato proprio in ragione di tale isolato precedente (che avrebbe comunque potuto costituire un precedente per altri analoghi casi in altre parti del territorio italiano) che il Ministro dell'interno si è determinato ad adottare la Circolare qui impugnata al fine di assicurare quella uniformità di indirizzo che, sola, può garantire la certezza dei rapporti giuridici.

Peraltro in senso opposto si sono determinati successivamente sia il Tribunale di Pesaro, con decreto del 21 ottobre 2014 n. 1428 in atti, sia il Tribunale di Avellino con decreto del 9 ottobre 2014, n. 877 in atti.

Il primo provvedimento citato ha, tra l'altro, chiarito che *“allo stato difetta nel nostro ordinamento una qualunque disciplina e tutela delle unioni tra soggetti dello stesso sesso. Il giudice non può certamente sostituirsi al legislatore, stabilendo i diritti, le garanzie e gli obblighi delle unioni omosessuali. D'altra parte, nel vuoto normativo esistente, la mancata trascrizione di una unione tra soggetti dello stesso sesso non dà luogo in sé ad alcuna irragionevole discriminazione e quindi non costituisce una violazione dell'art. 3 della Costituzione, in quanto - come affermato dalla Corte costituzionale - le unioni omosessuali, allo stato, non possono essere ritenute omogenee al matrimonio (vedere in questo senso Corte costituzionale n. 138/2010)”*.

Nel citato decreto del 1 luglio 2015, inoltre, la Corte d'appello di Firenze mette in risalto che “il Tribunale ha ritenuto di poter esaminare la questione della trascrivibilità dell'atto di matrimonio contratto all'estero da persone del medesimo sesso *“in disparte da ogni considerazione su possibili ed auspicabili interventi legislativi futuri”* stigmatizzando “la contraddizione che si rinviene tra l'affermata consapevolezza della necessità di un intervento del legislatore e la pretesa di poter decidere comunque (*“in disparte”*) sulla tutela di situazioni giuridiche soggettive che non ha trovato riconoscimento nel diritto positivo”.

*Last but not least*, va evidenziato che, in identico contenzioso, il TAR Veneto, con la sentenza del 29 luglio 2015, n. 878, ha integralmente respinto il ricorso avverso il provvedimento del Prefetto di Treviso che, in ossequio alla Circolare ministeriale, ha annullato la trascrizione del matrimonio tra due persone dello stesso sesso contratto all'estero.

In detta pronuncia si afferma che “non può essere condiviso l'assunto di parte ricorrente secondo cui nel quadro normativo vigente non sussisterebbero in capo al Prefetto, quale organo territoriale del Governo, i contestati poteri di annullamento d'ufficio in via gerarchica e di intervento sostitutivo in relazione agli atti adottati dal Sindaco quale incaricato *ex lege* della tenuta dei registri dello stato civile”.

Infatti, prosegue il TAR Veneto, “la posizione di sovra-ordinazione statale nei confronti del sindaco quale ufficiale di Governo ed il conseguente potere d'annullamento d'ufficio, in via gerarchica, degli atti illegittimamente adottati in tal veste, trovano espresso riconoscimento normativo nella disposizione di cui all'art. 9, commi 1 e 2 del d.P.R. n. 396/2000, a tenore del quale il sindaco, in qualità di esecutore della legge nazionale e non anche di rappresentante della comunità locale, è tenuto *“ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'Interno”*, istruzioni della cui corretta esecuzione è specificatamente incaricato il prefetto in quanto titolare del relativo potere di vigilanza (cfr., in tal senso, Cass. Civ., sez. un., n. 21658 del 2009).

Il TAR Veneto precisa, inoltre, nella richiamata pronuncia che “sempre sotto il profilo normativo, la sussistenza del potere del prefetto di sostituirsi al sindaco in caso di mancato adempimento alle istruzioni impartite dal Ministro dell'Interno, trova puntuale riscontro nell'art. 54, comma 11, del d.lgs. n. 267/2000, il quale, proprio in tema di tenuta dei registri dello stato civile, prevede espressamente, in caso di inerzia del sindaco, il potere d'intervento del prefetto *“con proprio provvedimento”*”.

Quanto all'osservanza della procedura di cui all'art. 95 del d.P.R. n. 396/2000, il TAR Veneto chiarisce che detta disposizione va interpretata “nel senso che essa abbia quale punto di riferimento il singolo individuo che chiede la rettificazione di un atto di stato civile che lo riguardi e non anche il Ministro dell'Interno, ovvero il prefetto, nell'atto di rimuovere l'illegittima trascrizione di una tipologia di matrimonio allo stato non riconosciuto dall'ordinamento giuridico, a fronte, peraltro, del rifiuto espresso da parte del sindaco in questione di procedere in tal senso”.

Quanto all'art. 453 c.c., in base al quale *“nessuna annotazione può essere fatta sopra un atto già scritto nei registri se non è disposta per legge ovvero non è disposta dall'autorità giudiziaria”*, va precisato che l'amministrazione appellante non ne ha mai sostenuto “l'abrogazione implicita”, come sostenuto dalle controparti, né ha mai ammesso che i poteri attribuiti al Ministro o al Prefetto confliggano con detta norma, “riguardando invero detta disposizione le ipotesi di annotazioni in calce a quelle correttamente eseguite, quali, ad esempio, la cessazione degli effetti civili del matrimonio o la rettificazione dell'attribuzione del sesso, e non anche quelle conseguenti all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di una trascrizione disposta in aperto contrasto con i dettami dell'ordinamento giuridico, trascrizione che, nel



caso di specie, è stata effettuata al solo fine di introdurre surrettiziamente una tipologia di matrimonio allo stato non prevista dalla legge e che potrebbe peraltro ingenerare un falso affidamento nei confronti degli stessi ricorrenti, non potendo costoro beneficiare, stante l'inefficacia di tale atto per lo Stato italiano, di nessuno dei vantaggi che la legge riconosce invece al matrimonio celebrato tra persone di sesso diverso (quali, ad esempio, il diritto di succedere *ab intestato* o il diritto alla pensione di reversibilità, entrambi spettanti al coniuge superstite)" (cfr. TAR Veneto, sent. cit. n. 878 del 2015).

In ragione di quanto sopra esposto, si ritiene che l'operato del Ministro dell'interno prima e del Prefetto poi, nell'ambito dei poteri di sorveglianza e sostitutivi ad essi conferiti dalla legge, sia pienamente legittimo e finalizzato a ricondurre l'azione dei Sindaci quali Ufficiali di Governo nel rispetto della legalità e nell'osservanza dei principi dell'ordinamento giuridico italiano.

Tutto ciò premesso, l'amministrazione in epigrafe, come sopra rappresentata e difesa

CHIEDE

che il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, in accoglimento del presente appello, e previo rigetto dell'appello incidentale, voglia annullare la sentenza impugnata.

Roma, 7 settembre 2015

*Wally Ferrante*  
*Avvocato dello Stato*

**Consiglio di Stato, Sezione Terza, sentenza 26 ottobre 2015 n. 4897** - Pres. G. Romeo, Est. C. Deodato - Ministero dell'Interno, Prefetto di Roma (avv. Stato W. Ferrante) c. Sindaco di Roma Capitale (avv.ti R. Murra), Omissis (avv. L. Torchia, M.S. Masini, M. Di Carlo).

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, dopo aver riconosciuto l'insussistenza di qualsivoglia diritto alla trascrizione negli atti dello stato civile di matrimoni tra coppie omosessuali celebrati all'estero (e, di conseguenza, la legittimità della circolare in data 7 ottobre 2014 con cui il Ministro dell'interno ne aveva stabilito l'intrascrivibilità in Italia), ha, nondimeno, giudicato illegittimi (annullandoli, in parziale accoglimento del ricorso di primo grado) l'impugnato provvedimento con cui il Prefetto di Roma aveva decretato l'annullamento delle trascrizioni dei matrimoni celebrati all'estero dai ricorrenti e la presupposta, menzionata circolare (nella parte in cui invitava i Prefetti ad annullare dette trascrizioni), sulla base dell'assorbente rilievo per cui la rettifica o la cancellazione degli atti dello stato civile resta riservata in via esclusiva all'autorità giudiziaria ordinaria.

Avverso la predetta decisione proponeva appello il Ministero dell'interno, contestando la correttezza del gravato giudizio di illegittimità, sulla base delle argomentazioni difensive di seguito illustrate ed esaminate, e domandandone la riforma, con conseguente reiezione del ricorso di primo grado. Resistevano gli originari ricorrenti, contestando la fondatezza dell'appello, difendendo la correttezza del giudizio di illegittimità formulato dai giudici di prima istanza, impugnando, in via incidentale, la statuizione relativa alla illegittimità della trascrizione in Italia di matrimoni tra coppie omosessuali contratti all'estero (ed insistendo nel rivendicare il relativo diritto) e concludendo per la reiezione dell'appello principale del Ministero e per la parziale riforma della decisione impugnata, in accoglimento del proprio appello incidentale.

Resisteva anche Roma Capitale, contestando la fondatezza dell'appello del Ministero e concludendo per la sua reiezione.

Il ricorso veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2015.

#### DIRITTO

1.- Come già rilevato in fatto, il Tribunale capitolino ha affermato la intrascrivibilità dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso, ma ha riconosciuto la illegittimità del provvedimento prefettizio di annullamento delle relative trascrizioni (e della presupposta circolare, nei limiti sopra precisati).

La decisione appellata si compone, quindi, di due distinti accertamenti: uno favorevole al Ministero dell'interno e uno favorevole ai ricorrenti (e al Sindaco di Roma).

Entrambe tali statuizioni sono state appellate: in via principale quella demolitoria del decreto prefettizio di annullamento della trascrizione; in via incidentale quella di accertamento dell'insussistenza di un diritto delle coppie omosessuali alla trascrizione nei registri dello stato civile dei loro matrimoni celebrati all'estero.

Il rispetto dell'ordine logico nella disamina delle censure ritualmente introdotte nel giudizio di appello impone di principiarsi dall'esame dell'appello incidentale, siccome afferente ad una questione (la trascrivibilità in Italia di matrimoni omosessuali contratti all'estero) logicamente antecedente rispetto a quella (il potere del Prefetto di annullare le loro trascrizioni in Italia) oggetto dell'appello principale.

2.- Mediante le censure articolate nell'appello incidentale gli originari ricorrenti reclamano, a ben vedere, il (o, meglio, l'affermazione del) diritto alla trascrizione in Italia di matrimoni omosessuali celebrati all'estero, insistendo, perciò, nel dedurre l'illegittimità della gravata circolare del Ministro dell'interno (là dove aveva impartito istruzioni impeditive di esse).

Così decifrata la domanda, occorre procedere a una preliminare (e sintetica) ricognizione dei principi e delle regole che governano la trascrizione degli atti di matrimonio formati in un altro Paese (e alla cui stregua dev'essere giudicata la fondatezza della pretesa sostanzialmente azionata dagli originari ricorrenti).

2.1- Gli artt. 27 e 28 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) stabiliscono i presupposti di legalità del matrimonio (nei casi in cui alcuni elementi della fattispecie si riferiscano ad ordinamenti giuridici di diversi Stati), prevedendo, in particolare (e per quanto qui rileva) che le condizioni (soggettive) di validità "sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo..." (art. 27) e che "il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi..." (art. 28).

L'art. 115 del codice civile assoggetta, inoltre, espressamente i cittadini italiani all'applicazione delle disposizioni codicistiche che stabiliscono le condizioni necessarie per contrarre matrimonio (tale dovendosi intendere il rinvio alla sezione prima del terzo capo, del titolo sesto, del libro primo del codice civile), anche quando l'atto viene celebrato in un paese straniero.

La lettura combinata delle disposizioni citate, che disegnano un sistema regolatorio univoco circa l'identificazione degli elementi che condizionano la validità e l'efficacia del matrimonio tra cittadini italiani celebrato all'estero, esige l'enucleazione degli indefettibili requisiti sostanziali (quanto, segnatamente, allo stato ed alla capacità dei nubendi) che consentono al predetto atto di produrre, nell'ordinamento nazionale, i suoi effetti giuridici naturali.

E risulta agevole individuare la diversità di sesso dei nubendi quale la prima condizione di validità e di efficacia del matrimonio, secondo le regole codificate negli artt. 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis c.c. ed in coerenza con la concezione del matrimonio afferente alla millenaria tra-

dizione giuridica e culturale dell'istituto, oltre che all'ordine naturale costantemente inteso e tradotto nel diritto positivo come legittimante la sola unione coniugale tra un uomo e una donna. A prescindere, quindi, dalla catalogazione squisitamente dogmatica del vizio che affligge il matrimonio celebrato (all'estero) tra persone dello stesso sesso (che si rivela, ai fini della soluzione della questione controversa, del tutto ininfluyente), deve concludersi che, secondo il sistema regolatorio di riferimento (per come dianzi riassunto), un atto siffatto risulta sprovvisto di un elemento essenziale (nella specie la diversità di sesso dei nubendi) ai fini della sua idoneità a produrre effetti giuridici nel nostro ordinamento (Cass. Civ., sez. I, 9 febbraio 2015, n.2400; sez. I, 15 marzo 2012, n.4184).

Che si tratti di atto radicalmente invalido (cioè nullo) o inesistente (che appare, tuttavia, la classificazione più appropriata, vertendosi in una situazione di un atto mancante di un elemento essenziale della sua stessa giuridica esistenza), il matrimonio omosessuale deve, infatti, intendersi incapace, nel vigente sistema di regole, di costituire tra le parti lo status giuridico proprio delle persone coniugate (con i diritti e gli obblighi connessi) proprio in quanto privo dell'infedibile condizione della diversità di sesso dei nubendi, che il nostro ordinamento configura quale connotazione ontologica essenziale dell'atto di matrimonio.

2.2- Così riscontrata l'inattitudine del matrimonio omosessuale contratto all'estero da cittadini italiani di produrre qualsivoglia effetto giuridico in Italia, occorre esaminare il regime positivo della sua trascrivibilità negli atti dello stato civile.

Risulta, al riguardo, decisiva la previsione dell'art. 64 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile) che, là dove cataloga (con un'elencazione tassativa) gli elementi e i contenuti (formali e sostanziali) prescritti per la trascrivibilità dell'atto di matrimonio, impone evidentemente (ancorchè implicitamente) all'ufficiale dello stato civile il potere (rectius: il dovere) di controllarne la presenza, prima di procedere alla trascrizione dell'atto (da valersi quale atto dovuto, pur a fronte della sua natura dichiarativa, e non costitutiva, solo se ricorrono tutte le condizioni elencate nella predetta disposizione).

Ne consegue che il corretto esercizio della predetta potestà impedisce all'ufficiale dello stato civile la trascrizione di matrimoni omosessuali celebrati all'estero, per il difetto della condizione relativa alla "dichiarazione degli sposi di volersi prendere rispettivamente in marito e moglie", prevista dall'art. 64, comma 1, lett. e), d.P.R. cit., quale condizione dell'atto di matrimonio trascrivibile (così come dall'art. 16, d.P.R. cit., rubricato "Matrimonio celebrato all'estero", che utilizza, evidentemente, la dizione "sposi" nell'unica accezione codicistica, codificata all'art. 107 c.c., di marito e moglie).

Anche escludendo, quindi, l'applicabilità alla fattispecie considerata del fattore ostativo previsto all'art. 18 d.P.R. cit. (non potendosi qualificare come contrario all'ordine pubblico il matrimonio tra persone dello stesso sesso), la trascrizione dell'atto in questione deve intendersi preclusa proprio dal difetto di uno degli indispensabili contenuti dell'atto di matrimonio trascrivibile (e la cui verifica preliminare deve ritenersi compresa nei doverosi adempimenti affidati all'ufficiale dello stato civile).

2.3- Una volta accertata l'inesistenza, alla stregua dell'ordinamento positivo, di un diritto alla trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero (e, quindi, la legittimità della circolare del Ministro dell'interno che la vieta), occorre verificare se il titolo rivendicato dagli originari ricorrenti possa essere affermato in esito ad un'operazione ermeneutica imposta dal rispetto di principi costituzionali o enunciati in convenzioni internazionali.

Gli appellanti incidentali sostengono, infatti, che il rispetto dei diritti e delle libertà sanciti in atti europei o in trattati internazionali ovvero riconosciuti da decisioni di organi di giustizia

sovrnazionali vincolino i giudici nazionali, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., a una lettura dell'apparato regolatorio *ut supra* riassunto, nel senso di ammettere la trascrizione in Italia di matrimoni tra coppie omosessuali celebrati all'estero.

2.4.- La compatibilità del divieto, in Italia, di matrimoni tra persone dello stesso sesso (e, quindi, si aggiunga, come logico corollario, della trascrizione di quelli celebrati all'estero) è già stata scrutinata ed affermata dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., sent. 11 giugno 2014, n. 170; sent. 15 aprile 2010, n. 138; ordinanze n. 4 del 2011 e n. 276 del 2010), che ha chiarito come la regolazione normativa censurata risulti, per un verso, compatibile con l'art. 29 della Costituzione (contestualmente interpretato come riferito alla nozione civilistica di matrimonio tra persone di sesso diverso) e, per un altro, conforme alle norme interposte contenute negli artt. 12 della CEDU e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (d'ora innanzi Carta di Nizza), nella misura in cui le stesse rinviano espressamente alle legislazioni nazionali, senza vincolarne i contenuti, la disciplina dell'istituto del matrimonio, riservandosi l'eventuale delibazione dell'incostituzionalità di disposizioni legislative che introducono irragionevoli disparità di trattamento delle coppie omosessuali in relazioni ad ipotesi particolari (per le quali si impone il trattamento omogeneo tra le due tipologie di unioni).

Come si vede, dunque, il Giudice delle leggi ha già affermato la coerenza dell'omologazione del matrimonio omosessuale a quello eterosessuale, alla stregua dei parametri ivi esaminati e, in particolare, a quello previsto all'art. 29, che, nella lettura della Corte Costituzionale si risolve in una costituzionalizzazione del matrimonio tra persone di sesso diverso, sicchè non possono ravvisarsi margini per uno scrutinio diverso ed ulteriore della compatibilità della regolazione in questione con la Carta fondamentale della Repubblica.

2.5- Non solo, ma le medesime conclusioni si impongono anche all'esito dell'interpretazione della normativa di riferimento alla stregua degli artt. 8 e 12 della CEDU, per come interpretati dalla Corte di Strasburgo (in particolare nella recente sentenza in data 21 luglio 2015, Oliari e altri contro Repubblica Italiana, indicata dagli appellanti incidentali a sostegno della prospettazione ermeneutica proposta).

La tesi sostenuta dagli appellanti incidentali, secondo la quale il rispetto del *dictum* del recente pronunciamento della Corte di Strasburgo imporrebbe all'interprete una lettura della normativa nazionale permissiva delle trascrizioni in questione (secondo i canoni consacrati nelle sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, n. 80 del 2011 e n. 15 del 2012), per quanto brillantemente formulata ed argomentata, non persuade e non vale, in ogni caso, a superare l'infrangibile ostacolo dell'art. 29 Cost. (per come inteso e valorizzato dalla Corte Costituzionale). Una lettura attenta della sentenza c.d. Oliari, infatti, non solo non avalla l'assunto degli originari ricorrenti, ma ne costituisce, al contrario, la più efficace smentita.

La Corte di Strasburgo, infatti, con la predetta sentenza, ha, da un lato, riconosciuto la violazione da parte dello Stato italiano, con un significativo esempio di *overruling*, dell'art. 8 della CEDU, che tutela la vita familiare, nella misura in cui non assicura alcuna protezione giuridica alle unioni omosessuali, ma ha, da un altro lato, confermato la precedente giurisprudenza (sentenza 24 giugno 2010, Schalk e Kopf contro Austria) che negava la configurabilità dell'inosservanza dell'art. 12 (diritto al matrimonio), e, quindi, del corrispondente art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (d'ora innanzi Carta di Nizza), ribadendo, al riguardo, che la regolazione legislativa del matrimonio e, quindi, l'eventuale ammissione di quello omosessuale (che la Corte non ritiene, in astratto, vietato) rientra nel perimetro del margine di apprezzamento e, quindi, della discrezionalità riservata agli Stati contraenti.

Lungi, quindi, dall'affermare l'obbligo della Repubblica italiana di riconoscere il diritto al matri-

monio omosessuale, la Corte di Strasburgo ha espressamente e chiaramente negato la sussistenza e, quindi, *a fortiori*, la violazione di tale (presunto) diritto, limitandosi ad imporre allo Stato di assicurare una tutela giuridica alle unioni omosessuali (ma, anche qui, riconoscendo un margine di apprezzamento, seppur più limitato, nella declinazione delle sue forme e della sua intensità).

2.6- Ma, anche esaminando la questione sotto il dedotto profilo del necessario rispetto delle libertà di circolazione e di soggiorno (per come enunciate dagli artt. 20, 21, comma 1, e 18 TFUE e 21 della Carta di Nizza), si perviene alle stesse conclusioni.

Perché possano giudicarsi violate le predette libertà, infatti, con conseguente obbligo dei giudici nazionali di disapplicare la normativa nazionale che ne costituisce limitazione o impedimento, è necessario che la fattispecie giudicata rientri entro i confini del diritto europeo, in quanto direttamente regolata da atti dell'Unione o in quanto espressamente attribuita dai Trattati alle sue competenze istituzionali, dovendo, altrimenti, negarsi ogni rilievo alle predette libertà, là dove interferiscano con disposizioni nazionali del tutto estranee al perimetro della regolazione europea e non siano funzionali alla garanzia della sua piena attuazione (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 15 novembre 2011, causa C-2561/11; sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10).

Nel caso di specie, tuttavia, come già visto, la regolazione legislativa del matrimonio, e, di conseguenza, anche i presupposti del riconoscimento giuridico dei matrimoni celebrati in un Paese straniero (ivi compresi quelli appartenenti all'Unione Europea) esula dai confini del diritto europeo (non essendo dato di rinvenire alcuna previsione europea che vincoli gli Stati membri ad un'opzione regolatoria, che, anzi, resta espressamente riservata alla discrezionalità dei singoli Stati proprio dall'art. 9 della Carta di Nizza) ed attiene, in via esclusiva, alla sovranità nazionale, di talché resta inconfigurabile, nella fattispecie considerata, qualsivoglia violazione delle libertà di circolazione e di soggiorno.

2.7- Non appare, in definitiva, configurabile, allo stato del diritto convenzionale europeo e sovranazionale, nonché della sua esegesi ad opera delle Corti istituzionalmente incaricate della loro interpretazione, un diritto fondamentale della persona al matrimonio omosessuale, sicché il divieto dell'ordinamento nazionale di equiparazione di quest'ultimo a quello eterosessuale non può giudicarsi confliggente con i vincoli contratti dall'Italia a livello europeo o internazionale.

Ne consegue che, a fronte della pacifica inconfigurabilità di un diritto (di genesi nazionale o sovranazionale) al matrimonio omosessuale, resta preclusa all'interprete ogni opzione ermeneutica creativa che conduca, all'esito di un'operazione interpretativa non imposta da vincoli costituzionali o (*latu sensu*) internazionali, all'equiparazione (anche ai meri fini dell'affermazione della trascrivibilità di matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso) dei matrimoni omosessuali a quelli eterosessuali.

2.8- Non solo, ma il dibattito politico e culturale in corso in Italia sulle forme e sulle modalità del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali sconsiglia all'interprete qualsiasi forzatura (sempre indebita, ma in questo contesto ancor meno opportuna) nella lettura della normativa di riferimento che, allo stato, esclude, con formulazioni chiare e univoche, qualsivoglia omologazione tra le unioni eterosessuali e quelle omosessuali.

2.9- Si aggiunga, quale argomento conclusivo, che, aderendo alla tesi prospettata dagli originari ricorrenti, si finirebbe per ammettere, di fatto, surrettiziamente ed elusivamente il matrimonio omosessuale anche in Italia, tale essendo l'effetto dell'affermazione della trascrivibilità di quello celebrato all'estero tra cittadini italiani, nonostante l'assenza di una previsione legislativa che lo consenta e lo regoli (e, anzi, in un contesto normativo che lo esclude chiaramente, ancorché tacitamente) e, quindi, della relativa scelta (libera e politica) del Parlamento

nazionale (che, si ripete, resta l'unica autorità titolare della relativa decisione, come chiarito anche dalla Corte di Strasburgo).

2.10- Alle considerazioni che precedono consegue, quindi, la reiezione dell'appello incidentale.

3.- Occorre, a questo punto, procedere all'esame dell'appello principale, con il quale il Ministero dell'interno critica il giudizio di illegittimità del decreto prefettizio di annullamento delle trascrizioni, disposte dal Sindaco di Roma Capitale, di matrimoni tra coppie omosessuali celebrati all'estero e della presuppuesta circolare.

3.1- Come già rilevato in fatto, i giudici di prima istanza, pur avendo riconosciuto l'illegittimità delle predette trascrizioni, hanno negato al Prefetto il potere di annullarle d'ufficio, reputando la relativa potestà riservata in via esclusiva al giudice ordinario (per effetto del combinato disposto degli artt. 95 d.P.R. cit. e 453 c.c.).

Il Ministero appellante critica tale statuizione, sulla base dell'assunto (in sintesi) che il potere gerarchico di sovraordinazione del Prefetto al Sindaco, quale ufficiale di governo delegato alla tenuta dei registri di stato civile, comprende, in sé, anche quello (generale) di autotutela sugli atti adottati *contra legem* dall'organo subordinato.

3.2- Lo scrutinio della fondatezza della predetta tesi esige una preliminare ricognizione dei caratteri della relazione interorganica tra Prefetto e Sindaco, nell'espletamento delle competenze considerate.

Nel nostro ordinamento l'esercizio di alcune funzioni di competenza statale è stato affidato al Sindaco, che le esercita non come vertice dell'ente locale, ma nella diversa qualità di ufficiale di governo.

Tale peculiare modalità organizzativa è stata, in particolare, decisa con riferimento alle funzioni che esigono un rapporto di prossimità con i cittadini e il cui esercizio è parso al legislatore più efficacemente esercitabile dall'organo di vertice dell'ente locale più vicino ai cittadini (il Comune). Tra le materie affidate alla cura del Sindaco quale ufficiale di governo è compresa anche la tenuta dei registri di stato civile, ad esso attribuita dall'art. 54, comma 3, d.lgs. 18 ottobre 2000, n. 267. Il particolare modello organizzativo in esame implica che la titolarità della funzione resta intestata all'amministrazione centrale (e, segnatamente, al Ministero dell'interno) e che il Sindaco la esercita solo quale organo delegato dalla legge.

Un ulteriore corollario della titolarità statale della funzione attinente alla tenuta dei registri di stato civile è che il Sindaco resta soggetto, nell'esercizio delle pertinenti funzioni, alle istruzioni impartite dal Ministero dell'interno, alle quali è tenuto a conformarsi (art. 54, comma 12, d.lgs. cit. e art. 9, comma 1, d.P.R. cit.).

La potestà di sovraordinazione dell'Amministrazione centrale sull'organo per legge delegato all'esercizio di una sua funzione si esplica, poi, 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. cit.) e di sostituzione al Sindaco, in caso di sua inerzia nell'esercizio di taluni compiti (art. 54, comma 11, d.lgs. cit.). Si tratta, come si vede, 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 (Cass. SS. UU., 13 ottobre 2009, n. 21658; Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2000, n. 1599).

Tale soggezione risulta, in particolare, il più logico corollario della titolarità della funzione in capo al Ministero dell'interno e della mera assegnazione al Sindaco, quale ufficiale di governo, dei compiti attinenti al suo esercizio.

Il vincolo di subordinazione del Sindaco al Ministero dell'interno obbedisce, inoltre, all'esigenza di assicurare l'uniformità di indirizzo nella tenuta dei registri dello stato civile su tutto il territorio nazionale e che resterebbe vanificata se ogni Sindaco potesse decidere autonomamente sulle regole generali di amministrazione della funzione o, peggio, se potesse disattendere, senza meccanismi correttivi interni all'apparato amministrativo, le istruzioni ministeriali impartite al riguardo.

3.3- Così ricostruita la natura del rapporto interorganico in questione, occorre accertare se, tra i poteri assegnati al Prefetto, resti o meno incluso quello di annullare gli atti dello stato civile di cui il Sindaco ha ordinato *contra legem* la trascrizione.

Reputa il Collegio che la potestà in questione debba intendersi implicitamente implicata dalle funzioni di direzione (art. 54, comma 12, d.lgs. cit.), sostituzione (art. 54, comma 11, d.lgs. cit.) e vigilanza (art. 9, comma 2, d.P.R. cit.).

In ossequio ai criteri ermeneutici sistematico e teleologico, infatti, le predette disposizioni devono necessariamente intendersi come comprensive anche del potere di annullamento gerarchico d'ufficio da parte del Prefetto degli atti illegittimi adottati dal Sindaco, nella qualità di ufficiale di governo, senza il quale, peraltro, il loro scopo evidente, agevolmente identificabile nell'attribuzione al Prefetto di tutti i poteri idonei ad assicurare la corretta gestione della funzione in questione, resterebbe vanificato.

A ben vedere, infatti, se si negasse al Prefetto la potestà in questione, la sua posizione di sovraordinazione rispetto al Sindaco (allorchè agisce come ufficiale di governo), in quanto chiaramente funzionale a garantire l'osservanza delle direttive impartite dal Ministro dell'interno ai Sindaci e, in definitiva, ad impedire disfunzioni o irregolarità nell'amministrazione dei registri di stato civile, rimarrebbe inammissibilmente sprovvista di contenuti adeguati al raggiungimento di quel fine.

Tale conclusione è stata già raggiunta dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. St., sez. V, 19 giugno 2008, n. 3076), se pur nell'esame dell'esercizio di una diversa funzione amministrata dal Sindaco quale ufficiale di governo (la sicurezza pubblica), proprio in esito ad una coerente ricostruzione della natura e delle finalità della relazione interorganica in questione ed alla conseguente valorizzazione dell'esigenza di assicurare la correttezza e l'uniformità dell'amministrazione dei compiti statali delegati dalla legge al Sindaco.

E non vale enfatizzare le differenze tra le due situazioni, trattandosi, in entrambi i casi, della correzione, da parte del Prefetto, di disfunzioni amministrative imputabili al Sindaco (ed apparendo, anzi, nel caso di specie, ancora più pregnante l'esigenza di autotutela, a fronte di un atto non solo illegittimo, ma inesistente o, comunque, abnorme, nel senso etimologico latino di "fuori dalla norma").

Dev'essere, quindi, affermata la sussistenza, in capo al Prefetto, della potestà di annullare le trascrizioni in questione, quale potere compreso certamente, ancorchè implicitamente, nelle funzioni di direzione, sostituzione e vigilanza attribuitegli dall'ordinamento nella materia in discussione.

3.5- Non è, quindi, necessario invocare l'art. 21-nonies legge 7 agosto 1990, n.241 a fondamento del potere di autotutela controverso, potendosi risolvere favorevolmente il problema della sua esistenza in esito all'analisi interpretativa che precede.

Non può, tuttavia, non osservarsi, al riguardo, che non si ravvisano ostacoli all'applicazione della predetta, generale disposizione alla fattispecie in esame, là dove attribuisce il potere di annullare d'ufficio un atto illegittimo non solo all'organo che lo ha emanato, ma anche "ad altro organo previsto dalla legge".

Non può, in particolare, ritenersi preclusiva, a tal fine, l'osservazione del difetto di una disposizione legislativa che preveda il potere del Prefetto di annullare d'ufficio gli atti dello stato civile illegittimamente adottati dal Sindaco, posto che, se si accedesse all'opzione ermeneutica

per cui la norma citata esige, per la sua applicazione, l'esplicita attribuzione legislativa del potere di annullare in autotutela gli atti adottati da un altro organo, la stessa risulterebbe priva di qualunque senso in quanto inutilmente ripetitiva di una potestà già assegnata da un'altra norma (con la conseguenza che la stessa prospettazione interpretativa dev'essere disattesa).

La disposizione in esame dev'essere, viceversa, letta ed applicata nel senso che è ammesso l'annullamento d'ufficio di un atto illegittimo da parte di un organo diverso da quello che lo ha emanato in tutte le ipotesi in cui una disposizione legislativa attribuisce al primo una potestà di controllo e, in generale, di sovraordinazione gerarchica che implica univocamente anche l'esercizio di poteri di autotutela.

E non vale neanche a negare l'applicabilità al caso controverso dell'art. 21 nonies legge cit. il rilievo, a dire il vero poco comprensibile, che la trascrizione di un atto dello stato civile non può essere qualificata come un provvedimento amministrativo, ma come un "atto pubblico formale" (e come tale, pare di capire, estraneo all'ambito applicativo della predetta disposizione). È sufficiente, al riguardo, osservare che la suddetta distinzione non trova alcun fondamento positivo e che vanno qualificati come provvedimenti amministrativi tutti gli atti, con rilevanza esterna, emanati da una pubblica amministrazione, ancorchè privi di efficacia autoritativa o costitutiva e dotati di soli effetti accertativi o dichiarativi, con la conseguenza che anche gli atti dello stato civile devono essere compresi nel perimetro dell'ambito applicativo della disposizione in commento (e che, per la sua valenza generale, non tollera eccezioni o deroghe desunte in esito a incerti percorsi ermeneutici).

3.6. Così riconosciuto, in capo al Prefetto, il potere di autotutela in questione, occorre verificare se il sistema di regole che assegna al giudice civile i poteri di controllo, rettificazione e cancellazione degli atti dello stato civile (e integrato dal combinato disposto degli artt. 95 d.P.R. cit. e 453 c.c.) costituisca o meno un limite o, addirittura, una preclusione al suo esercizio (come ritenuto dai giudici di primo grado).

Le disposizioni citate, in effetti, paiono (a una prima lettura) devolvere in via esclusiva al giudice ordinario i poteri di cognizione e di correzione degli atti dello stato civile.

Sennonchè, a ben vedere, il relativo apparato regolatorio postula, per la sua applicazione, l'esistenza di atti astrattamente idonei a costituire o a modificare lo stato delle persone, tanto da imporre un controllo giurisdizionale sulla loro corretta formazione, con la conseguenza dell'estraneità al suo ambito applicativo di atti radicalmente inefficaci, quali le trascrizioni in parola, e, quindi, del tutto incapaci (per quanto qui rileva) di assegnare alle persone menzionate nell'atto lo stato giuridico di coniugato.

L'esigenza del controllo giurisdizionale, infatti, si rivela del tutto recessiva (se non inesistente), a fronte di atti inidonei a costituire lo stato delle persone ivi contemplate, dovendosi, quindi, ricercare, per la loro correzione, soluzioni e meccanismi anche diversi dalla verifica giudiziaria. Non solo, ma il sistema di regole in esame risulta costruito come funzionale (unicamente) alla tutela dei diritti e degli interessi delle persone fisiche contemplate (o pretermesse) nell'atto, e non anche alla protezione di interessi pubblici, tanto che l'art. 95, comma 2, d.P.R. cit., assegna al Procuratore della Repubblica una iniziativa meramente facoltativa (usando appositamente il verbo potere: "Il Procuratore della Repubblica può...promuovere").

Se la norma fosse stata concepita anche a tutela di un interesse pubblico, infatti, la disposizione sarebbe stata formulata con l'uso del verbo promuovere all'indicativo presente, e, cioè, con la previsione della doverosità dell'istanza, quando risulta necessaria a ripristinare la legalità violata (sarebbe stata cioè formulata con l'espressione: "Il Procuratore della Repubblica promuove il procedimento...").



L'art. 453 c.c., peraltro, per la sua univoca formulazione testuale, deve intendersi limitato all'affidamento al giudice ordinario dei soli poteri di annotazione e non può, di conseguenza, ritenersi ostativo all'esercizio dei (diversi) poteri di eliminazione dell'atto da parte dell'autorità amministrativa titolare della funzione di tenuta dei registri dello stato civile.

3.7- Né la già rilevata inefficacia degli atti in questione priva di significato l'intervento di autotutela in questione, posto che, al contrario, proprio la permanenza di un'apparenza di atto, che, ancorché inefficace, potrebbe legittimare (finché materialmente esistente) richieste ed istanze alla pubblica amministrazione di prestazioni connesse allo stato civile di coniugato (con conseguenti complicazioni burocratiche e, probabilmente, ulteriori contenziosi), impone la sua eliminazione dal mondo del diritto.

E tale esigenza risulta soddisfatta solo dall'identificazione di uno strumento (anche) amministrativo (e non necessariamente giurisdizionale) di correzione di atti dello stato civile abnormi (nel senso etimologico già ricordato) ed eseguiti in difformità dalle istruzioni impartite dall'autorità statale titolare della funzione.

Solo gli interventi dei Prefetti in autotutela gerarchica valgono, in effetti, a rimuovere, con garanzie di uniformità su tutto il territorio nazionale, un'apparenza di atto (che, finché resta in vita, appare idoneo a generare incertezze e difficoltà amministrative) e, quindi, in definitiva, ad assicurare la certezza del diritto connessa a questioni relative allo stato delle persone.

L'esigenza appena segnalata non risulta, infatti, garantita dalla riserva in via esclusiva del potere di cancellazione delle trascrizioni al giudice ordinario che, proprio per il carattere diffuso e indipendente della sua attività, rischia di vanificare, con interpretazioni diverse e contrastanti, l'esigenza di uniformità di indirizzo su una questione così delicata (come dimostra il decreto in data 13 marzo 2015, con cui la Corte d'Appello di Napoli ha ordinato la trascrizione di un matrimonio omosessuale celebrato all'estero).

3.8- Alle considerazioni che precedono consegue, in definitiva, l'accoglimento dell'appello del Ministero e, in riforma del capo di decisione impugnato, l'integrale reiezione del ricorso di primo grado contro il provvedimento con cui il Prefetto di Roma ha annullato le trascrizioni dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero dagli originari ricorrenti.

4.- La novità della questione trattata e la natura degli interessi controversi giustificano la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello incidentale, accoglie quello principale e, per l'effetto, in parziale riforma della decisione appellata, respinge il ricorso di primo grado e compensa tra tutte le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Vista la richiesta dell'interessato e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'annotazione di cui ai commi 1 e 2 della medesima disposizione, nei termini indicati nella predetta istanza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2015.



# LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

## I “golden powers” esercitabili dal Governo a tutela di interessi strategici dello Stato

*Francesco Maria Ciaralli\**

*SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Dall'introduzione dei poteri speciali nell'ordinamento interno al primo intervento della Corte di Giustizia. La difficile convivenza delle golden shares con il diritto comunitario - 3. La nuova disciplina nazionale ed il conseguente intervento della Corte di Giustizia - 4. La disciplina vigente e la tassonomia dei nuovi golden powers. Casi concreti di esercizio dei poteri speciali.*

### *1. Premessa.*

La necessità di tutelare gli interessi essenziali dello Stato in settori strategici è all'origine dell'introduzione di poteri speciali d'intervento, riservati al Governo, a fronte di operazioni straordinarie relative ad imprese attive nei settori strategici della difesa e sicurezza nazionale, nonché delle comunicazioni, energia e trasporti.

La disciplina dei poteri speciali rappresenta, nella prospettiva diacronica della sua evoluzione, un osservatorio privilegiato per comprendere la dialettica tra il diritto dell'Unione europea e la tutela degli interessi nazionali.

Le tre principali riforme che hanno interessato il regime italiano dei poteri speciali, infatti, sono state stimulate da decisioni della Corte di Giustizia, costanti nel richiedere l'introduzione di criteri obiettivi e trasparenti, che precludano un impiego abusivo dei *golden powers* in pregiudizio degli investimenti stranieri e della libera circolazione dei capitali all'interno del mercato unico.

L'attualità della materia è accresciuta dal recente completamento dei decreti attuativi, che determinano l'effettiva operatività della riforma introdotta

---

(\*) Dottorando di Ricerca in “Diritto ed Impresa” presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma, già praticante forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato e tirocinante presso il Consiglio di Stato.

in via d'urgenza con il decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.

Il presente studio ha l'obiettivo di ricostruire, con riferimenti empirici a casi di concreto impiego dei poteri speciali da parte del Governo, i profili funzionali e strutturali della disciplina vigente, nonché la dialettica tra istituzioni comunitarie e nazionali che ha condotto al superamento del modello *golden shares* e alla definitiva introduzione dei *golden powers*.

## *2. Dall'introduzione dei poteri speciali nell'ordinamento interno al primo intervento della Corte di Giustizia. La difficile convivenza delle golden shares con il diritto comunitario.*

Il mutamento dei moduli di intervento pubblico nell'economia, sollecitato sia da una rinnovata visione dei rapporti tra Stato e mercato sia da concrete esigenze di bilancio (1), ha indotto il legislatore degli anni Novanta ad intraprendere un articolato processo di trasformazione degli enti pubblici, che costituivano la base del modello di economia mista vigente in Italia sin dagli anni Trenta del secolo scorso (2).

Il processo di privatizzazione sostanziale degli enti pubblici economici e degli enti di gestione, la cui trasformazione in società per azioni è stata disposta in via d'urgenza dal decreto legge 11 luglio 1993, n. 333 (3), rinviene il pa-

---

(1) La strumentalità delle privatizzazioni sostanziali all'obiettivo di ridurre il debito pubblico è generalmente condivisa in dottrina (*ex plurimis*, LA SPINA - MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, pp. 277 ss., nonché SAN MAURO, *Golden shares, poteri speciali e tutela di interessi nazionali*, Roma, 2004, p. 34). Non è irrilevante, in tal senso, che tutti gli interventi normativi, dispiegatisi durante i primi anni Novanta, aventi per oggetto le privatizzazioni, hanno rivestito la forma del decreto legge.

Già alla base del decreto legge 5 dicembre 1991, n. 386, convertito con legge 29 gennaio 1992, n. 35, disponibile la trasformazione facoltativa di enti pubblici economici, enti di gestione ed aziende autonome, vi era l'esigenza di fronteggiare l'incremento del debito pubblico. Nel bilancio di previsione del 1991, infatti, erano stati appostati proventi per 6 mila miliardi, non realizzati per mancata adozione dei decreti attuativi; del pari, nella legge finanziaria per il 1992, erano stati iscritti ricavi per 15 mila miliardi, non realizzati (dati da CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO, *La privatizzazione delle imprese pubbliche, aspetti giuridico-normativi ed economico-finanziari*, Roma, 1997, p. 63).

(2) È interessante rilevare che sin dagli anni '80, pur in assenza di apposita disciplina normativa, era iniziato un primo processo di privatizzazione, basato sulla dismissione di partecipazioni azionarie da parte degli enti di gestione; sul punto GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, nonché CASSESE, *Privatizzazioni annunciate, mezze privatizzazioni e pseudo privatizzazioni in Italia*, in *Economia e credito*, 1992, pp. 45 ss.

Si riferiscono a tale periodo le cessioni dell'Alfa Romeo dall'IRI alla Fiat nel 1986, del gruppo Lanerossi dall'ENI al Gruppo Marzotto nel 1987, la contrazione nel 1988 della partecipazione dell'IRI in Mediobanca, nonché la cessione della Cementir dall'Iri al gruppo Caltagirone nel 1992 (dati da CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO, *cit.*).

(3) Il decreto legge del 1993 fa seguito al decreto legge 5 dicembre 1991, n. 386, convertito con legge 29 gennaio 1992, n. 35, che prevedeva la trasformazione facoltativa in società per azioni di enti pubblici, aziende autonome ed enti di gestione, nel rispetto dei criteri di economicità ed efficienza deliberati dal CIPE su proposta del Ministro del bilancio e della programmazione economica, d'intesa con i ministri competenti (art. 1, comma 1 e 2).

rametro normativo di riferimento nel decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con legge 30 luglio 1994, n. 474.

La trasformazione in società per azioni di enti quali IRI, ENI, INA ed ENEL, con correlativa previsione dei procedimenti di dismissione dei rispettivi pacchetti azionari, ha fatto emergere sin da subito l'esigenza di tutelare gli interessi nazionali essenziali sottesi alle attività delle nuove società legali (4).

A tal fine, simmetricamente al procedimento di privatizzazione sostanziale (5), il decreto legge 332 del 1994 ha previsto l'introduzione negli statuti delle società controllate, direttamente o indirettamente, dallo Stato nei settori strategici, di clausole conferenti *poteri speciali* al Ministro dell'economia e delle finanze, fortemente incidenti sulla *corporate governance* (6).

Il successo invero modesto della tecnica facoltativa di privatizzazione indusse il legislatore nel 1993 a disporre per legge la trasformazione in società per azioni di IRI, ENI, INA ed ENEL (art. 15). Inoltre, l'art. 18 del medesimo decreto conferiva al CIPE la facoltà di disporre la trasformazione in società per azioni di enti pubblici economici a prescindere dal loro settore di attività; tale facoltà è stata in seguito esercitata con riferimento a Ferrovie dello Stato alle Poste Italiane.

(4) La natura giuridica delle società risultanti dal processo di privatizzazione è al centro di un intenso dibattito dottrinale. In ragione degli intrusivi poteri di cui è *ex lege* investito il Ministero dell'economia e delle finanze, taluni Autori hanno opinato la natura speciale di tali società, con ciò intendendosi che agli elementi propri della disciplina generale vengono aggiunti elementi differenziali ulteriori (MARSARÀ, *Società speciali e società anomale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIX, Roma).

La dottrina più accorta evidenzia la distinzione tra la nozione di società speciale e quella di società anomala, per tale intendendosi la società in cui difetta un elemento della fattispecie regolata dalla norma generale. Sono in particolare ascritte a tale categoria le società che, avendo scopi pubblici, sono carenti dello scopo-fine costituito dal lucro (si annoverano in tale ambito la Ristrutturazione Elettronica S.p.A., nonché AGE Control S.p.A.). Per approfondimenti, si segnala IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992, nonché CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO, *cit.*, p. 65 s.).

È opportuno aggiungere che autorevole dottrina opina nel senso di denominare le società risultanti dai processi di privatizzazione come società legificate anziché legali, onde sottolinearne la preesistenza - *sub specie* di enti pubblici - alla trasformazione in s.p.a.

Per quanto concerne i rapporti tra la disciplina generale e quella speciale prevista per le società partecipate, è interessante rammentare quanto osservato in materia dalla Relazione al Codice civile, giusta la quale "è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici". Sicché gli elementi di specialità non possono raggiungere un'intensità tale da svuotare sostanzialmente il modello codicistico, non consentendo di ricondurre la società legale al tipo previsto dalla disciplina generale.

(5) L'art. 1, comma 2, della legge 30 luglio 1994, n. 474, prevede che l'alienazione delle partecipazioni sia attuata "di norma" tramite offerta pubblica di vendita, potendo tuttavia essere effettuata mediante trattative dirette con i potenziali acquirenti o con il ricorso ad entrambe le procedure.

La maggior parte delle vendite è stata effettuata attraverso procedure competitive ovvero offerte pubbliche di vendita con contestuale quotazione dei titoli, ciò che ha permesso di collocare le azioni con *underpricing* inferiore rispetto ad analoghi fenomeni avvenuti in altri Paesi europei (SAN MAURO, *ibid.*, nonché MACCHIATI, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992-1999*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1999, pp. 44 ss.).

(6) L'art. 2, comma 1, della legge 30 luglio 1994, n. 474, nel testo originario, stabilisce quanto segue: "Tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi, sono individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e finanze, di intesa con il Ministro delle attività produttive, nonché con i Ministri competenti

La compatibilità di tali poteri con il diritto comunitario è stata oggetto di un complesso, e finanche turbolento, confronto tra la Commissione europea e lo Stato italiano, che ha indotto la Corte di Giustizia ad accertare due volte nell'arco di un decennio la violazione dei Trattati istitutivi da parte della disciplina nazionale sui poteri speciali (7).

È rilevante considerare come entrambi gli interventi della Corte di Giustizia abbiano censurato la normativa nazionale affermando che essa provoca *“l'effetto di scoraggiare gli investitori, particolarmente quelli che intendono stabilirsi in Italia al fine di esercitare un'influenza sulla gestione delle imprese interessate dalla normativa di cui trattasi”*.

Nella specie, l'art. 2 della legge 30 luglio 1994, n. 474, nella versione anteriore alla prima censura europea, prevedeva in capo all'allora Ministro del Tesoro due ipotesi di diritti di gradimento, un potere di veto sulle operazioni straordinarie nonché un potere di nomina, tali da configurare un controllo interno ed *ex ante* sulle operazioni societarie di maggiore rilevanza, riguardanti le società partecipate nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia ed altri pubblici servizi.

In primo luogo, si prevedeva che fosse soggetto al gradimento del governo l'ingresso di nuovi soci nelle società privatizzate, qualora la partecipazione assunta fosse *rilevante*, per tale intendendosi quella pari o superiore alla ventesima parte del capitale rappresentato da azioni ordinarie dotate di diritto di voto nell'assemblea ordinaria; tale potere speciale è stato, in effetti, previsto negli statuti allora vigenti di Enel e Finmeccanica (art. 6 e 5.1. *bis*).

Era altresì prevista la possibilità, concretamente esercitata, che gli statuti fissassero una soglia inferiore al 5%, previo decreto ministeriale. Tale è stata individuata nel 3% del capitale sociale con riferimento ad ENI e, caso quanto mai attuale, a Telecom Italia (art. 6 e 5 dei rispettivi statuti coevi) (8).

---

*per settore, previa comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari, quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuisca al Ministro dell'economia e delle finanze la titolarità di uno o più dei seguenti poteri speciali da esercitare di intesa con il Ministro delle attività produttive”*.

(7) L'allora Corte di Giustizia delle Comunità europee è intervenuta con sentenze 23 maggio 2000 e 26 marzo 2009, statuendo in entrambi i casi che la discrezionalità accordata al Governo nell'esercizio dei poteri speciali ostasse all'esigenza di prevedibilità della disciplina applicabile, considerata come elemento indefettibile ai fini della libera circolazione di capitali all'interno del mercato unico.

(8) Il limite è stato fissato con i decreti del Ministro del Tesoro 24 marzo 1997.

Lo specifico interesse per Telecom Italia è, d'altra parte, vicenda di questi giorni. Risale al 30 ottobre 2015 la seguente nota pubblicata sul sito istituzionale del Governo italiano: “Il Governo segue attentamente l'evoluzione della vicenda Telecom Italia”. È quanto afferma il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio Claudio De Vincenti in merito ai movimenti che potrebbero verificarsi nella compagine azionaria della società. “L'interesse del Paese - prosegue il Sottosegretario - è che qualsiasi cambiamento nella composizione dell'azionariato, che naturalmente deve attenersi a corrette regole di mercato sulle quali le Autorità preposte alla trasparenza, alla regolazione e alla tutela della concorrenza svolgono funzioni di controllo, risponda a criteri di rafforzamento industriale di una società, come Telecom, strategica per lo sviluppo del sistema di telecomunicazioni italiano”.

In caso di rifiuto di gradimento o di inutile decorso del termine (ipotesi di *silenzio-rigetto*), il cessionario era tenuto a trasferire entro un anno le azioni corrispondenti alla partecipazione rilevante, posto in ogni caso che i diritti di voto ad esse relativi non potevano essere esercitati nelle more della valutazione del Governo.

Si prevedeva inoltre, quale *condizione di validità*, il potere di esprimere il gradimento alla conclusione dei patti parasociali in cui fosse globalmente rappresentata una partecipazione rilevante come sopra determinata. Tuttavia, in mancanza di gradimento, il patto veniva qualificato *ex lege* come *inefficace*, inducendo la dottrina ad interrogarsi sull'effettiva natura giuridica del potere (9).

Nel caso in cui, dal comportamento dei soci sindacali in assemblea, fosse desumibile una condotta esecutiva del patto anche in carenza di gradimento espresso, si disponeva l'impugnabilità delle delibere assunte con il voto determinante dei soci stessi.

A completamento del sistema, si prevedevano in capo al Ministro dell'economia e delle finanze (allora Ministro del Tesoro) un potere di veto ed un potere di nomina.

Il potere di veto era esercitabile per paralizzare le delibere concernenti le operazioni straordinarie; nella specie: scioglimento della società, fusioni, scissioni, cambiamento dell'oggetto sociale, trasferimento della sede sociale all'estero e cessione d'azienda. Si prevedeva inoltre, quale clausola di chiusura, il potere di veto su tutte le modifiche statutarie idonee a sopprimere o anche solo modificare i poteri speciali conferiti al Governo.

Si è rilevato in dottrina che la disposizione normativa difettava di ogni riferimento alla procedura da seguire per l'opposizione del predetto veto, rimettendo ai singoli statuti la relativa disciplina (10); tale aspetto è stato in seguito oggetto di rimediazione da parte del legislatore, sulla scorta delle sollecitazioni provenienti anche dalle istituzioni comunitarie.

L'ultimo potere speciale, coerente con l'impostazione prescelta dal legislatore sin dall'introduzione del Codice civile del 1942 (11), conferiva al Governo il potere di nominare almeno un amministratore od un numero di amministratori non superiore ad un quarto, nonché un sindaco. Tale norma co-

---

(9) LIBONATI, *La faticosa articolazione delle privatizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, opina nel senso che l'inefficacia vada interpretata come radicale inidoneità a produrre effetti giuridici, conseguente all'invalidità. Cfr. SAN MAURO, *op. cit.*, p. 99.

(10) FRENI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2004, pp. 263 ss.; LIBONATI, *op. cit.*; SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in *Riv. Soc.*, 1996, 368; SAN MAURO, *cit.*, p. 101.

(11) È eloquente in materia la Relazione al Codice civile che, nel giustificare i poteri di nomina, afferma che questi ineriscono a "particolari categorie di società, che pur non assumendo la struttura di enti pubblici, assumono tuttavia particolari lineamenti in quanto investono interessi nazionali particolarmente eminenti".

stituiva, secondo le più accorte ricostruzioni della dottrina, un'applicazione dell'art. 2459 c.c. allora vigente (12).

Così articolato il sistema dei poteri speciali, la Commissione europea ne ha ravvisato l'incompatibilità con il diritto comunitario. Con specifico riferimento ai decreti attuativi relativi alle privatizzazioni di ENI e Telecom (13), la Commissione ha spiegato ricorso (19 febbraio 1999) avverso i poteri speciali siccome conformati dall'art. 2 della legge 30 luglio 1994, n. 474.

La Commissione ha asserito che, al fine di assicurare il rispetto delle libertà fondamentali e degli obblighi di cui agli articoli 52, 59 e 73B del Trattato istitutivo della Comunità europea, fosse necessario il rispetto congiunto di quattro parametri. Nella specie, la disciplina nazionale deve prevedere strumenti atti a garantire che i poteri speciali non siano applicati in modo discriminatorio, siano giustificati da motivi imperativi di interesse generale, siano idonei a conseguire il risultato perseguito e non eccedano quanto a ciò necessario (principio di proporzionalità) (14).

Il Governo nazionale, onde evitare la sentenza di condanna della Corte di Giustizia, ha adottato, nelle more del procedimento, il DPCM 11 febbraio 2000, ancorando i poteri speciali all'obiettivo di *salvaguardare vitali interessi dello Stato e imprescindibili motivi di interesse generale*, con riguardo ai settori dell'ordine pubblico, sicurezza pubblica, sanità e difesa (15).

La Corte di Giustizia, ritenendo non rilevante la sopravvenienza normativa alla stregua delle regole processuali applicabili, ha pronunciato sentenza di condanna nei confronti della Repubblica italiana, statuendo che l'istituto della *golden share*, *ex se* non incompatibile con il diritto comunitario, deve essere assoggettato a criteri obiettivi e trasparenti, che ne precludano un impiego abusivo in pregiudizio degli investimenti stranieri e della libera circolazione dei capitali all'interno del mercato unico.

Con specifico riguardo agli *investimenti esteri*, dalla sentenza 23 maggio

(12) A seguito della riforma del diritto societario, operata con il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, gli artt. da 2458 a 2461 sono stati abrogati. L'attuale disciplina concernente i poteri di nomina è prevista dagli artt. 2449 e 2450.

(13) Il 5 ottobre 1995 il governo italiano ha introdotto, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, i poteri speciali di cui all'art. 2 del testo coordinato nello statuto dell'ENI SpA (società operante nei settori energetico e petrolchimico).

Il 21 marzo 1997, con un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sono state individuate STET SpA e Telecom Italia SpA (rispettivamente *holding* e società operativa del settore delle telecomunicazioni) quali società nei cui statuti avrebbero dovuto essere introdotti i poteri speciali prima della privatizzazione. STET SpA e Telecom Italia SpA sono state successivamente fuse.

(14) Sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea 23 maggio 2000, punto 13.

(15) È interessante notare che, come rilevato nel punto 14 della citata sentenza: "*Nel controricorso il governo italiano non ha contestato il fatto che le disposizioni nazionali controverse siano incompatibili con il diritto comunitario. Esso ha solo confermato la sua intenzione di conformarsi al parere motivato del 10 agosto 1998 ed ha aggiunto che il disegno di legge che aveva preparato a tal fine era stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 18 dicembre 1998 ed era stato presentato al Parlamento*".



2000 della Corte di Giustizia si evince che il richiamo all'interesse nazionale non è idoneo a costituire un parametro sicuro ed affidabile al fine di evitare ingiustificate discriminazioni; è invece necessario circoscrivere la discrezionalità del Governo nazionale con l'introduzione di norme più stringenti.

### 3. *La nuova disciplina nazionale ed il conseguente intervento della Corte di Giustizia.*

Il legislatore nazionale si è conformato al *dictum* della Corte di Giustizia mediante l'art. 4 della legge finanziaria per il 2004 (l. 24 dicembre 2003, n. 350), che ha profondamente mutato la disciplina dei poteri speciali, riformando la legge del 1994.

Obiettivo della nuova disciplina è procedimentalizzare l'esercizio dei poteri speciali, vincolandoli alla tutela degli interessi vitali dello Stato, con conseguente impugnabilità dinanzi al Giudice amministrativo dei provvedimenti svianti rispetto all'obiettivo ovvero adottati in violazione delle regole procedurali stabilite dalla legge.

In primo luogo, i *diritti di gradimento*, da esercitare *ex ante* rispetto all'assunzione della partecipazione rilevante, vengono sostituiti da *diritti di opposizione* da esercitare *ex post*, entro dieci giorni da apposita comunicazione contestuale alla richiesta di iscrizione nel libro dei soci.

Il provvedimento di opposizione deve essere motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato dall'operazione agli interessi vitali dello Stato, ed è impugnabile nel termine di decadenza di sessanta giorni dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, funzionalmente competente.

Del pari, il diritto di gradimento alla conclusione di patti parasociali viene sostituito con un diritto di opposizione, da esercitarsi entro dieci giorni decorrenti dalla comunicazione della Consob, a sua volta informata ai sensi dell'art. 122 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Nelle more di decorrenza del termine per l'esercizio del potere, i diritti amministrativi sono sospesi. Il provvedimento di opposizione è impugnabile dinanzi al Giudice amministrativo, ferma restando che, qualora dal comportamento in assemblea dei soci sindacali possa desumersi il mantenimento di impegni assunti con l'adesione agli accordi opposti, le delibere approvate con il voto determinante dei soci stessi sono impugnabili.

Il medesimo assoggettamento al controllo giudiziale viene esteso dal legislatore al potere di veto all'adozione di delibere disponenti operazioni straordinarie, da esercitarsi mediante potere motivato. D'altra parte il legislatore, onde circoscrivere i poteri speciali a misure di controllo sulla struttura della società, senza impingere nelle decisioni di gestione, prescrive che l'amministratore nominato dal Governo non possa avere diritto di voto.

I menzionati interventi, *prima facie*, paiono andare nella direzione indicata dalla Corte di Giustizia, introducendo norme procedurali preordinate a li-

mitare la discrezionalità del Governo, riguardata in sede europea come un *vulnus* agli investimenti esteri ed alla libera circolazione dei capitali (16).

Si introduce, in particolare, il requisito teleologico della tutela di interessi nazionali vitali come parametro di validità, giudizialmente sindacabile, dell'atto di esercizio del potere. Tale criterio, tuttavia, implica in capo al Governo un margine di apprezzamento così lato da far apparire implausibile un efficace controllo da parte dell'Autorità giudiziaria (17), anche perché il sindacato estrinseco e non sostitutivo (*sub specie* della figura sintomatica dell'eccesso di potere per sviamento) esercitabile sulla discrezionalità amministrativa non sembra rispondente a quanto prescritto dalla Corte di Giustizia. Con la commentata sentenza del 23 maggio 2000, infatti, la semplice finalizzazione del potere speciale alla tutela di interessi nazionali è stata ritenuta parametro che di per sé “*non consente agli investitori di conoscere le situazioni in cui detti poteri verranno utilizzati*”.

Avvertito di questi profili problematici, il Governo ha adottato il DPCM 10 giugno 2004, al precipuo fine di limitare la discrezionalità nell'esercizio dei poteri speciali. Vi si dispone, infatti, che: “*I poteri speciali di cui all'art. 2 del decreto legge n. [332/1994] sono esercitati esclusivamente ove ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche mediante l'eventuale previsione di opportuni limiti temporali, fermo restando il rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione*” (18).

Cionondimeno, la Commissione europea ha ritenuto, con specifico riferimento agli statuti di Telecom Italia, ENI ed ENEL, che la disciplina nazionale dei poteri speciali implicasse ingiustificate ingerenze sull'assetto proprietario e sulle decisioni di gestione delle società privatizzate (19).

(16) FRENI, *op. cit.*, p. 267.

(17) SAN MAURO, *op. cit.*, p. 98.

(18) A ciò si aggiunga che l'art. 1, secondo comma, del decreto, ha partitamente indicato le circostanze in cui è legittimo esercitare i poteri speciali, ferma restando la finalizzazione alla tutela degli interessi vitali dello Stato. Si precisa, infatti, che i poteri sono esercitabili in presenza: a) grave ed effettivo pericolo di una carenza di approvvigionamento nazionale minimo di prodotti petroliferi ed energetici, nonché di erogazione dei servizi connessi e conseguenti e, in generale, di materie prime e di beni essenziali alla collettività, nonché di un livello minimo di servizi di telecomunicazione e di trasporto; b) grave ed effettivo pericolo in merito alla continuità di svolgimento degli obblighi verso la collettività nell'ambito dell'esercizio di un servizio pubblico, nonché al perseguimento della missione affidata alla società nel campo delle finalità di interesse pubblico; c) grave ed effettivo pericolo per la sicurezza degli impianti e delle reti nei pubblici servizi essenziali; d) grave ed effettivo pericolo per la difesa nazionale, la sicurezza militare, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica; e) emergenze sanitarie.

(19) La Commissione ha osservato, con parere del 13 ottobre 2005, come i provvedimenti in materia di poteri speciali “accordassero alle autorità ampi poteri discrezionali, parere che è stato comunicato all'Italia (IP/03/177). La disposizione in oggetto è stata nuovamente modificata dalla legge 24 dicembre

In particolare, la Commissione ha censurato con un nuovo ricorso dinanzi la Corte di Giustizia la disciplina nazionale nella parte in cui annette al Governo eccessiva discrezionalità, atteso che ciò è idoneo a produrre l'effetto di "scoraggiare gli investitori", particolarmente quelli che intendono stabilirsi in Italia al fine di esercitare un'influenza sulla *gestione* delle imprese interessate dalla normativa di cui trattasi.

Inoltre, si è ravvisata l'illegittimità della normativa nazionale anche nella misura in cui ha conferito poteri speciali pur in presenza, nei settori dell'energia e delle telecomunicazioni, di una disciplina comunitaria di *armonizzazione* che indica i provvedimenti necessari per garantire la tutela degli interessi fondamentali dello Stato.

Il Governo italiano ha eccepito, a sua volta, che il decreto del 2004, da parte sua, non avrebbe introdotto alcuna misura discrezionale, ma si sarebbe limitato a specificare i casi e i presupposti di adozione delle misure previste dal suddetto decreto legge. Si è fatto inoltre valere il principio di sussidiarietà, secondo cui la normativa nazionale è più adatta di quella comunitaria a disciplinare situazioni che presentino un pericolo per gli interessi vitali dello Stato, situazioni che solo quest'ultimo può valutare tempestivamente e correttamente (20).

La Corte di Giustizia ha accolto, con sentenza 26 marzo 2009, il ricorso della Commissione. Con riferimento ai poteri speciali di opposizione, è stata infatti ravvisata la violazione del principio di libera circolazione dei capitali, nella misura in cui la disciplina nazionale non è conforme al principio di proporzionalità, il quale richiede che le misure adottate siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il suo raggiungimento (v. sentenza *Commissione/Germania*, cit., punto 73 e la giurisprudenza ivi citata).

Si rileva, in particolare, che la mera acquisizione di una partecipazione che ammonti a oltre il 10% del capitale sociale di una società operante nel settore dell'energia o ogni altra acquisizione che conferisca un'influenza significativa su una tale società, in linea di principio, non può essere considerata,

---

2003 n. 350. La legge così modificata sostituisce la precedente procedura di autorizzazione con un diritto di opposizione meno restrittivo, e prevede che con decreto del Presidente del Consiglio vengano definiti i criteri per l'esercizio dei poteri speciali e che tale esercizio venga limitato unicamente ai casi in cui vi sia pregiudizio per gli interessi vitali dello Stato. Il decreto attuativo è stato adottato il 10 giugno 2004. Nell'ambito di applicazione del decreto ricadono società privatizzate come Telecom ITALIA, Eni ed Enel. Nonostante i miglioramenti rispetto alla legge del 1994, la Commissione ritiene tuttavia ingiustificati i restanti controlli sull'assetto proprietario delle società privatizzate e sulle decisioni di gestione. A parere della Commissione una regolamentazione adeguata potrebbe rispondere alle preoccupazioni dello Stato italiano formulate nel decreto attuativo. Le attuali restrizioni sono sproporzionate rispetto al loro scopo, e configurano pertanto restrizioni alla libera circolazione dei capitali".

(20) È da rilevare che il Governo ha dedotto che l'unico profilo rilevante del ricorso della Commissione fosse quello inerente al difetto di prevedibilità dell'esercizio dei poteri speciali, tale da vulnerare potenzialmente gli investimenti esteri (punto 27 della sentenza 26 marzo 2009 della Corte di Giustizia).

di per sé, come una minaccia reale e sufficientemente grave per la sicurezza dell'approvvigionamento (v. sentenza 17 luglio 2008, *Commissione/Spagna*, cit., punti 38 e 51).

È di conseguenza onere del singolo Stato membro, pena l'ingiustificata compromissione degli investimenti esteri, dettagliare i casi specifici in cui si ritiene che l'acquisizione possa arrecare pregiudizio agli interessi vitali dello Stato (21).

Con riferimento al diritto di veto alla conclusione di patti parasociali, la Corte di Giustizia afferma che tale misura è idonea a violare il principio della libertà di stabilimento, che viene in rilievo quando la partecipazione è tale da conferire all'investitore straniero una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività (22).

La Corte statuisce in proposito che il decreto del 2004 non contiene precisazioni sulle circostanze in cui i criteri di esercizio del potere di veto previsto dall'art. 2, comma 1, lett. c), del decreto legge n. 332/1994 possono trovare applicazione.

Sebbene tale potere possa essere esercitato soltanto in situazioni di pericolo grave ed effettivo o di emergenze sanitarie, a norma dell'art. 1, comma 2, di detto decreto, *in mancanza di precisazioni sulle circostanze concrete che consentono di esercitare il potere in parola gli investitori non sanno quando tale potere di veto possa trovare applicazione.*

Per l'effetto, la disciplina dei poteri speciali, come emergente da ultimo dal DPCM 10 giugno 2004 è stata dichiarata incompatibile con i principi di libera circolazione dei capitali e libertà di stabilimento, valorizzando la necessità che gli investitori di altri Stati membri debbano poter contare su una disciplina accessibile e prevedibile, che consenta di pronosticare le circostanze in cui i poteri speciali saranno esercitati.

Il legislatore nazionale ha dovuto, di conseguenza, innovare profondamente la disciplina dei poteri speciali.

---

(21) Si afferma altresì che “la mera enunciazione di cui all'art. 1, comma 1, del decreto del 2004 secondo cui i poteri speciali devono essere esercitati soltanto in conformità con il diritto comunitario non può rendere l'applicazione di siffatti criteri compatibile con quest'ultimo. Infatti, il carattere generale e astratto dei criteri non è tale da garantire che l'esercizio dei poteri speciali sarà effettuato conformemente ai requisiti di diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 13 maggio 2003, causa C 463/00, *Commissione/Spagna*, Racc. pag. I 4581, punti 63 e 64)”.

(22) Con riferimento al principio di proporzionalità, la Corte di Giustizia al punto 64 rileva che: “In riferimento ad un diritto di opposizione a determinate decisioni di cessione o di attribuzione a titolo di garanzia degli elementi patrimoniali di società operanti nel settore petrolifero, la Corte ha giudicato che, poiché l'esercizio di tale diritto non era subordinato ad alcuna condizione che limitasse il potere discrezionale del ministro in ordine al controllo dell'identità dei detentori degli elementi patrimoniali di queste società, il regime considerato andava oltre quanto necessario per conseguire l'obiettivo fatto valere, ossia la prevenzione di un pregiudizio all'approvvigionamento minimo di prodotti petroliferi in caso di minaccia effettiva. La Corte ha aggiunto che, in mancanza di criteri oggettivi e precisi nella struttura di detto regime, la normativa in esame era sproporzionata rispetto all'obiettivo indicato (v. sentenza *Commissione/Francia*, cit., punti 52 e 53)”.

#### 4. La disciplina vigente e la tassonomia dei nuovi golden powers. Casi concreti di esercizio dei poteri speciali.

A séguito della menzionata sentenza 26 marzo 2009, il Governo è intervenuto approvando in via d'urgenza il decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito con legge 11 maggio 2012, n. 56.

Il decreto muta profondamente la previgente disciplina al fine di conformarla ai principi di proporzionalità e prevedibilità ritenuti dalla Corte di Giustizia indispensabili al fine di non “*scoraggiare gli investitori esteri, particolarmente quelli che intendono stabilirsi in Italia al fine di esercitare un'influenza sulla gestione delle imprese interessate dalla normativa di cui trattasi*”.

La disciplina introdotta nel 2012 si contraddistingue per due principali profili di novità rispetto a quella contenuta nel decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, avente per oggetto la privatizzazione sostanziale degli enti pubblici economici.

In primo luogo, le due normative si differenziano per perimetro applicativo. I poteri speciali, infatti, a differenza delle *golden shares*, non si configurano come strumento a disposizione del Governo per conservare un'influenza sulla *corporate governance* delle società privatizzate, ma si atteggiano a mezzo di tutela dell'interesse nazionale con riguardo ad attività ed *assets* considerati di rilevanza strategica.

I poteri speciali assurgono, dunque, a strumento di controllo degli investimenti esteri che possano arrecare una “*minaccia di grave pregiudizio*” agli interessi pubblici sottesi a settori sensibili, partitamente individuati nel decreto.

In secondo luogo, l'esercizio dei poteri speciali prescinde dal possesso di qualsiasi partecipazione azionaria in capo allo Stato, mentre la previgente disciplina subordinava l'operatività dei poteri al controllo pubblico, diretto o indiretto, delle società privatizzate.

Il raffronto con la precedente disciplina delle *golden shares* fa emergere il marcato carattere *pubblicistico* dei nuovi poteri speciali, che non richiedono l'inserimento negli statuti delle relative clausole.

Il decreto legge del 2012 conferisce, dunque, al Presidente del Consiglio dei Ministri la potestà di esercitare i poteri speciali con riguardo ad attività di rilevanza strategica per il sistema della difesa e sicurezza nazionale (art. 1) e con riguardo alle reti e agli impianti di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (art. 2).

Per quanto concerne il primo settore, con d.P.C.M. 6 giugno 2014, n. 108, è stato introdotto il “Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale”, in sostituzione del precedente d.P.C.M. 253/2013.

Si considerano dotate “*di rilevanza strategica*” le attività di studio, ricerca, progettazione, sviluppo, produzione, integrazione e sostegno al ciclo di vita di specifici sistemi e materiali partitamente indicati nel decreto.

In caso di *grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale*, il Presidente del Consiglio può esercitare, con proprio decreto adottato su conforme delibera del Consiglio dei Ministri e previa proposta del Ministro competente, i *golden powers* tassativamente previsti dall'art. 1 del decreto.

Nella specie, il Governo può imporre specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale.

Tali condizioni, come illustrato nel prosieguo, sono state effettivamente imposte in due occasioni.

Il potere, connotato da un contenuto atipico, è inedito, non essendo stato previsto né dall'originaria versione del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, né dai successivi provvedimenti adottati a seguito della sfavorevole sentenza 23 maggio 2000 della Corte di Giustizia.

Il secondo *golden power* previsto dal decreto del 2012 coincide, invece, con il diritto di veto già riconosciuto al Governo, sia pure con esclusivo riferimento alle società privatizzate, dal precedente decreto del 1994.

Si abilita, pertanto, il Presidente del Consiglio a porre il veto all'adozione di delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione di un'impresa strategica, aventi ad oggetto le seguenti operazioni straordinarie: (i) la fusione o scissione della società, (ii) il trasferimento dell'azienda o di rami di essa o di società controllate, (iii) il trasferimento all'estero della sede sociale, (iv) il mutamento dell'oggetto sociale, (v) lo scioglimento della società.

Il terzo potere previsto dal decreto 21/2012, infine, amplia una facoltà già introdotta dal d.l. 24 dicembre 2003, n. 350, che ha riformato l'art. 2 del "Decreto privatizzazioni", abrogato *in parte qua*.

Il Governo può, in particolare, *opporsi* all'acquisto di partecipazioni, a qualsiasi titolo, da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati.

Il potere di opposizione può essere attivato qualora l'acquirente venga a detenere, direttamente o indirettamente, anche attraverso acquisti successivi o per interposta persona, un livello della partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di *compromettere nel caso specifico gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale*.

A tal fine, si considerano altresì le partecipazioni detenute da terzi con cui l'acquirente abbia stipulato patti parasociali di cui all'art. 122 del testo unico in materia di intermediazione finanziaria recato dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ovvero quelli di cui all'art. 2341 *bis* c.c.

Mentre il potere di opposizione previsto dal decreto del 1994 era attivabile solo qualora la partecipazione acquisita superasse nel complesso la ventesima

parte delle azioni dotate di diritto di voto nell'assemblea ordinaria, il nuovo potere speciale è svincolato da un parametro quantitativo predeterminato per riferirsi unicamente all'incidenza che la partecipazione possa avere sugli interessi vitali della difesa.

Al fine di conformare la disciplina nazionale alle indicazioni della Corte di Giustizia, il legislatore del 2012 ha fissato i criteri che il Governo deve considerare nelle valutazioni inerenti all'esercizio del potere.

Con riguardo al potere di *veto*, si stabilisce che il Governo consideri, tenendo conto dell'oggetto della delibera, la rilevanza strategica dei beni o delle imprese oggetto di trasferimento, l'idoneità dell'assetto risultante dalla delibera o dall'operazione a garantire l'integrità del sistema di difesa e sicurezza nazionale, la sicurezza delle informazioni relative alla difesa militare, gli interessi internazionali dello Stato, la protezione del territorio nazionale, delle infrastrutture critiche e strategiche e delle frontiere.

Ai fini, invece, dell'esercizio del potere di imporre *specifiche condizioni* all'acquisizione di partecipazioni rilevanti, nonché del potere di *opposizione*, si stabilisce che il Governo debba considerare l'adeguatezza dell'acquirente rispetto alla regolare prosecuzione delle attività, al mantenimento del patrimonio tecnologico, anche con riferimento alle attività strategiche chiave, alla sicurezza e alla continuità degli approvvigionamenti, oltre che alla corretta e puntuale esecuzione degli obblighi contrattuali assunti nei confronti di pubbliche amministrazioni, direttamente o indirettamente, dalla società le cui partecipazioni sono oggetto di acquisizione, con specifico riguardo ai rapporti relativi alla difesa nazionale, all'ordine pubblico e alla sicurezza nazionale.

Con riguardo alla tutela degli interessi essenziali concernenti la difesa e la sicurezza nazionale, si prescrive altresì che il Governo debba valutare l'esistenza, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell'Unione europea, di *motivi oggettivi* che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l'acquirente e paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura delle loro alleanze, o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati.

La procedura di attivazione dei poteri speciali, con riferimento ai settori della difesa e sicurezza nazionale, è disciplinata dal d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, che individua i soggetti tenuti alla notifica, il contenuto e la validità della notifica stessa, la procedura istruttoria e le amministrazioni coinvolte, nonché la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie in caso di inosservanza delle determinazioni adottate.

Ciò posto con riferimento ai primi due settori, il d.P.R. n. 85/2014 ha individuato gli *assets* di rilevanza strategica nei settori dell'energia (reti energetiche di interesse nazionale, *inter alia*: rete nazionale di trasporto del gas

naturale, infrastrutture di approvvigionamento di energia elettrica e gas da altri Stati, rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica), dei trasporti (grandi reti ed impianti di interesse nazionale, tra cui: porti di interesse nazionale, aeroporti di interesse nazionale e rete ferroviaria nazionale di rilevanza per le reti trans-europee), e delle comunicazioni (reti dedicate e rete di accesso pubblica agli utenti finali in connessione con le reti metropolitane, i *router* di servizio e le reti a lunga distanza etc.) (23).

Qualsiasi delibera, atto o operazione, adottato da una società che detiene uno o più degli attivi suindicati, che abbia per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi o il cambiamento della loro destinazione, nonché le operazioni straordinarie, deve essere notificato alla Presidenza del Consiglio che ha il potere di apporre il veto.

In ottemperanza alla menzionata sentenza della Corte di Giustizia, si prescrive che il potere speciale possa essere esercitato solo a fronte di una *“situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti”*.

Inoltre, si attribuisce al Governo la facoltà di *condizionare* all'assunzione di impegni diretti a tutelare gli interessi vitali dello Stato l'acquisto a qualsiasi titolo da parte di un soggetto esterno all'Unione europea di partecipazioni in società che detengono gli attivi individuati come strategici, di rilevanza tale da determinare *l'insediamento stabile* dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile.

Al fine di garantire la compatibilità comunitaria dei poteri speciali, il legislatore del 2012 precisa che i poteri speciali suindicati possono essere esercitati esclusivamente sulla base di *criteri oggettivi e non discriminatori*.

A tale fine il Governo deve valutare i seguenti criteri: a) l'esistenza, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell'Unione europea, di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l'acquirente e paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati; b) l'idoneità dell'assetto risultante dall'atto giuridico o dall'operazione, tenuto conto anche delle modalità di finanziamento della acquisizione e della capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell'acquirente, a garantire: 1) la sicurezza e la continuità degli approvvigionamenti; 2) il mantenimento, la sicurezza e l'operatività delle reti e degli impianti.

---

(23) COMINO A., *Golden power per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 5, 2014.



La procedura per l'attivazione dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni è disciplinata dal d.P.R. 25 marzo 2014, n. 86, che ha introdotto i medesimi passaggi procedurali previsti dal d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, in materia di difesa e sicurezza nazionale.

Esaminata la tassonomia dei *golden powers* siccome previsti dal decreto del 2012, è ora rilevante *sul piano empirico* analizzare i casi di esercizio, nonché le numerose ipotesi in cui il Consiglio dei Ministri ha optato per non fare uso dei poteri conferiti dalla legge.

A tal fine, riveste particolare importanza l'acquisizione del ramo di azienda *Avio - Settore propulsione e trasmissione di potenza* da parte di General Electric Aviation, divisione della *General Electric Company, per il tramite della Nuovo Pignone Holding S.p.A., da essa controllata.*

Il Consiglio dei Ministri, considerato che la società Avio S.p.A. svolge attività di progettazione e produzione di componenti e sistemi per la propulsione aerospaziale, nonché di apparati per la trasmissione di potenza, in ambito sia civile che militare, e che tali attività assumono rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera f), del citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 novembre 2012, n. 253, ha deliberato di esercitare i poteri speciali adottando il d.P.C.M. 6 giugno 2013.

Il Governo, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a), del d.l. 21/2012, relativo ai settori della difesa e sicurezza nazionale, ha fissato le condizioni cui assoggetta il completamento dell'operazione, anche in considerazione della lettera del 20 dicembre 2012 con cui la General Electric Aviation si è impegnata ad accettare eventuali condizioni all'acquisto.

Nella specie, il Governo italiano *impone* alle società General Electric Company, Nuovo Pignone Holding S.p.A. e GE Avio S.r.l. di:

- garantire la continuità delle attività di produzione, manutenzione, revisione e supporto logistico dei sistemi di propulsione aerospaziali e navali forniti da *GE Avio s.r.l.* alle Forze armate e alle altre amministrazioni pubbliche, nonché la continuità di produzione, revisione e supporto logistico necessaria per assicurare il rispetto degli impegni assunti nell'ambito dei programmi di collaborazione internazionale a cui partecipa l'Italia;

- assicurare uno standard delle attività di ricerca e sviluppo necessario per mantenere le capacità di produzione, manutenzione e logistica di *GE Avio s.r.l.* in relazione alle attività strategiche e strategiche chiave;

- nominare, previo assenso del Ministero della difesa, il dirigente di *GE Avio s.r.l.* preposto ai trasferimenti e alle esportazioni dei materiali di armamento, con cittadinanza italiana, in considerazione della stretta connessione tra le politiche nazionali relative a tali materiali e il sistema di difesa nazionale;

- nell'ambito delle attività strategiche e strategiche chiave (ivi inclusi i programmi di cooperazione internazionale militare di cui l'Italia è parte) im-

piegare prevalentemente personale di nazionalità italiana, nel rispetto, in quanto applicabili, delle necessarie autorizzazioni e procedure di sicurezza delle informazioni, ai sensi delle leggi e dei regolamenti vigenti;

- nominare, previo assenso del Ministero della difesa e approvazione dell'Ufficio centrale per la segretezza del Dipartimento informazioni per la sicurezza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il dirigente di *GE Avio s.r.l.* responsabile per le questioni relative alla sicurezza, con cittadinanza italiana, in considerazione della rilevanza strategica delle sue attività per il sistema di difesa e di sicurezza nazionale.

Altro significativo caso riguarda l'acquisizione da parte di Mubadala Development Company, società di investimento del Governo degli Emirati Arabi Uniti, delle quote di maggioranza di Piaggio Aero Industries S.p.A.

Il Consiglio dei Ministri 18 aprile 2014, n. 14, *“esercitando i propri poteri speciali di sorveglianza su tutte le attività che sono connesse allo svolgimento della funzione istituzionale della difesa e della sicurezza nazionale, si è espresso positivamente per l'acquisizione, indicando specifiche condizioni per la tutela delle capacità tecnologiche e industriali, della continuità di produzione, delle attività di rilevanza strategica sviluppate da Piaggio Aero Industries S.p.A., in particolare nel settore dei velivoli a pilotaggio remoto”*.

All'esercizio dei poteri speciali non ha fatto seguito, per esigenze di sicurezza, la pubblicazione del d.P.C.M.

Per quanto concerne il mancato esercizio di poteri speciali, è interessante considerare che il Consiglio dei Ministri 23 ottobre 2014, n. 34, ha accolto la proposta del ministero dell'Economia e Finanze di *non* esercitare il potere di veto in relazione al conferimento della partecipazione in Terna da CDP a CDP Reti, nonché all'autorizzazione alla vendita di quota di minoranza delle azioni di RAI Way S.p.A. finalizzata alla quotazione di RAI Way.

Inoltre, il Consiglio dei ministri 30 giugno 2015, n. 71, ha accolto la proposta del Ministro dello Sviluppo Economico di *non* esercitare i poteri speciali in relazione alla operazione infragruppo di fusione inversa mediante incorporazione delle società Gestioni Partecipazioni Srl, Gestioni Partecipazioni Old Srl e Petren Srl in Ital Gas Storage Srl, in quanto l'attività di stoccaggio rimane comunque regolata da precise norme comunitarie, indipendentemente dalla composizione societaria di controllo della società operatrice.

Da tale *excursus* di carattere empirico è possibile concludere che il Governo italiano tende a fare un uso assai cauto dei poteri speciali conferiti dal decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, e, nelle ipotesi di concreto esercizio, opta per la modalità meno invasiva di intervento.

## I servizi pubblici locali con particolare riferimento al servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani

*Giuliano Gambardella\**

*SOMMARIO: 1. I servizi pubblici locali: profili generali - 2. Servizi pubblici locali a rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza - 3. Recenti interventi legislativi sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali: dall'art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008 n.112 all'art. 4 del d.l. n. 13 agosto del 2011 n.138 ed al decreto Milleproroghe "modifiche alla disciplina dei servizi pubblici locali - 3.1 L'iniziativa referendaria e la sentenza della Corte Costituzionale del 26 gennaio 2011, n. 24. L'esito del referendum e la disciplina applicabile - 3.2 La disciplina introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 13 agosto 2011 n.138 - 4. Brevi considerazioni sui rifiuti urbani e il loro impatto sull'ambiente - 5. Nozioni introduttive dei rifiuti solidi urbani. Disciplina comunitaria nazionale e regionale - 6. Competenze statali, regionali, provinciali e comunali, delle Camere di Commercio e delle ASL in materia ambientale con particolare riferimento alla gestione dei rifiuti solidi urbani - 7. Distinzione tra rifiuti urbani e rifiuti speciali - 8. La gestione dei rifiuti: profili storici fino all'entrata in vigore del testo unico - 8.1 La gestione dei rifiuti prima del D.P.R. 10 settembre 1982 n. 915 - 8.2 La legge 20 marzo 1941 n. 366 sullo smaltimento dei rifiuti solidi urbani - 9. I Principi della gestione dei rifiuti - 10. La riforma della gestione dei rifiuti solidi urbani - 11. Conclusioni.*

### *1. I servizi pubblici locali: profili generali.*

La nozione di servizio pubblico locale è stata considerata da molti studiosi del diritto tra le più tormentate e di difficile interpretazione del nostro ordinamento giuridico; manca infatti nel nostro sistema una definizione compiuta.

Invero l'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, ai fini del riparto di giurisdizione, non delimita puntualmente i connotati di tale nozione limitandosi a qualche esemplificazione. Lo stesso discorso vale anche per l'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e per la legge sullo sciopero dei servizi pubblici essenziali.

Preso atto di ciò, voci autorevolissime (Benvenuti, Cassese, Merusi) hanno rinunciato alla ricerca di una nozione in senso giuridico dei servizi pubblici locali, facendo ricorso alle scienze economiche, al fine di delineare gli aspetti principali del tema e dedicandosi piuttosto allo studio dei regimi particolari da cui queste attività sono rette (1). A tal riguardo, si cita l'art. 43 della Costituzione che menziona nel medesimo contesto "i servizi pubblici", "le fonti di energia" e "le situazioni di monopolio".

Successivamente, la dottrina ha individuato, sempre al fine di ottenere

---

(\*) Avvocato del libero Foro, Dottore di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

(1) R. CHIEPPA - R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II Edizione 2012, pag. 968.

una definizione unitaria della nozione di servizio pubblico locale, due teorie: la *teoria soggettiva* e la *teoria oggettiva*.

Secondo la concezione soggettiva (o nominalistica), il servizio pubblico consiste in un'attività non avente forma autoritativa rivolta a terzi, la cui titolarità è assunta da un ente pubblico.

Secondo questa teoria, avente carattere meramente residuale, l'attività è svolta da un pubblico potere e prescinde dalle caratteristiche dell'attività svolta dall'ente pubblico.

Quello che rileva è dunque la decisione della pubblica amministrazione di assumere nella propria sfera di competenza una determinata attività, in quanto ritenuta di interesse collettivo, in tal modo conseguendone la titolarità. Conseguentemente, *nell'ottica del diritto amministrativo, servizio pubblico in senso stretto può aversi solo in rapporto a compiti che il soggetto pubblico consideri propri nell'ambito delle sue competenze istituzionali; a tali compiti sono chiamate a partecipare anche persone fisiche o giuridiche private, posto che il loro svolgimento non implica (di norma) esercizio di poteri autoritativi, ma l'attività viene comunque riferita all'organizzazione pubblica globalmente intesa* (2).

Alla teoria soggettiva, ampiamente criticata, si contrappone la teoria oggettiva.

Secondo quest'ultima, a prescindere dalla titolarità del servizio, è la natura dell'attività svolta e la sua sostanziale rispondenza ad un interesse generale ad assumere rilievo ai fini della qualificazione di quell'attività in termini di servizio pubblico.

La teoria oggettiva parte dal presupposto che quella di servizio pubblico è una nozione caratterizzata da oggettivi tratti di diritto pubblico e conserva la natura pubblica, derivante dalla penetrante disciplina pubblicistica e dalle finalità, anche quando i soggetti componenti l'organizzazione che ne cura l'attuazione, siano di natura privata.

Si definisce servizio pubblico, quindi, ogni attività che sia oggetto di applicazione di un regime giuridico peculiare, volto alla tutela dell'interesse pubblico attraverso di essa perseguito e indipendentemente dalla natura giuridica degli operatori.

Secondo una parte della dottrina (3) la nozione oggettiva di servizio pubblico è imperniata su un'organizzazione settoriale, o, secondo altra terminologia su di un ordinamento sezionale, in cui operano sia soggetti pubblici che privati, il cui agire è diretto e controllato attraverso poteri pubblici di governo del settore.

Tale dottrina sembra rievocare una risalente affermazione di M.S. Gianini secondo il quale *“se tutti i soggetti componenti l'organizzazione o buona*

---

(2) R. VILLATA, *La riforma dei servizi pubblici locali*, G. Giappichelli, Ed. 2011, pag. 8.

(3) G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Ed. 2005, pagg. 88, 192.

*parte di essi hanno natura privata, non per questo è privata l'organizzazione, che, invece, per le sue finalità, per la sua partecipazione intima di un organo dello Stato, per la sua penetrante disciplina pubblicistica che vi si esprime, ha natura francamente pubblicistica” (4).*

Tra le due teorie è prevalsa quella oggettiva. A favore della teoria oggettiva ha inciso altresì, l'art. 43 Cost. il quale prevede che *“a fini di utilità generale, la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici ed a comunità di lavoratori e di utenti, determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di interesse generale”*.

Tale disposizione offre diversi argomenti a favore della teoria oggettiva di servizio pubblico.

Il primo deriva dalla considerazione che la riserva o il trasferimento a favore dello Stato o altro ente pubblico delle imprese che si riferiscono a pubblici servizi essenziali è prevista dall'art. 43 Cost. come mera possibilità, con la conseguenza che è costituzionalmente ammessa l'eventualità di una gestione di tali servizi pubblici ad opera di privati.

Inoltre, l'art. 43 Cost., contempla tra i possibili destinatari della riserva o del trasferimento della titolarità (e non già della gestione) non solo lo Stato ed altri enti pubblici, ma anche le comunità di lavoratori e utenti, ossia soggetti che hanno natura privata.

A favore della teoria oggettiva è intervenuto anche il diritto comunitario.

L'ordinamento comunitario, infatti, contiene una nozione di servizio pubblico che, sebbene non precisata nei suoi esatti confini da una chiara enunciazione normativa a carattere generale, prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto gestore che li caratterizzi per la sottoposizione della relativa attività ad un regime derogatorio rispetto a quello comune.

La disposizione fondamentale che disciplina a livello nazionale i servizi di interesse generale è l'art. 106 tuel (d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267) che, dopo aver previsto al par. 1 la generale sottoposizione alla disciplina comunitaria delle imprese pubbliche e di quelle cui gli Stati membri *“riconoscono diritti speciali o esclusivi”* introduce, al par. 2 una deroga al regime concorrenziale per l'esercizio dei *“servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale”*, sia pure nei limiti della *“missione”* affidata alle imprese incaricate della relativa gestione e purché non risultino compromessi gli interessi della Comunità.

Ad una prima lettura della norma traspare una nozione di interesse economico generale che prescinde dalla natura giuridica del soggetto preposto

---

(4) R. CHIEPPA - R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II Edizione 2012, pag. 968.

all'espletamento dell'attività economica, ma che si caratterizza per la sottoposizione della stessa attività ad una disciplina che, costituendo deroga, sia pur parziale, al regime concorrenziale, dà luogo ad una conformazione pubblicistica dell'attività, giustificata dalla necessità di perseguire gli specifici compiti assegnati al gestore del servizio.

## 2. Servizi pubblici locali a rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza.

I servizi pubblici locali si suddividono in servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica.

Circa la dibattuta questione della rilevanza economica dei servizi pubblici rivolti all'utenza deve farsi oramai riferimento al potere autonomistico degli enti locali nell'organizzazione degli stessi e dei fattori che in concreto possono condizionarne la portata, fatte salve specifiche discipline di settore (5).

Sui servizi pubblici locali di rilevanza economica si ricorda un'importante decisione del Consiglio di Stato del 2013 (6) secondo la quale: *“stante la abrogazione referendaria dell'art. 23 bis D.L. 25 giugno 2008, n. 112 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138 e le ragioni del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internazionalizzazione e società in house), è venuto meno il principio con tali disposizioni perseguito, dell'eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Si applica invece la disciplina sui presupposti e condizioni per l'utilizzo della società in house”*.

Anche che il Tar Campania (7), nel far proprio tale orientamento, ha sostenuto che: *“la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali e, in particolare la opzione tra modello in house e ricorso al mercato, debba basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire: “valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti; individuazione del modello più efficiente ed economico; adeguata istruttoria e motivazione”*.

Inoltre, il Tar Brescia con la sentenza n. 558 dell'11 giugno 2013, ha precisato che, in sede di uniformazione del diritto interno alla pronuncia della Corte Costituzionale, il legislatore, con il D.L. 18 ottobre del 2012 convertito in legge n. 221 del 17 dicembre 2012 (art. 34 comma 20), ha scelto di non indicare *“ un modello preferibile, ossia non predilige l'in house, né la piena espansione della concorrenza nel mercato e per il mercato e neppure il partenariato pubblico - privato, ma rinvia alla scelta concreta del singolo ente affidante”*. L' *in house providing* (usata per la prima volta in sede comunitaria

---

(5) Tar Lombardia Brescia, sentenza n. 558 del 11 giugno 2013.

(6) Consiglio di Stato Sez. VI, sentenza n. 762 del 11 febbraio 2013.

(7) Tar Campania, Sez. I, sentenza n. 1925 del 11 aprile 2013.

nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: ciò accade quando quest'ultima acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato. Il modello si contrappone a quello dell'*outsourcing*, o *contracting out* (la c.d. esternalizzazione), in cui la sfera pubblica si rivolge al privato, demandandogli il compito di produrre e /o fornire i beni e servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa. La prima definizione giurisprudenziale della figura è fornita dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*. In quella sede - a estrema sintesi delle considerazioni della Corte - si è affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui concorrano i seguenti elementi:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi;

b) il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi "terzo" rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture.

Da ciò deriva una maggiore autonomia degli enti locali nella scelta delle tipologie organizzative. L'ordinamento infatti non propone una specifica tipologia organizzativa demandando agli enti l'individuazione di un percorso di adeguatezza alle condizioni esistenti ovvero: al tipo di servizio, alla remuneratività della gestione, all'organizzazione del mercato, alle condizioni delle infrastrutture e delle reti e principalmente all'interesse della collettività.

Ai sensi del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, nel rispetto dei criteri previsti dall'art. 34, comma 20, la scelta dei modelli organizzativi dei servizi pubblici va effettuata dunque sulla base della reale situazione di fatto. Si prende come riferimento l'economicità della gestione, la parità tra gli operatori e l'adeguata informazione alla collettività. Ciò deve essere legato all'imprescindibile interesse dell'utente del servizio affinché ne fruisca nel miglior modo possibile e certamente alle condizioni più convenienti. Il nuovo assetto risulta inoltre ampiamente coerente con quanto, ancora oggi confermato dall'art. 112 del TUEL (d.lgs. 18 ottobre 2000 n. 267), il quale espressamente prevede che: "*Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*".

Preso atto che l'ordinamento, con il D.L. 18 ottobre 2012 n. 179 non aderisce a priori ad un'opzione organizzativa, tracciando piuttosto un percorso di adeguatezza alle condizioni esistenti, e che i servizi pubblici locali comprendono anche quelli resi agli utenti in modo meramente erogativo, che per loro natura non richiedono un'organizzazione di impresa in senso tecnico ed obiettivo come stabilito in una pronuncia del Consiglio di Stato; ne consegue che, per la classificazione tra servizi pubblici locali a rilevanza economica e non, deve farsi riferimento non tanto a definizioni giuridiche quanto pratiche e di natura eminentemente di fattibilità finanziaria: *“per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno si deve prendere in considerazione non solo la tipologia o la caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare a seconda della scelta dell'ente pubblico con o senza copertura dei costi) (8).*

Sempre ai fini della distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica e non, il Consiglio di Stato aveva già ritenuto in precedenza che è l'Ente a “qualificare” il servizio affermando che la rilevanza economica non dipende dalla sola capacità di produrre utili dal modulo gestionale, ma deriva dai vari elementi di sviluppo del contesto quali: “la struttura del servizio, le modalità di espletamento, gli specifici connotati economico-organizzativi, la disciplina normativa, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo” (9).

Questa sentenza, rafforzando le interpretazioni giurisprudenziali in precedenza assunte in ordine al riconoscimento della competenza esclusiva dell'Ente a determinare la qualificazione di un servizio pubblico locale come economicamente significativo o meno, afferma espressamente: *“la scelta delle modalità di erogazione e del regime giuridico, al quale le varie attività sono sottoposte, dipende, in definitiva, più da valutazioni politiche che dai caratteri intrinseci dei servizi”*.

In conclusione, può affermarsi che sono classificabili come servizi a rilevanza economica tutti quei servizi pubblici locali assunti dall'ente laddove la tariffa richiedibile all'utente sia potenzialmente in grado di coprire integralmente i costi di gestione e di creare un utile di impresa che non deve essere di modesta entità.

Per cui non hanno rilevanza economica quei servizi che, per obbligo di legge o per disposizione statutaria o regolamentare del Comune, prevedono o consentono l'accesso anche a fasce deboli non in grado di contribuire, laddove naturalmente questa sotto-contribuzione sia tale da compromettere una gestione

---

(8) Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5409 del 23 ottobre 2012.

(9) Consiglio di Stato, sentenza n. 6529 del 10 settembre 2010.



remunerativa del servizio e non sia possibile prevedere eventuali compensazioni economiche agli esercenti i servizi, nei limiti delle disponibilità di bilancio.

*3. Recenti interventi legislativi sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali: dall'art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 all'art. 4 del d.l. 13 agosto del 2011 n. 138 ed al decreto Milleproroghe "modifiche alla disciplina dei servizi pubblici locali".*

Prima del referendum del 12 e 13 giugno 2011, i servizi pubblici locali di rilevanza economica avevano raggiunto un quadro normativo piuttosto delineato, la cui fonte si rinveniva da una parte nell'art. 23 bis del d.l. 25 giugno del 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008 n. 133, e successive modificazioni; dall'altra nel regolamento di attuazione approvato con d.p.r. 7 settembre 2010 n. 168.

Prima dell'abrogazione referendaria, l'art. 23 bis, già modificato dal d.l. 25 settembre 2009 n. 135 aveva inteso favorire la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte di più soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica.

La norma, quindi, limitava i casi di affidamento diretto della gestione, consentendo la gestione *in house* soltanto in presenza di situazioni del tutto eccezionali che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato.

In particolare, l'art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 prevedeva tre forme di conferimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: le prime due "ordinarie" e sostanzialmente equiparate, la terza "straordinaria", possibile in presenza di situazioni eccezionali.

La norma prevedeva che l'affidamento avvenisse in via ordinaria mediante procedure competitive ad evidenza pubblica a favore delle società di capitali, ma, più in generale, degli imprenditori o società in qualunque forma costituite. Come ulteriore ipotesi di conferimento della gestione "in via ordinaria" del tutto equiparata alla precedente, la norma stabiliva l'affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenisse mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali avessero ad oggetto, al tempo stesso la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio fosse attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

In deroga alle modalità di affidamento ordinario appena menzionate, l'art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 prevedeva che per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettevano un efficace ed utile ricorso al mercato, l'affidamento potesse avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che avesse i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house* e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di

controllo analogo sulla società e di destinazione prevalente dell'attività.

Sull'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 è intervenuta un'importante sentenza della Corte Costituzionale: la n. 325 del 5 ottobre 2010.

Con tale pronuncia la Consulta ha ritenuto compatibili con l'ordinamento comunitario le limitazioni introdotte dal legislatore statale all'affidamento "in house" ed ha respinto ogni dubbio di legittimità costituzionale.

In specie, la Corte Costituzionale, disattendendo la tesi prospettata da numerose Regioni che avevano impugnato l'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, non accettando un'etero-determinazione da parte del legislatore statale nella materia dei servizi pubblici locali secondo le stesse Regioni rientrate nella competenza residuale regionale ex art. 117 quarto comma cost., ha ribadito che la disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ivi compreso il servizio idrico non può che rientrare nell'esercizio della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 117 secondo comma lett.e) Cost. (a differenza dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica che rientrano nella competenza organizzativa di regioni ed enti locali).

Più nel dettaglio la Corte ha ribadito che l'affidamento senza gara è un'eccezione e non la regola del diritto europeo, che vede nella pubblica gara il naturale mezzo per individuare il gestore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Il giudice delle leggi, escludendo espressamente che l'art. 23 *bis* costituisse applicazione necessitata del diritto dell'unione europea, ha affermato che esso integra solo una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare il primo comma dell'art. 117 Cost.

La Corte, nella pronuncia *de qua*, ha altresì precisato che l'introduzione di regole concorrenziali più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea non è imposta dall'ordinamento comunitario, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., ma neppure si pone in contrasto con la normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri.

L'unica censura regionale accolta dal giudice delle leggi ha riguardato il comma 10, lett. a) del citato art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, dichiarato incostituzionale limitatamente alle parole "*l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti dei servizi pubblici locali al patto di stabilità interno*", in quanto la specifica prescrizione, concernente il patto di stabilità impatta su di un ambito di competenza concorrente (il coordinamento della finanza pubblica, ex art. 117 terzo comma cost.) ed esula, quindi, dalla tutela della concorrenza. Così che la disposizione andava introdotta con fonte di rango primario e non regolamentare, per il divieto previsto dall'art. 117, sesto comma, della Cost.

3.1 *L'iniziativa referendaria e la sentenza della Corte Costituzione del 26 gennaio 2011, n. 24. L'esito del referendum e la disciplina applicabile.*

L'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, nonostante la pronuncia della Corte Costituzionale, è stato nuovamente oggetto di nuove censure.

A tal riguardo, la Consulta, con la sentenza del 26 gennaio del 2011 n. 24, ha dichiarato ammissibile il quesito referendario diretto all'abrogazione dell'art. 23 *bis* del d.l. del 25 giugno del 2008 n. 112.

In specie, l'iniziativa referendaria, che si concretizzava nell'elaborazione anche di altri due quesiti dichiarati però inammissibili dalla Corte Costituzionale, riguardava essenzialmente il servizio idrico. A seguito dell'esito referendario, formalizzato con il d.p.r. 18 luglio del 2011 n. 113, l'art. 23 *bis* venne abrogato (con efficacia "ex nunc") a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione del decreto stesso nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

L'abrogazione dell'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 ha comportato, conseguentemente, la caducazione, con effetto abrogante con la medesima decorrenza, del regolamento approvato con d.p.r. 7 settembre del 2010 n. 168 adottato sulla base della norma di delega contenuta nel comma 10 del medesimo articolo.

Dall'abrogazione del citato art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 è conseguita l'applicazione immediata, nell'ordinamento italiano, della normativa comunitaria.

In particolare, i principi comunitari consentono che l'affidamento dei servizi pubblici possa avvenire secondo tre diverse modalità.

La prima è la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione. La seconda è il modello della c.d. gara a doppio oggetto, riguardante sia la qualità di socio che la gestione del servizio in cui la società viene costituita per una specifica missione in base ad una gara che ha ad oggetto la scelta del socio e l'affidamento della specifica missione (10).

Il terzo è il modello dell'affidamento *in house* da ritenersi ammissibile, venuto meno l'art. 23 *bis*, senza i limiti e le condizioni previste dalla legge nazionale.

Tre modelli di gestione, quindi, tendenzialmente coincidenti con quelli già previsti dall'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 appena abrogato.

Le principali differenze riguardano il venir meno delle previsioni di limiti previsti al modello dell'*in house*, (che nel diritto comunitario non sembra essere un modello eccezionale) e il venir meno dei limiti percentuali di partecipazione pubblica o privata in caso di gara a doppio oggetto.

Vengono meno, infine, le disposizioni del regolamento di cui al d.p.r. n. 168 del 7 settembre 2010, tra cui di rilievo quelle "*sui puntuali criteri per la*

---

(10) Corte di Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, procedimento C-196/08, *Acoset SPA*.

*disciplina delle gare, comprese quelle a doppio oggetto in tema di società miste; sulle cause di incompatibilità tra le funzioni di affidamento e di regolazione dei servizi pubblici e quelle di gestione; sull'obbligo per le società in house e miste di seguire procedure concorsuali nelle assunzioni di personale”.*

Rimangono valide le discipline di settore inerenti la distribuzione del gas e dell'energia elettrica, il trasporto ferroviario regionale e la gestione delle farmacie comunali, già escluse dall'applicazione dell'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

### *3.2 La disciplina introdotta dall'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138.*

Successivamente all'abrogazione dell'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno del 2008 n. 112 è entrato in vigore l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, rubricato “*Adeguamento della disciplina dei servizi locali al referendum popolare e alla Normativa dell'Unione Europea*” e contenente la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica introdotta dal legislatore per colmare il vuoto normativo verificatosi dopo l'abrogazione referendaria; disciplina che è stata successivamente ritoccata dall'art. 9 della legge 12 novembre 2011 n. 183 (legge di stabilità 2012).

La norma in questione, riprendendo il contenuto dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, oggetto di referendum abrogativo, è stata a sua volta censurata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 199 del 2012.

Rispetto all'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 che si ispirava al principio della “*concorrenza per il mercato*”, il citato art. 4 del d.l. 13 agosto 2001, n. 138 si ispirava al principio della “*concorrenza nel mercato*”. La regola, non era più l'attribuzione di un diritto di esclusiva ad un soggetto scelto mediante gara (appunto concorrenza per il mercato), ma la liberalizzazione dell'attività di gestione, secondo un modello in base al quale ogni operatore economico interessato poteva provvedere ad erogare il servizio.

Secondo il sistema previsto dall'art. 4 del d.l. 13 agosto 2001 n. 138, l'attribuzione, previa gara, di un diritto di esclusiva era un'eccezione cui si poteva ricorrere soltanto qualora la possibilità di una gestione concorrenziale fosse stata ritenuta non possibile.

La nuova norma, al comma 1, obbligava gli enti locali a verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, attraverso la liberalizzazione di tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risultasse idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Si trattava di un adempimento obbligatorio che l'ente locale doveva fare prima di procedere con la riorganizzazione di qualsiasi servizio locale e successivamente con cadenza periodica.

A tal fine, doveva essere approvata da parte dell'organo competente una delibera, la quale doveva essere adeguatamente pubblicizzata, trasmessa all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e contenere l'illustrazione puntuale della verifica compiuta e, in particolare nei casi in cui si escludeva la liberalizzazione le ragioni della decisione ed i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio per come previsto e disciplinato dai commi 2 e 4 dell'art. 4 del d.l. 13 agosto del 2011 n. 138.

Un altro nodo da sciogliere era l'opportunità di esternalizzare con gara contestualmente più servizi pubblici, ma a condizione che derivasse un vantaggio economico da tale scelta.

La legge *de qua* era per la realizzazione della concorrenza nel mercato, ossia di un processo di liberalizzazione delle attività economiche, il quale ha come contraltare l'eliminazione dei diritti di esclusiva. Si tratta di diritti da attribuire, realizzando la concorrenza per il mercato e quindi previa procedura competitiva ad evidenza pubblica.

Al comma 8 dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 si stabiliva che, nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intendesse procedere all'attribuzione dei diritti di esclusiva, il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali dovesse avvenire in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali dei contratti pubblici (principi di economicità, di imparzialità, di trasparenza, di adeguata pubblicità, di non discriminazione, di parità di trattamento, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità).

Le medesime procedure dovevano essere indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore, o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

I commi 6 e 7 dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 chiarivano, rispettivamente, che l'attribuzione dei diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione dei servizi pubblici locali non comportava per i terzi il divieto di produzione dei medesimi servizi per uso proprio ai sensi dell'art. 9 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e che i soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendessero svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui erano titolari di diritti di esclusiva, fossero soggetti alla disciplina prevista dall'art. 8 commi 2 *bis* e *quater* della legge 1 ottobre 1990 n. 287.

Il comma 12 dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 confermava la possibilità di affidare il servizio pubblico locale ad una società mista previa gara con doppio oggetto.

A tal riguardo, il comma 12 del suddetto decreto, al fine di promuovere e

proteggere l'assetto concorrenziale, indicava alcune prescrizioni specifiche per il bando di gara o la lettera di invito concernenti la c.d. "gara a doppio oggetto", con la precisazione che al socio privato dovesse essere conferita una partecipazione alla società mista pubblica e privata non inferiore al 40 per cento.

Il comma 13 dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, in deroga alla procedura competitiva ad evidenza pubblica, consentiva l'affidamento in favore di società *in house* a capitale interamente pubblico e in presenza di requisiti richiesti dall'ordinamento europeo, solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento fosse pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, senza la previsione di ulteriori limiti o condizioni.

Questo implica che, al di sotto di tale soglia, gli enti potevano gestire un servizio pubblico di rilevanza economica in regime di autoproduzione.

Il comma 15 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 prevedeva che le società "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie dei servizi pubblici locali, applicassero le disposizioni del codice dei contratti pubblici per l'acquisto dei beni e servizi.

Infine il comma 17 stabiliva, con specifico riguardo all'assunzione del personale, che le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottassero, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui all'art. 35, comma 3 del d.lgs. del 30 marzo 2001 n. 165 prevedendo altresì il divieto di reclutare personale e conferire incarichi fino all'adozione dei predetti atti. Tale disposizione non si applicava alle società quotate nei mercati regolamentati.

Con la sentenza n. 199 del 2012, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. 13 agosto del 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo) per violazione dell'art. 75 Cost., ripristinando la situazione precedente.

Affermava la Corte Costituzionale che la nuova disciplina avrebbe riprodotto la norma oggetto dell'abrogazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011 (art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno del 2008 n. 112) e parti significative delle norme di attuazione della medesima, di cui al d.p.r. 7 settembre del 2010 n. 168, recando una disciplina che rende ancor più limitate le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* di quasi tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, in violazione appunto del divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria, di cui all'art. 75 Cost.

Secondo la Corte Costituzionale, l'art. 4 del d.l. 13 agosto del 2011, n. 138 da una parte rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita in via generale l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bi-

sogni della Comunità (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23 bis comma 3 del d.l. 25 giugno del 2008, n.112 ma la vincola anche al rispetto di una soglia commisurata al valore degli stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel termine originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti.

Tale effetto si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, ed anche, in linea con l'abrogato art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto ed in fatto, la "speciale missione" dell'ente pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 106 del TFUE, alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del c.d. "controllo analogo" ed infine dalla dedizione prevalente in favore dell'aggiudicante.

Inoltre, nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato, secondo il giudice delle leggi, risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto all'abrogato art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno del 2008 n. 112 e l'identità della *ratio* ispiratrice.

In conclusione merita precisare che per effetto della sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale, ritorna quel vuoto che aveva caratterizzato la fase tra l'abrogazione referendaria del giugno del 2012 e l'emanazione del d.l. 13 agosto 138 del 2011, n. 138.

Trovano nuovamente applicazione i principi comunitari che consentono l'affidamento dei servizi pubblici secondo tre modalità. La prima mediante procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del gestore. La seconda mediante il modello della gara a doppio oggetto (per l'individuazione del socio ed il contestuale affidamento del servizio), che ora potrà avvenire senza le condizioni e i limiti previsti dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011. La terza, l'affidamento *in house*, anche utilizzabile senza i limiti e le condizioni previsti dalla legge nazionale.

Dopo questa storica pronuncia, torna a parlarsi di servizi pubblici locali prima con l'art. 34, c. 20 e 21 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 e successivamente con la legge 27 febbraio 2014, n. 15 (con la quale è stato convertito il Decreto Milleproroghe - D.L. 30 dicembre 2013 n. 150).

L'art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 prevedeva al comma 20 *“Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza*

*dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento pre-scelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”.*

Al comma 21 dell'art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 si stabiliva che *“Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013”.*

Successivamente, il d.l. n. 150 del 31 dicembre 2013, convertito in legge 27 febbraio 2014 n. 15, con l'art. 13 comma 1, ha previsto che *“In deroga a quanto previsto dall'articolo 34, comma 21 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, al fine di garantire la continuità del servizio, laddove l'ente responsabile dell'affidamento ovvero, ove previsto, l'ente di governo dell'ambito o bacino territoriale ottimale e omogeneo abbia già avviato le procedure di affidamento pubblicando la relazione di cui al comma 20 del medesimo articolo, il servizio è espletato dal gestore o dai gestori già operanti fino al subentro del nuovo gestore e comunque non oltre il 31 dicembre 2014”.*

Al fine di *“salvare”* dalla cessazione i numerosi affidamenti non conformi e non suscettibili di adeguamento, con il Decreto Milleproroghe (d.l. 30 dicembre 2013 n. 150) si è, per l'appunto, inteso derogare al citato art. 34, senza tuttavia limitarsi a prorogare al 31 dicembre 2014 il termine ivi previsto del 31 dicembre 2013.

Pertanto, il legislatore invece di introdurre una ennesima e prevedibile proroga, ormai consueta nel settore dei servizi pubblici locali, ha introdotto nuove disposizioni che si intrecciano con la esistente disciplina in tema di ATO (ambito territoriale ottimale) e prevedono una vera e propria deroga a quanto previsto dal comma 21 dell'art. 34 cit.

Con specifico riguardo al comma 2 dell'art. 13 della legge 27 febbraio 2014 n. 15, a tenore del quale *“la mancata istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ai sensi del comma 1 dell'articolo 3-bis del decreto-legge del 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011 n. 148, ovvero la mancata deliberazione dell'affidamento entro il termine del 30 giugno 2014, comportano l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Prefetto competente per territorio, le cui spese sono a carico dell'ente inadempiente, che provvede agli adempimenti necessari al completamento della procedura di affidamento entro il 31 dicembre 2014”;*



pertanto, pare si possa ritenere, al fine di tentare un coordinamento con il precedente comma, che il duplice obbligo di definire gli ATO e i relativi enti d'ambito e di deliberare l'affidamento entro il 30 giugno 2014 o al più tardi entro il 31 dicembre 2014, riguardi proprio gli affidamenti non "conformabili" alla normativa comunitaria (lett. c). Per tali affidamenti, non essendo possibile rimuoverne la contrarietà alla norme europee, si deve, per l'appunto, dare corso alle procedure di gara (e quindi inevitabilmente e prioritariamente alla determinazione degli enti d'ambito o bacino territoriale ottimale, per legge competenti all'affidamento: la locuzione "ovvero" in questo caso confonde).

Ebbene, ritenendo che l'ambito del comma 2 dell'art. 13 della legge 27 febbraio 2014 n. 15, si riferisca a tutti gli affidamenti in essere o comunque a tutti quelli non conformi ma suscettibili di adeguamento (fase transitoria), si perverrebbe al risultato di aggiungere alla "condizione" dell'adeguamento alla normativa comunitaria (richiesta dall'art. 34 comma 21 D.L. 18 ottobre 2012 n. 179) l'ulteriore condizione dell'adeguamento alla normativa nazionale sugli ATO (ossia all'art. 3-bis D.L. n. 138 del 13 agosto 2011), norma quest'ultima pensata però per la fase "a regime", ossia per i nuovi affidamenti.

In conclusione, è opportuno evidenziare che il citato art. 13 del decreto legge del 30 dicembre 2013 n. 150, è stato richiamato in recentissime delibere di affidamento per giustificare l'inerzia o il tardivo "adeguamento".

In base alla nuova formulazione dell'art. 13 pare possibile ritenere che:

- rientrano nell'ambito applicativo della deroga di cui al comma 1 dell'art. 13 del decreto legge del 30 dicembre 2013 n. 150 (e quindi beneficiano dello slittamento al 2014 degli adempimenti richiesti dall'art. 34, comma 21 cit. e della prosecuzione delle gestioni in essere) anche tutti i casi in cui si sia in presenza di affidamenti non conformi al diritto comunitario e non siano stati ancora determinati gli ambiti territoriali ottimali e/o non sia stato istituito un ente d'ambito o bacino; è necessario tuttavia che siano state già avviate le procedure di affidamento dei servizi;

- gli enti affidanti possono provvedere, qualora non l'abbiano già fatto, all'adeguamento degli affidamenti non conformi al diritto comunitario ed al diritto nazionale, pubblicando la relazione di cui all'art. 34, comma 21, D.L. 18 ottobre 2012 n. 179 entro il più lungo termine del 31 dicembre 2014 (in luogo del termine decorso del 31 dicembre 2013).

Ad una più attenta analisi del quadro normativo sembra allora possibile individuare tre tipi di affidamenti:

a) affidamenti conformi alla normativa europea (non rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 13), per i quali siano stati espletati gli adempimenti di cui al comma 20 dell'art. 34 ovvero che, se inizialmente non conformi, siano stati "adeguati" alla normativa comunitaria entro il 31 dicembre 2013; questi ultimi non dovrebbero ritenersi assoggettati al termine del 31 dicembre 2014, ma al termine previsto nel contratto o negli altri atti regolatori del rapporto;

b) affidamenti non conformi alla normativa europea e suscettibili di adeguamento, ai quali - sia pure con qualche forzatura - si potrebbe applicare il comma 1 dell'art. 13 per consentire l'adeguamento entro il più lungo termine del 31 dicembre 2014, evitando così la cessazione *ex lege* (comma 3, art. 13 cit.);

c) affidamenti non conformi alla normativa europea e non suscettibili di adeguamento, ai quali si applica propriamente l'art. 13. Si tratta di affidamenti per i quali, a causa della contrarietà alla normativa comunitaria, non sia possibile provvedere all'adeguamento con apposita relazione e quindi neppure alla indicazione della data di scadenza nel contratto o in altro atto regolatorio (ad esempio, gli affidamenti diretti non aventi i requisiti per l'*in house* comunitario). Tali affidamenti sarebbero dovuti cessare al dicembre 2013 ma sono mantenuti in vita per effetto del Decreto Milleproroghe, al fine di evitare interruzioni del servizio pubblico, fino, al massimo, al 31 dicembre 2014, alla condizione che sia stata avviata la messa a gara o comunque il nuovo affidamento dei relativi servizi.

Alla base del Decreto Milleproroghe (d.l. 30 del dicembre 2013 n. 150 vi è probabilmente la consapevolezza della ampia inosservanza di entrambe le norme sopra richiamate (ossia l'art. 34, comma 21, cit. e l'art. 3 *bis* cit., tanto da suscitare l'intervento del legislatore prima con il "Decreto Milleproroghe" e poi con la conversione dello stesso) e quindi della necessità di imporne l'attuazione. Da tale buon intento origina, tuttavia, una ennesima sovrapposizione di piani, senza un coordinamento soddisfacente (11).

#### 4. Brevi considerazioni sui rifiuti urbani e il loro impatto sull'ambiente.

Nell'ambito dei servizi pubblici locali, i rifiuti occupano un posto d'eccezione nella gerarchia d'importanza delle problematiche globali dell'ambiente.

Ci sono poi particolari categorie di rifiuti cosiddetti "*urbani e industriali*" che rivestono una posizione chiave dal momento che, date le dimensioni volumetriche in gioco, le moderne società industriali sono inadeguate a fronteggiare le conseguenze che l'inquinamento ambientale sta provocando in danno delle presenti e future generazioni.

C'è chi ha autorevolmente osservato (12) che la problematica dell'inquinamento del suolo connessa ai rifiuti solidi urbani è pari quasi a quella dell'inquinamento atmosferico (si pensi che circa 32,5 milioni in Italia e 2,4 milioni solo in Veneto sono le tonnellate di rifiuti solidi urbani prodotti dalle famiglie e dal commercio). Oltre 130 milioni sono invece le tonnellate dei rifiuti solidi speciali prodotti, di cui 52 milioni per residui inerti da costruzioni,

(11) *Conversione del Decreto Milleproroghe: modifiche alla disciplina dei servizi pubblici locali* di F. SCURA, 13 marzo 2014 in *Diritto dei servizi pubblici locali*.

(12) AMEDEO LEVORATO in *La Regolazione ed il controllo dei servizi di gestione dei rifiuti urbani, Buone pratiche di regolazione* a cura di ANDREA ATZORI, PIETRO BARONI, AMEDEO LEVORATO e ANNA MORETTO, Ed. 2010, pag. 9.

73 milioni classificati come non pericolosi e 9 milioni considerati pericolosi.

In Italia, i rifiuti finiscono per un quarto in raccolta differenziata merceologica (carta, plastica, vetro, ferro e alluminio), il resto in 250 discariche e in 50 inceneritori autorizzati.

Sebbene gli attuali orientamenti politici siano indirizzati alla chiusura delle discariche, tuttavia si registrano, soprattutto al Sud Italia, ancora molte discariche abusive, spesso oggetto di incendi incontrollati con liberazione di fumi tossici. Gli inceneritori (o ammortizzatori), invece, sono in aumento perché le loro tecnologie sono più sicure e vengono monitorate soprattutto dalle aziende pubbliche, attente al rispetto dei livelli di tutela sanitaria ed ambientale nei confronti dei cittadini.

La gestione del ciclo integrato dei rifiuti, oltre che un ambizioso traguardo di sicurezza e tutela ambientale, rappresenta, quindi una componente economica e finanziaria molto rilevante nel settore dei servizi pubblici locali (13). Soprattutto, a seguito della vicenda che aveva interessato la regione Campania nel 2007, la Corte di Giustizia, con la sentenza del 16 luglio 2015 (14) ha condannato l'Italia a una maxi multa da 20 milioni di euro per non aver rispettato la normativa europea sui rifiuti in Campania.

---

(13) Nel 2007 secondo i dati ISPRA - APAT, i Comuni italiani hanno speso 7,8 miliardi di euro, in media 131 euro per abitante, per sostenere la spesa della raccolta, spazzamento, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani, con una copertura complessiva dei costi tramite tariffa e tassa pari al 90%. Il restante 10 % è stato sostenuto dai Comuni medesimi, o da interventi straordinari dello Stato. Nel corso dell'ultimo decennio, l'adozione della Tariffa di igiene ambientale intesa come prestazione di servizio e quindi soggetta ad Iva, ha progressivamente escluso i costi ed i ricavi dai bilanci comunali, per trasformarli in prestazioni di servizi.

(14) Sentenza Corte di Giustizia Europea in causa C- 653/13 del 16 luglio 2015.

La direttiva relativa ai rifiuti ha l'obiettivo di proteggere la salute umana e l'ambiente. Gli Stati membri hanno il compito di assicurare lo smaltimento e il recupero dei rifiuti, nonché di limitare la loro produzione, in particolare promuovendo tecnologie pulite e prodotti riciclabili e riutilizzabili. Essi devono in tal modo creare una rete integrata ed adeguata di impianti di smaltimento, che consenta all'Unione nel suo insieme e ai singoli Stati membri di garantire lo smaltimento dei rifiuti.

L'Italia ha trasposto la direttiva «rifiuti» nel 2006 e, per quanto riguarda la regione Campania, una legge regionale ha definito 18 zone territoriali omogenee in cui si doveva procedere alla gestione e allo smaltimento dei rifiuti urbani prodotti nei rispettivi bacini.

In seguito ad una situazione di crisi nello smaltimento dei rifiuti manifestatasi nella regione Campania nel 2007, la Commissione ha proposto un ricorso per inadempimento contro l'Italia, imputandole la mancata creazione, in quella regione, di una rete integrata ed adeguata di impianti atti a garantire l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti sulla base del criterio della prossimità geografica. La Commissione riteneva infatti che tale situazione rappresentasse un pericolo per la salute umana e per l'ambiente.

Con una sentenza del 4 marzo 2010, la Corte ha constatato che l'Italia, non avendo adottato, per la regione Campania, tutte le misure necessarie per assicurare che i rifiuti fossero recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza recare pregiudizio all'ambiente e, in particolare, non avendo creato una rete adeguata ed integrata di impianti di smaltimento, era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva 2006/12.

Nell'ambito del controllo dell'esecuzione della sentenza della Corte, la Commissione è giunta alla conclusione che l'Italia non ha garantito un'attuazione corretta della prima sentenza. La Commissione riferisce che tra il 2010 e il 2011 sono stati segnalati più volte problemi di raccolta dei rifiuti in Campania,

Il governo del ciclo integrato dei rifiuti è cresciuto in vent'anni, di pari passo con le esigenze dello sviluppo urbano, territoriale e tecnologico, attraverso un insieme di normative nazionali e regionali di riferimento. Tra i più importanti interventi normativi va ricordato il decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22) che ha introdotto la gestione obbligatoria dei rifiuti territoriali e il decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152.

Caratteri dominanti della normativa sono stati il principio “*chi inquina paga*”, mutuando dalla UE la progressiva crescita della raccolta differenziata con destinazione al recupero e reimpiego delle frazioni differenziate e la termovalorizzazione.

---

che si sono conclusi con l'accumulo per diversi giorni di tonnellate di rifiuti nelle strade di Napoli e di altre città della Campania. Inoltre, in detta regione si è accumulata una grande quantità di rifiuti storici (sei milioni di tonnellate di «ecoballe»), che deve ancora essere smaltita, il che richiederà verosimilmente un periodo di circa quindici anni.

Inoltre, la Commissione stima che, alla scadenza del termine impartito per l'esecuzione della sentenza (15 gennaio 2012), le capacità mancanti di trattamento dei rifiuti per categoria di impianti ammontavano a 1 829 000 tonnellate per le discariche, a 1 190 000 tonnellate per gli impianti di termovalorizzazione e a 382 500 tonnellate per gli impianti di trattamento dei rifiuti organici. Allo stesso modo, persistevano carenze strutturali in termini di impianti di smaltimento dei rifiuti, indispensabili nella regione Campania. Pertanto, ritenendo non soddisfacente la situazione, la Commissione ha proposto un nuovo ricorso per inadempimento contro l'Italia, chiedendo alla Corte di constatare il mancato rispetto della sua prima sentenza del 2010. Nell'ambito di questo nuovo ricorso per inadempimento, la Commissione chiede che la Corte condanni l'Italia a pagare una somma forfettaria giornaliera di EUR 28 089,60 per il periodo compreso tra la sentenza del 2010 e la sentenza odierna, nonché una penalità, eventualmente a carattere degressivo, di EUR 256 819,20 per ciascun giorno di ritardo nell'attuazione della sentenza del 2010, a partire dalla sentenza odierna.

Nella sua sentenza, la Corte constata che l'Italia non ha correttamente eseguito la sentenza del 2010 e la condanna a pagare, da un lato, una penalità di EUR 120 000 per ciascun giorno di ritardo nell'attuazione della sentenza del 2010 (penalità dovuta a far data da oggi) e, dall'altro, una somma forfettaria di EUR 20 milioni.

La Corte convalida gli argomenti della Commissione, in particolare per quanto riguarda il problema dell'eliminazione delle «ecoballe» e il numero insufficiente di impianti aventi la capacità necessaria per il trattamento dei rifiuti urbani nella regione Campania. La Corte sottolinea inoltre che, tenuto conto delle notevoli carenze nella capacità della regione Campania di smaltire i propri rifiuti, è possibile dedurre che una siffatta grave insufficienza a livello regionale può compromettere la rete nazionale di impianti di smaltimento dei rifiuti, la quale cesserà così di presentare il carattere integrato e adeguato richiesto dalla direttiva. Ciò può compromettere seriamente la capacità dell'Italia di perseguire l'obiettivo dell'autosufficienza nazionale nello smaltimento dei rifiuti.

La Corte constata poi che l'inadempimento addebitato all'Italia si è protratto per più di cinque anni, il che costituisce un periodo considerevole. Poiché dunque l'Italia non ha attuato correttamente la sentenza del 2010, la Corte decide di infliggerle una penalità giornaliera e una somma forfettaria, in quanto dette sanzioni finanziarie costituiscono un mezzo appropriato al fine di garantire l'esecuzione integrale della prima sentenza.

Per quanto riguarda la penalità giornaliera di EUR 120 000, questa è suddivisa in tre parti, ciascuna di un importo giornaliero di EUR 40 000, calcolate per categoria di impianti (discariche, termovalorizzatori e impianti di trattamento dei rifiuti organici). Quanto alla somma forfettaria di EUR 20 milioni, la Corte tiene conto, ai fini del calcolo della stessa, del fatto che un inadempimento dell'Italia in materia di rifiuti è stato constatato in più di 20 cause portate dinanzi alla Corte. Orbene, una simile reiterazione di condotte costituenti infrazione da parte di uno Stato membro in un settore specifico dell'azione dell'Unione può richiedere l'adozione di una misura dissuasiva, come la condanna al pagamento di una somma forfettaria.

L'approccio ad una soluzione moderna ed innovativa del problema dei rifiuti non è stato un risultato certamente omogeneo a livello nazionale, soltanto nel Nord Italia, infatti, questi obiettivi sono stati perseguiti con esito positivo.

Il problema da superare per avere un'efficiente gestione e smaltimento dei rifiuti è legato alla natura del rapporto tra enti locali ed aziende di gestione.

Questo rapporto, almeno nel Nord Italia, ha funzionato ed ha portato ad un maggiore successo delle operazioni di organizzazione del ciclo dei rifiuti. In questo contesto, particolare importanza è stata assunta dai cosiddetti Ambiti Territoriali Ottimali (ATO), previsti e disciplinati dall'art. 148 del d.lgs. 3 aprile del 2006 n. 152, su cui sono organizzati servizi pubblici integrati (ad esempio quello idrico e quello dei rifiuti), sui quali agiscono le Autorità d'ambito con funzione di controllo e di regolazione delle tariffe, della qualità della raccolta e degli impianti di smaltimento.

Nel corso del tempo, nella maggior parte delle regioni d'Italia, il processo di nascita e sviluppo degli ATO ha determinato una forte interazione e, spesso, "commistione" tra enti pubblici e Autorità d'ambito, creando un "trait d'union" tra l'attività industriale e l'esercizio contemporaneo di una problematica funzione di regolazione.

Successivamente il Parlamento, con riferimento alla gestione dei rifiuti ed in particolare alle Autorità d'ambito, il cui operato è stato contestato soprattutto nelle regioni meridionali, ha approvato una legge al fine di migliorarne la regolamentazione.

Con la legge 23 dicembre del 2009 n. 191, dopo il comma 186 è stato introdotto il comma 186 bis dell'art. 2 a tenore del quale "*Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità d'ambito territoriale di cui agli articoli 148 e 201 del decreto legislativo n. 152 del 2006 e successive modificazioni. Decorso lo stesso termine, ogni atto compiuto dalle Autorità d'ambito territoriale è da considerarsi nullo. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.*

*Le disposizioni di cui agli articoli 148 e 201 del citato decreto legislativo n. 152 del 2006 sono efficaci in ciascuna regione fino alla data di entrata in vigore della legge regionale di cui al periodo precedente. I medesimi articoli sono comunque abrogati decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge".*

Secondo la norma *de qua*, quindi, le regioni, entro un anno, avrebbero dovuto attribuire le funzioni esercitate dalle Autorità d'ambito idrici e dei rifiuti con criteri di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Ne consegue che, dopo questo intervento normativo, si dovranno individuare nuovi assetti che tengano conto delle prescrizioni normative del T.U. dell'Ambiente (d.lgs.3 aprile del 2006, n. 152) che consistono nell'organiz-

zazione dell'assetto della gestione dei servizi integrati a livello territoriale, nella garanzia di competitività nell'affidamento della gestione dei servizi, secondo quanto ultrattivamente previsto dall'art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, così come modificato dal d.l. del 26 settembre 2009 n. 135 (riforma dei servizi pubblici locali).

La *ratio* del d.l. 26 settembre 2009 n. 135 era la riduzione generale dei costi degli enti locali e della spesa pubblica (15).

*5. Nozioni introduttive dei rifiuti solidi urbani. Disciplina comunitaria nazionale e regionale.*

La definizione di rifiuto solido urbano è disciplinata dal codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile del 2006, n. 152) e più precisamente dalla sua quarta parte intitolata "*norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati*", si veda in particolare l'art. 184.

Detta disposizione in analisi disciplina la classificazione dei rifiuti, distinguendo tra rifiuti urbani e rifiuti speciali e, secondo le caratteristiche della pericolosità, tra rifiuti pericolosi e rifiuti non pericolosi.

Sono rifiuti urbani:

a) *I rifiuti domestici, anche ingombranti, provenienti da locali e luoghi adibiti ad uso di civile abitazione;*

b) *I rifiuti non pericolosi provenienti da locali e luoghi adibiti ad usi diversi da quelli di cui alla lettera a), assimilati ai rifiuti urbani per quantità e qualità, ai sensi dell'art. 198, comma 2, lettera g);*

c) *I rifiuti provenienti dallo spazzamento delle strade;*

d) *I rifiuti di qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico o sulle spiagge marittime lacuali e sulle rive dei corsi d'acqua;*

e) *I rifiuti vegetali provenienti da aree verdi, quali giardini parchi e aree cimiteriali;*

f) *I rifiuti provenienti da esumazioni ed estumulazioni, nonché gli altri rifiuti provenienti da attività cimiteriale diversi da quelli di cui alle lettere b) e) ed f).*

In definitiva, i rifiuti urbani sono definiti ricalcando di fatto la vecchia distinzione fissata dalla legge 20 marzo 1941 n. 366 tra "rifiuti interni e rifiuti esterni" (16).

---

(15) Va ricordata al proposito anche la norma di cui all'art. 2 della legge 29 dicembre 2009 n. 191, recante "disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello stato, o legge finanziaria del 2010" che al comma 186 lettera e) prevede l'obbligo per i Comuni di "sopprimere i consorzi di funzioni tra enti locali, facendo salvi i rapporti di lavoro a tempo indeterminato esistenti, con assunzione delle funzioni già esercitate dai consorzi soppressi e delle relative risorse e con successione ai medesimi consorzi di tutti i rapporti giuridici e ad ogni altro effetto".

(16) DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, 2003, 471.

Precisamente, i rifiuti provenienti dallo spazzamento delle strade disciplinati alla lett. c) dell'art. 184 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 e quelli di qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico o sulle strade marittime e lacuali e sulle rive dei corsi d'acqua di cui alla lettera d) dell'art. 184 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che nel sistema previgente erano "*considerati rifiuti urbani*" oggi, con l'entrata in vigore del codice dell'ambiente sono considerati rifiuti urbani a tutti gli effetti.

Anche le alghe appartengono, avendo caratteristiche organolettiche simili agli scarti vegetali, alla categoria dei rifiuti speciali assimilabili a quelli urbani (17).

Inoltre, in materia di rifiuti, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno individuato due specie di assimilabilità. La prima è un'assimilabilità *di tipo tecnologico*, che consente ai rifiuti speciali il conferimento nelle discariche destinate ai rifiuti urbani; l'altra è un'assimilabilità *di tipo giuridico*, che determina identità di disciplina fiscale amministrativa e penale tra la categoria dei rifiuti assimilati e quella dei rifiuti urbani. Il criterio dell'assimilabilità costituisce, dunque, una vera e propria "norma di chiusura" del sistema (18).

Ciò posto, per una corretta disamina dello studio dei rifiuti, è opportuno dare atto dell'evoluzione normativa che la materia dei rifiuti ha conosciuto nel corso degli ultimi trent'anni, dalla disciplina comunitaria a quella nazionale fino a quella regionale.

In passato, la materia dei rifiuti era disciplinata dalla legge 20 marzo 1941 n. 366 che, sebbene individuasse i fondamentali interessi pubblici presenti nella materia, era tuttavia limitata alla tematica dei rifiuti solidi urbani e non aveva avuto per alcuni punti essenziali concreta attuazione (19).

Rimaneva, quindi, il problema della copertura della materia per i rifiuti diversi da quelli urbani, materia che, prima della seconda fase dei trasferimenti delle funzioni alle Regioni, restava affidata agli strumenti normativi secondari e amministrativi previsti per la tutela dell'igiene pubblica a livello locale. Solo con il d.p.r. 24 luglio 1977 n. 616, di attuazione della delega di cui all'art. 1 della L. 22 luglio 1975, n. 382 all'art. 101, veniva configurato per la prima volta un settore di competenze relativo alla materia dei rifiuti sia urbani che industriali.

Successivamente, a seguito dell'emanazione ed attuazione di alcune direttive comunitarie in materia di rifiuti che trovano fondamento anche nell'esigenza di protezione connessa ai valori costituzionali primari, previsti e disciplinati dagli articoli 9 e 32 Cost., sono diventate operanti tre fonti normative: fonti comunitarie, fonti nazionali e fonti regionali.

---

(17) C. pen. 7 marzo 1995, n. 3997, R.g. amb. 96, 86.

(18) DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, 2003, 471.

(19) V. ONIDA, *I rifiuti solidi: profili istituzionali e normativi*, in AA.VV. *Rischio rifiuti*, Convegno nazionale a cura dell'Associazione comuni del Legnanese e della USL n. 70 di Legnano, 1988, pag. 35.

Già a partire dagli anni settanta, alcune direttive comunitarie (Direttive CEE 75/442 sui rifiuti, Direttiva CEE 76/403 sullo smaltimento dei policlorodifenili e policlorotrifenili e 78/319 sui rifiuti tossici e nocivi ) avevano indotto il legislatore nazionale ad emanare il d.p.r. 10 settembre 1982 n. 915 di attuazione delle tre direttive (CEE) sopra citate.

In tempi più recenti, a seguito di ulteriori interventi ad opera del legislatore comunitario (Direttiva CEE 91/156 sui rifiuti, Direttiva CEE 91/689 sui rifiuti pericolosi e Direttiva CEE 94/62 sugli imballaggi e rifiuti di imballaggi), è stato emanato il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (decreto Ronchi) che, insieme al codice dell'ambiente, costituisce la fonte principale di disciplina dei rifiuti.

In particolare, la direttiva n. 91/156 fornisce una definizione di rifiuto inteso come *“qualsiasi sostanza o oggetto che rientri nelle categorie riportate in allegato I e di cui il detentore si disfi o abbia deciso di disfarsi”* (20).

La finalità della direttiva rivolta agli Stati membri è quella di adottare le misure appropriate per promuovere *“in primo luogo la prevenzione o la riduzione della produzione o della nocività dei rifiuti; in secondo luogo il recupero dei rifiuti mediante operazioni di riciclo, di reimpiego, di riutilizzo o di ogni altra azione intesa a ottenere materie prime secondarie o l'uso di rifiuti come fonte di energia”* (art. 3).

Sotto il profilo operativo, tale direttiva obbliga gli Stati membri ad una serie di attività ed adempimenti quali, per esempio, l'individuazione di un preciso regime di competenze per attuare le disposizioni in materia (art. 6); l'istituzione di un sistema di pianificazione che, sulla base dell'analisi del tipo, quantità e origine dei rifiuti tenda a stimare i costi delle operazioni di smaltimento o recupero, o a localizzare i luoghi e gli impianti dello smaltimento; ancora un regime di autorizzazione per le imprese che effettuano operazioni di smaltimento e recupero, ai sensi degli artt. 9 e 10; infine la predisposizione di un sistema di iscrizione e controllo dei soggetti che esercitano lo smaltimento ed il recupero dei rifiuti (artt. 12 e 13).

Per tutto quanto il resto viene confermata l'applicazione per le attività di smaltimento dei rifiuti del principio *“chi inquina paga”*, secondo cui il costo dello smaltimento dei rifiuti deve essere sostenuto dal detentore che consegna i rifiuti ad un raccoglitore o ad un'impresa di cui all'art. 9.

In Italia, le direttive comunitarie in materia di rifiuti (Direttiva comunitarie 91/156/CEE sui rifiuti, Direttiva 94/62/CEE sugli imballaggi e rifiuti da imballaggi, Direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi) sono state recepite con il decreto legislativo 5 febbraio 1997 n. 22 e, successivamente, con il testo unico in materia ambientale, previsto e disciplinato dal d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152.

È opportuno a tal riguardo fare un breve *excursus* sul punto.

---

(20) Sono 16 le categorie dell'allegato I (ad esempio residui di produzione, prodotti fuori norma, prodotti scaduti, ecc.) la cui esemplificazione è tassativa e non tassativa.



Il decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22) era intervenuto con l'intento di semplificare il sistema delle fonti, prima caratterizzato dalla compresenza di molteplici leggi e disposizioni succedutesi nel corso del tempo.

Tuttavia, in ragione della complessità della materia e della sua evoluzione, il legislatore è intervenuto più volte dapprima con d.lgs. 8 novembre 1997, n. 389 (decreto Ronchi *bis*), poi con la legge 9 dicembre 1998, n. 426 (Ronchi *ter*) ed infine con la legge n. 31 luglio 2002 n. 179.

Soltanto nel 2006 è entrato in vigore il testo unico dell'ambiente emanato in attuazione della legge 15 dicembre 2004, n. 308, contenente la delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione.

I rifiuti sono disciplinati nella parte quarta del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (articoli da 177 a 266) contenente *disposizioni in materia di gestione dei rifiuti, di gestione degli imballaggi, di bonifica dei siti inquinati, del relativo sistema sanzionatorio e dei connessi compiti di vigilanza assegnati agli organi di controllo*.

Con riferimento alle fonti regionali, va rimarcato che le stesse erano già previste e contenute nel decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22), all'art. 1 comma 2 prima delle modifiche apportate dal successivo d.lgs. 8 novembre 1997 n. 389 e della modifica del titolo V della Costituzione (legge cost. 18 ottobre del 2001 n. 3). Ai sensi di questa disposizione "le Regioni a statuto ordinario regolano la materia disciplinata dal presente decreto nel rispetto delle disposizioni in esso contenute che costituiscono principi fondamentali della legge statale ai sensi dell'art. 117, comma 1 Cost".

La riforma costituzionale del 2001, ha chiarito una volta per tutte il dibattito sul "se" la tutela dell'ambiente rientri nella potestà legislativa concorrente regionale oppure nella potestà legislativa esclusiva dello Stato. Ai sensi dell'art. 117 comma 2 lett. s) cost. è previsto che la tutela dell'ambiente rientra tra le materie di legislazione esclusiva dello Stato.

Tuttavia merita sottolineare che, nonostante ciò, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, con la sentenza n. 407 del 2002 ha valorizzato e riconosciuto anche le competenze regionali in materia ambientale qualificando l'ambiente come "*materia trasversale*".

#### *6. Competenze statali, regionali, provinciali, comunali, delle Camere di Commercio e delle ASL in materia ambientale con particolare riferimento alla gestione dei rifiuti solidi urbani.*

A livello costituzionale le competenze statali e regionali in materia ambientale sono previste e disciplinate dall'art. 117 co. 2 lett. s).

A tal proposito merita precisare che, soltanto a seguito della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, avvenuta con la legge costituzionale 18 ottobre del 2001, n. 3, l'ambiente ha per la prima volta conosciuto una specifica menzione nella Carta Fondamentale, e precisamente nel novellato art. 117 Cost.

La nuova formulazione dell'art. 117 Cost. ribalta completamente l'impostazione precedente, dove erano indicate tassativamente le materie nelle quali le regioni potevano legiferare (in concorrenza con lo Stato) mentre in tutte le altre vi era potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Con la legge costituzionale del 18 ottobre del 2001, n. 3, sono elencate tassativamente le materie attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato (art. 117 co. 2 cost.) ed alla legislazione concorrente dello Stato e delle Regioni (art. 117 co. 3 cost.) mentre si afferma che spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata in base ai commi precedenti (art. 117 co. 4 cost.).

Si ha una competenza legislativa regionale e residuale che rispecchia la residualità delle funzioni amministrative regionali disciplinata dall'art. 1 della legge 15 marzo 1997 n. 59 (Bassanini 1) riconfermata dal d.lgs. n. 31 marzo 1998, n. 112 che ha dato attuazione alla legge stessa.

Secondo il principio di residualità, laddove non sia espressamente indicato altrimenti, una materia deve ritenersi oggetto di potestà legislativa da parte delle regioni.

Per quanto concerne la potestà regolamentare, l'art. 117 co. 6 cost. dispone che lo Stato la mantiene soltanto nelle materie in cui ha potestà legislativa esclusiva, mentre spetta alle Regioni la possibilità di intervenire con regolamento nelle materie concorrenti ed in quelle riconosciute di competenza regionale.

Più nel dettaglio, prima della suddetta riforma sull'art. 117 cost., sono stati emanati i decreti legislativi 5 febbraio 1997 n. 22, il decreto legislativo 8 novembre 1997 n. 389 ed il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, di definizione delle competenze in tema di gestione dei rifiuti tra Stato, Regioni, Province e Comuni e la ripartizione è avvenuta per materia. Alla competenza generale statale seguivano le competenze enumerate di Regioni ed enti locali.

Dopo la legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 che ha modificato anche l'art. 117 cost., la ripartizione delle competenze avviene non sul terreno della divisione per settori bensì sul terreno degli interessi.

Nella difficoltà di identificare e delimitare i confini di una "materia" in senso tecnico qualificabile come "tutela dell'ambiente", la Corte Costituzionale (21) ha precisato che l'ambiente nella sua unità rappresenta un valore costituzionalmente protetto, valore che, in quanto tale, conferisce alla materia una trasversalità necessaria in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, non solo statali, ma anche regionali, in relazione all'interesse perseguito.

---

(21) Corte Cost. sent. n. 407 del 2002; Corte Cost. sent. n. 322 del 2003; Corte Cost. sent. n. 307 del 2003; Corte Cost. sent. 312 del 2003; Corte Cost. sent. n. 259 del 2004; Corte Cost. sent. n. 108 del 2005; Corte Cost. sent. n. 108 del 2005; Corte Cost. sent. n. 135 del 2005; Corte Cost. sent. n. 214 del 2005; Corte Cost. sent. n. 398 del 2006; Corte Cost. sent. n. 303 del 2007.

In particolare allo Stato spettano le determinazioni degli obiettivi, delle priorità, degli indirizzi generali delle politiche di tutela ambientale che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale.

Detto ciò, allo Stato spetta il potere di fissare standard di tutela globali non limitati a singoli fenomeni circoscritti ed a singole realtà territoriali, di coordinare e ricondurre ad unità le diverse azioni di tutela, senza, tuttavia, escludere la competenza regionale in ordine alla tutela ambientale rivolta alla cura di interessi funzionalmente collegati al territorio di riferimento.

La Regione, pur non potendo intervenire per tutelare l'ambiente in via primaria, può, infatti disciplinare il settore nella misura in cui l'ambiente si intreccia con le materie di competenza regionale, in vista della protezione di interessi localizzati (22).

Con altre pronunce (23), la Corte Costituzionale ha precisato che le Regioni possono stabilire livelli più elevati di tutela ambientale, ma non al fine di tutelare l'ambiente, già salvaguardato dalla disciplina statale, ma di disciplinare adeguatamente ciò che è di loro competenza (24).

In questa logica, il contemperamento del valore ambiente con il valore autonomistico deve tradursi nell'espressione, da parte dello Stato che legifera in via esclusiva, di interventi normativi tali da garantire l'uniformità di tutela laddove l'interesse infranazionale della Repubblica lo richiede. L'oggettiva necessità di un interesse unitario che reclama l'intervento statale in via esclusiva deve tuttavia essere ancorata a precisi parametri di giudizio, al fine di evitare che la cooperazione tra Stato e Regioni in materia ambientale si tramuti, tramite il ricorso indiscriminato ad esigenze unitarie, in una esclusione di fatto delle autonomie locali dal governo del settore per i profili attinenti al territorio di riferimento.

A tal proposito, la Corte Costituzionale (25) ha affermato che lo Stato ha un interesse tanto rilevante, da indurre necessariamente a ritenere che la Regione non disponga dei poteri e dei mezzi adeguati ad un'ideale tutela di quel particolare interesse, acciocché l'apprezzamento statale sulla rilevanza dell'interesse unitario non comprima in modo ingiustificato le autonomie locali; che la natura dell'interesse sia tale da poter essere soddisfatto solo attraverso la disciplina di aspetti che esorbitano dalle competenze regionali; che l'interesse richieda l'adozione di provvedimenti così urgenti da poter essere rimessi all'intervento normativo delle Regioni.

---

(22) Corte Cost. sent. n. 536 del 2002; Corte Cost. sent. 322 del 2003; Corte Cost. sent. n. 307 del 2003; Corte Cost. sent. n. 312 del 2003; Corte Cost. sent. n. 259 del 2004; Corte Cost. sent. n. 108 del 2005; Corte Cost. Sent. n. 135 del 2005; Corte Cost. sent. n. 214 del 2005.

(23) Corte Cost. sent. n. 30 del 2009; Corte Cost. sent. n. 61 del 2009; Corte Cost. sent. n. 104 del 2009; Corte Cost. sent. n. 105 del 2009.

(24) Corte Cost. sent. n. 33 del 2011; Corte Cost. sent. n. 44 del 2001.

(25) Corte Cost. sent. n. 177 del 1988; Corte Cost. sent. n. 346 del 1990; Corte Cost. sent. n. 336 del 2005; Corte Cost. sent. n. 336 del 2003; Corte Cost. sent. n. 307 del 2003; Corte Cost. sent. n. 103 del 2006.

Nell'ambito della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema di competenza esclusiva statale, si colloca, ai sensi dell'art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione, la disciplina dei rifiuti.

Ai sensi di questo articolo, deve intendersi riservato allo Stato il potere di fissare livelli di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale, livelli minimi di tutela da intendersi come tutela adeguata e non riducibile secondo la Corte Costituzionale (26), restando ferma la competenza delle Regioni per la cura degli interessi ambientali (27).

Più nel dettaglio le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze sono tenute al rispetto della normativa statale, ma possono stabilire livelli di tutela più elevati per il raggiungimento dei propri fini in tema di tutela della salute, valorizzazione dei beni ambientali, governo del territorio.

A tal riguardo, stabilisce un'altra importante pronuncia della Corte Costituzionale (28) che se le competenze regioni incidono sull'ambiente, ciò avviene non nell'esercizio di competenze ambientali, ma nell'esercizio delle competenze loro attribuite dalla Costituzione.

È il principio dell'unitarietà della tutela che giustifica la competenza statale (già prevista e disciplinata dal d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, dal d.lgs. 8 novembre 1997 n. 389 e d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112) per diverse concorrenti motivazioni tra le quali si ricordano la definizione dei criteri generali e delle metodologie per la gestione integrata dei rifiuti; per la definizione delle linee guida per le attività di recupero energetico dei rifiuti nonché dei contenuti minimi delle autorizzazioni; per l'individuazione delle iniziative e delle misure per la prevenzione e la limitazione della produzione dei rifiuti; per l'individuazione dei flussi omogenei di produzione di rifiuti con più elevato impatto ambientale; per l'adozione di criteri generali per la redazione di piani di settore; per l'individuazione delle iniziative per favorire il riciclaggio; per la determinazione delle linee guida e dei criteri generali per la bonifica dei siti inquinati; per l'indicazione dei criteri generali relativi alle caratteristiche delle aree non idonee alla localizzazione degli impianti di smaltimento; per l'ado-

---

(26) Corte Cost. sent. n. 61 del 2009.

(27) Corte Cost. sent. n. 10 del 2009; Corte cost. sent. n. 249 del 2009; Corte Cost. sent. n. 244 del 2011.

(28) Corte Cost. sent. n. 61 del 2009. La sentenza n. 61/2009 è occasione per la Corte di tracciare una sintesi della propria giurisprudenza in materia di rifiuti. In primo luogo, il settore dei rifiuti è riconducibile alla competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente (già sent. n. 10/2009; sentenze n. 277 e 62/2008); di conseguenza le Regioni, nell'esercizio legittimo di loro competenze devono rispettare la normativa statale, potendo stabilire per il raggiungimento dei fini propri - livelli di tutela più elevati (già sentenze n. 104 e 105 del 2008). Così facendo, le discipline regionali possono incidere sul bene materiale "ambiente", ma non al fine di tutelarlo (in quanto già salvaguardato dalla disciplina statale) bensì al fine di disciplinare "adeguatamente" gli oggetti delle loro competenze. Inoltre la Corte chiarisce cosa debba intendersi per "standard minimi di tutela 'adeguata e non riducibile'. Ciò in estrema sintesi implica l'impossibilità per le Regioni di pervenire ad una modificazione della nozione di rifiuto".

zione di un modello uniforme del certificato di avvenuto smaltimento, dei registri di carico e scarico, nonché del modello e del formulario relativo al trasporto dei rifiuti di carico, di indicazione e adozione di norme tecniche, di adozione dei metodi per l'analisi dei rifiuti, di autorizzazione allo smaltimento nelle acque marine ed infine per individuazione dei rifiuti smaltibili direttamente in discarica e di individuazione dei rifiuti elettrici.

Nel codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n.152) le competenze statali, regionali, provinciali e comunali sono previste e disciplinate al capo II della parte IV, titolo I, agli artt. 195, 196, 197 e 198.

Nell'attuale quadro normativo, la definizione dei criteri generali da parte dello Stato, più volte richiamata dall'art. 195 del ricordato codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), è legittima nella misura in cui trova concreta espressione in interventi normativi statali tali da garantire uniformità di tutela, laddove e per quanto l'interesse unitario della Repubblica lo richieda, come più volte sottolineato dalla Corte Costituzionale.

Sorgerebbero invece dubbi sulla legittimità sulla locuzione utilizzata dall'art. 195 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, ove la sua esegesi tendesse a trasformare i suoi criteri generali in concreta azione legislativa attraverso prescrizioni stringenti e di dettaglio, senza che l'agire statale fosse sorretto da esigenze di garanzia di interessi non frazionabili.

Una volta soddisfatte le esigenze di uniformità di disciplina, la competenza esclusiva statale deve, secondo le indicazioni della legge delega, comporsi con l'intervento del legislatore regionale in vista della tutela di interessi localmente differenziati.

Le esigenze di uniformità devono, cioè, contemperarsi, alla luce del nuovo art. 117 Cost. con le istanze di differenziazione.

Sotto questa prospettiva, appaiono legittime non soltanto le già citate previsioni relative alla definizione dei criteri generali cui fanno seguito le specificazioni regionali, ma anche la previsione relativa all'attribuzione allo Stato della competenza ad individuare gli impianti di recupero e di smaltimento di preminente interesse nazionale, con l'intesa della Conferenza Unificata (29).

Trattandosi di impianti di preminente interesse nazionale, la valutazione relativa alla loro individuazione deve essere attribuita allo Stato in coerenza con il principio di sussidiarietà, in vista dell'obiettivo del soddisfacimento dell'esigenza unitaria di una dislocazione strategica dei medesimi impianti sul territorio nazionale. Il previsto coinvolgimento delle Regioni in sede di Conferenza Unificata consente al legislatore locale di partecipare alla determinazione degli impianti, attività che incide su competenze regionali attinenti al "governo del territorio e tutela della salute", in ordine alle quali spetta co-

---

(29) CERUTI, *Approvazione degli impianti per lo smaltimento dei rifiuti ed enti locali*, in R.g. amb. 96, 5, 657.

munque allo Stato dettare i principi fondamentali come puntualizzato dalla Corte Costituzionale (30).

Inoltre, con riferimento al *Catasto dei rifiuti*, previsto e disciplinato dall'art. 117 co. 2 lett. s), la Corte Costituzionale, nella pronuncia sopracitata rileva come detta norma intenda garantire la formazione di un quadro conoscitivo unitario e aggiornato dei quadri raccolti, anche ai fini della pianificazione dell'attività di gestione dei rifiuti. In tal senso, le funzioni svolte dal Catasto sono prodromiche alla fissazione di livelli uniformi di tutela dell'ambiente e di esclusiva competenza statale.

Lo stesso dicasi per il **piano di comunicazione e di conoscenza ambientale**, assegnando alla competenza dello Stato con riguardo al piano nazionale, con riserva alle Regioni della definizione dei piani di conoscenza e comunicazione locali.

Secondo la Corte Costituzionale, tale attribuzione non determina alcuna lesione delle sfere di competenza regionale, in quanto non impedisce alle Regioni di predisporre propri piani territoriali sulla base dei quali lo Stato può provvedere a definire, nel rispetto delle attribuzioni regionali, un adeguato piano nazionale.

Con riferimento all'attribuzione allo Stato del compito di determinare i **criteri generali differenziati per i rifiuti urbani e per i rifiuti speciali** ai fini dell'elaborazione dei piani regionali dei rifiuti nonché le linee guida per gli ambiti territoriali ottimali, occorre ricordare che già l'art. 18 co. 1 lett. i) del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 attribuiva la competenza allo Stato.

Per la Corte Costituzionale (31), tale attribuzione risponde all'esigenza di individuare i criteri generali in modo uniforme ed omogeneo sul territorio nazionale, tenendo conto delle competenze regionali in tema di governo del territorio, alla luce del principio di leale collaborazione principio che sottende anche alla previsione della competenza statale in tema di linee guida per la definizione delle gare d'appalto per la concessione del servizio di gestione integrata dei rifiuti, dove la tutela della concorrenza, di competenza statale, interferisce con la materia dei servizi pubblici locali di competenza regionale residuale.

La determinazione statale dei criteri generali e degli standards di bonifica dei siti inquinati, nonché la determinazione statale dei criteri per l'individuazione degli interventi di cui alla lett. r) del co. 1 dell'art. 195 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 come modificato dall'art. 18 del d.lgs. 3 dicembre 2010 n. 205, pur se espressione della competenza esclusiva statale in tema di tutela ambientale e dell'ecosistema, avviene sulla base dell'intesa con la Conferenza Unificata.

Secondo la Corte Costituzionale (32), con riferimento alle aree adibite alla produzione agricola o all'allevamento del bestiame opera il principio di

---

(30) Corte Cost. sent. n. 249 del 2009.

(31) Corte Cost. sent. n. 49 del 2009.

leale collaborazione che impone l'apporto partecipativo delle Regioni, alle quali il co. 4 dell'art. 117 Cost. assegna la competenza legislativa residuale in agricoltura.

Si delinea in tal modo un sistema di intervento in materia di gestione dei rifiuti.

Nel nuovo art. 117 Cost. la distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni sulla tutela dell'ambiente e con essa sulla gestione dei rifiuti, pongono il problema del concreto funzionamento di questa rete istituzionale; infatti, accertata la necessaria cooperazione tra Stato e Regioni, la questione è stabilire come si attui tale collaborazione per giungere ad una condivisione della responsabilità legislativa, coerente con il riconoscimento delle autonomie (33).

Un'altra materia riservata alla competenza esclusiva dello Stato è l'individuazione degli obiettivi di qualità dei servizi di gestione dei rifiuti e precisamente l'individuazione, nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle regioni, degli impianti di recupero e smaltimento di preminente interesse da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del paese (art. 195 lett. f) del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Mentre in precedenza soltanto lo Stato era competente in materia ambientale e le Regioni intervenivano negli spazi segnalati dallo stesso legislatore statale, come si è visto oggi lo Stato è legittimato a legiferare in via esclusiva solo per quanto attiene alla garanzia del soddisfacimento degli interessi unitari. Così, con specifico riferimento agli obiettivi di qualità, lo Stato dovrebbe essere competente per la determinazione dei soli standard essenziali di prestazione del servizio agli utenti, rientrando nella sfera delle attribuzioni regionali la determinazione degli specifici obiettivi di qualità che possono non necessariamente essere uguali su tutto il territorio nazionale. Comunque sia, la previsione di competenza statale per l'individuazione *in toto* degli obiettivi di qualità del vecchio art. 117 cost. appare scarsamente conforme al novellato assetto delle competenze, sollevando dubbi di legittimità costituzionali con riguardo alla legge delega, violata proprio nella parte in cui vincola il legislatore delegato a conformare le disposizioni del codice ambientale al ruolo delle Regioni derivante dalla riforma costituzionale.

Perplexità sono state sollevate sull'assegnazione allo Stato sia della de-

---

(32) Corte Cost. sent. n. 247 del 2009. "La sentenza n. 247 risulta di particolare interesse in quanto affronta la questione relativa alla rivendicazione della competenza legislativa da parte delle Regioni a regolamentare la tariffa per la gestione dei rifiuti urbani dichiarandola non fondata. La Corte riconduce la relativa disciplina alla competenza esclusiva, sia se la si qualifichi come corrispettivo per il servizio reso, sia se la si ritenga un'imposizione di tipo tributario; in ogni caso non è possibile ricondurla ad alcuna competenza regionale. Peraltro, la Corte ha affermato più volte che la determinazione delle tariffe dei servizi pubblici affidati in concessione rientra nella materia dell'ordinamento civile" in *Rassegna sulla giurisprudenza costituzionale delle regioni a statuto ordinario*, anno 2009, marzo 2010, pag. 19.

(33) DESIDERI, *Il riparto delle attribuzioni per la tutela dell'ambiente*, in *DESIDERI Autonomie territoriali e tutela dell'ambiente* 2001, 10 ss.

terminazione dei criteri generali per l'organizzazione della raccolta differenziata dei rifiuti urbani (art. 195 lett. q del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, attività gestionale interamente localizzata, dunque da affidare alla competenza regionale, sia della determinazione delle linee generali inerenti le forme ed i modi della cooperazione tra gli enti locali (art. 195 lett. o) del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

A tal riguardo, si richiama una importante pronuncia della Corte Costituzionale (34) secondo la quale, se per enti locali si intendono le Province e Comuni all'interno della medesima Regione, come pare doversi intendere dal riferimento alla "riscossione della tariffa sui rifiuti urbani ricadenti nel medesimo ambito territoriale ottimale", il coordinamento tra gli enti sub regionali ricade nella competenza regionale e non già statale. Vero è che si tratta di previsione che, pur incidendo su ambiti di competenza regionale, quali quello della promozione delle forme di cooperazione tra gli enti locali e quello dei servizi pubblici locali, è finalizzata all'esigenza di individuazione dei criteri più idonei a garantire l'efficiente espletamento del servizio.

Merita precisare che la riforma costituzionale, in contrapposizione al sistema precedente, imposta le relazioni tra enti locali non più nella prospettiva verticistica Stato-Regioni-enti locali secondo un sistema "a cascata", ma nella diversa ottica orizzontale, legata alla valutazione degli interessi da soddisfare. Interessi che, quando sono localizzabili, come lo sono quelli implicati nel coordinamento tra gli enti sub regionali, sono da affidare alle Regioni, depositarie o interpreti delle istanze di differenziazione.

Occorre altresì precisare che il terzo comma dell'art. 117 cost., come modificato dall'art. 18 del d.lgs. 3 dicembre del 2010, n. 205 prevede che le fun-

---

(34) Corte Cost. sent. n. 249 del 2009. "La sentenza n. 249 del 2009 risulta di particolare interesse in quanto non soltanto ribadisce la sussistenza di un intreccio di competenze legislative statali e regionali in materia di gestione dei rifiuti ma coglie anche l'occasione per fare alcune precisazioni di carattere processuale affermando che il giudizio di legittimità costituzionale in via principale deve svolgersi "esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa, fermi restando per i soggetti privi di tale potestà i mezzi di tutela delle loro posizioni soggettive, anche costituzionali, di fronte ad altre istanze giurisdizionali". Inoltre, la medesima sentenza individua i limiti entro cui è ammissibile una dichiarazione di cessazione della materia del contendere: è necessario che le norme abrogate non abbiano prodotto effetti durante il periodo della loro vigenza, non essendo sufficiente che esse siano state in via transitoria in vigore. Ribadisce altresì il principio secondo cui non sono ammissibili le censure prospettate dalle Regioni rispetto a parametri costituzionali diversi dalle norme che operano il riparto di competenze con lo Stato, qualora queste non si risolvano in lesioni delle competenze regionali stabilite dalla Costituzione. La medesima sentenza, in materia di interventi previsti dal piano regionale di gestione dei rifiuti, stabilisce che non può farsi discendere dall'art. 120, secondo comma cost., una riserva a favore della legge statale di ogni disciplina del potere sostitutivo, dovendosi viceversa riconoscere che la legge regionale, intervenendo in materie di propria competenza e nel disciplinare, ai sensi dell'art. 117, terzo e quarto comma, e dell'art. 118, primo e secondo comma, Cost., l'esercizio di funzioni amministrative di competenza dei Comuni, preveda anche poteri sostitutivi in capo a organi regionali, per il compimento di atti o attività obbligatorie, nel caso di inerzia o di inadempimento da parte dell'ente competente, al fine di salvaguardare interessi unitari che sarebbero compromessi dall'inerzia o dall'inadempimento dei medesimi" in *Rassegna sulla giurisprudenza costituzionale delle regioni a statuto ordinario*, anno 2009, Torino, marzo 2010, pag. 18.



zioni di cui al primo comma, ivi comprese dunque quelle di cui alle lett. l), o) e q), dell'art. 195 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, sono esercitabili dallo Stato e dalla Conferenza unificata, dalle Regioni e dalle provincie autonome. Ciò implica, che le funzioni statali siano esercitate, in applicazione del principio di leale collaborazione, anche dalle Regioni, secondo quanto previsto e disciplinato dall'art. 117, co. 3° e 4° Cost.

Sotto questo profilo il principio di collaborazione costituisce un filtro necessario per il legittimo esercizio delle competenze statali.

Un ultimo riferimento riguarda i **criteri di assimilazione**.

Secondo quanto previsto dall'art. 14, 46° comma della legge 22 dicembre 2011 n. 2014, di conversione del d.l. 6 dicembre 2011 n. 214, le esigenze unitarie sono soddisfatte dalla definizione dei criteri di assimilazione da parte del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, d'intesa con il Ministro dello sviluppo economico.

Infine, in riferimento alla funzione di indirizzo e di coordinamento delle competenze statali, si ricorda una importante pronuncia della Corte Costituzionale (35). In particolare con specifico riferimento alla competenza in materia ambientale, la Corte afferma che la forte incidenza della competenza statale sulle funzioni regionali impone che queste scelte almeno nelle linee generali, siano operate dallo Stato con leggi, che dovranno inoltre determinare *adequate procedures* e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessari nei vari settori. Se le "adequate procedures" rinviano agli atti di indirizzo e coordinamento, l'ammissibilità dell'intervento è circoscritta dal principio di legalità ed è operante nell'ambito delle competenze esclusive dello Stato, in un contesto, tuttavia di concertazione tra gli enti coinvolti nel processo (36).

In questa prospettiva la funzione di indirizzo e di coordinamento disciplinata dall'art. 195 del Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152) risulta conforme all'art. 117 Cost. nella misura in cui è diretta ad operare restrizioni della competenza regionale, anche in materie di competenza statale, ma è esercitata nel rispetto del *principio di leale collaborazione*.

Le competenze regionali sono disciplinate dall'art. 196 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152). Sono tre i punti essenziali su cui bisogna soffermarsi.

Il primo concerne i rapporti tra l'art. 196 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 e l'art. 19 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, il secondo i limiti della competenza regionale ed il terzo il potere sostitutivo regionale nei confronti degli enti locali.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 196 del codice dell'ambiente (d. lgs. 3 aprile del 2006 n. 152), l'art. 19 del d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 attribuiva

---

(35) Corte Cost., sent. n. 88 del 2003.

(36) BIN - FALCON - TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme 2003*, 200.

alle Regioni le funzioni inerenti alla programmazione mediante la predisposizione dei piani regionali, l'elaborazione e l'approvazione dei piani di bonifica, la definizione dei criteri per la localizzazione degli impianti di smaltimento.

In linea di continuità normativa l'art. 196 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 ripropone quasi integralmente le disposizioni dell'art. 19 del decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22).

Le modifiche rispetto alla precedente disciplina sono rappresentate, da un lato, dalla precisazione di cui al primo comma della lett. p) dell'art. 196 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 che stabilisce la continuità dell'applicazione delle disposizioni del d.m. 8 maggio 2003 n. 203, con temporanea salvezza delle disposizioni regionali esistenti.

Un'altra modifica concerne la semplificazione formale della lett. i) del co. 1 dell'art. 196 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, semplificazione nel cui testo di riordino scompare la specificazione che, per gestione integrata dei rifiuti, deve intendersi "il complesso delle attività volte ad ottimizzare il riutilizzo, il riciclaggio, il recupero e lo smaltimento dei rifiuti".

È stato altresì soppresso il comma 4 *bis* dell'art. 19 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, il quale affidava l'organizzazione della gestione dei rifiuti prodotti dalle navi nelle aree portuali alle autorità marittime: il silenzio sul punto porta ad interrogarsi se la mancata riproposizione della norma significhi la sottrazione della competenza alle autorità marittime per essere affidata allo Stato, fermo restando che l'art. 195 2° co lett. p) del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, come modificato dal d.lgs 3 dicembre 2010 n. 205, assegna alla competenza statale l'autorizzazione allo smaltimento dei rifiuti nelle acque marine su proposta dell'autorità marittima, nella cui zona di competenza si trova il porto più vicino al luogo dove deve essere effettuato lo smaltimento, ovvero si trova il porto da cui parte la nave con il carico da smaltire.

La Regione, così come lo Stato, ha dei limiti sulle competenze che devono essere evidenziati e l'art. 196 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 li disciplina dettagliatamente.

Nel settore dei rifiuti ad esempio, accanto ad interessi inerenti alla tutela ambientale, di competenza statale, vengono in rilievo interessi sottostanti ad altre materie (37).

Secondo giurisprudenza consolidata della Corte Costituzionale (38), la competenza statale pertanto non può escludere la possibilità per le Regioni di intervenire nell'esercizio delle loro competenze quali la tutela della salute, ed il governo del territorio, nel rispetto dei livelli uniformi di tutela predisposti dallo Stato.

---

(37) RENNA, *Il sistema degli "standard ambientali" tra fonti europee e competenze nazionali*, in POZZO - RENNA, *L'ambiente nel nuovo titolo V*, 2004, 123 e ss. Cfr. VIDETTA, *Il problema dell'allocazione della competenza ad emanare norme tecniche. Il caso della "bonifica dei siti inquinati"*. *Sanità pub. e priv.* 2003, 551 ss.

(38) Corte Cost. sent. n. 244 del 2011.

Se è riservato allo Stato il potere di fissare livelli di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale, resta ferma la competenza delle Regioni alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali. Inoltre la Corte Costituzionale (39) ha statuito che nell'esercizio delle loro competenze, le Regioni, nel rispetto della normativa statale, possono stabilire, per il raggiungimento dei propri fini, livelli di tutela più elevati.

Il principio della tutela più rigorosa del livello territoriale inferiore (40) riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale (41) già vigente nel vecchio art. 117 Cost. è stato successivamente riconosciuto dopo la riforma costituzionale da diverse pronunce della Corte Costituzionale (42).

Secondo dottrina accreditata (43), configurare il potere delle Regioni di adottare una tutela più rigida rispetto a quella statale, proprio in quanto diretta ad assicurare un più elevato livello di garanzie per la popolazione ed il territorio interessato è soluzione che sembra aderire al nuovo complesso istituzionale.

Un'altra importante tematica affrontata dall'art. 196 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152) concerne il potere sostitutivo regionale nei confronti degli enti locali.

Ai sensi dell'art. 196 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152), letto in combinato disposto con l'art. 118 Cost., la Regione può, nell'esercizio delle proprie competenze, attribuire funzioni amministrative alle Province ed ai Comuni.

Il problema di fondo è quello di stabilire se, in caso di inadempimento da parte degli enti locali il potere sostitutivo debba essere esercitato dallo Stato oppure dalla Regione.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale (44) che ha precisato, con riguardo al mancato esercizio di funzioni assegnate dalla Regione agli enti locali in tema di gestione dei rifiuti, che l'art. 120 2° comma Cost., non preclude al legislatore regionale la possibilità di disciplinare l'esercizio di funzioni conferite agli enti locali, prevedendo anche poteri sostitutivi in capo ad organi regionali nel caso di inerzia o di inadempimento.

La Corte Costituzionale in successive pronunce ha chiarito che le ipotesi di esercizio dei poteri sostitutivi regionali devono essere previste e disciplinate

---

(39) Corte Cost. sent. n. 225 del 2009; Corte Cost. sent. n. 373 del 2010.

(40) CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, 2000, 34 s.

(41) Corte Cost. sent. n. 382 del 1999.

(42) Corte Cost. sent. n. 407 del 2002; Corte Cost. sent. n. 222 del 2003; Corte Cost. sent. n. 307 del 2003; Corte Cost. sent. n. 312 del 2003; Corte Cost. sent. n. 259 del 2004; Corte Cost. sent. n. 108 del 2005; Corte Cost. sent. n. 135 del 2005; Corte Cost. sent. n. 214 del 2005; Corte Cost. sent. n. 62 del 2008; Corte Cost. sent. n. 104 del 2008; Corte Cost. sent. n. 105 del 2008; Corte Cost. sent. n. 12 del 2009; Corte Cost. sent. n. 30 del 2009; Corte Cost. sent. n. 61 del 2009.

(43) ROMANO TASSONE, *Stato, Regioni ed enti locali nella tutela dell'ambiente*, *Dir. Amm.*, anno 1993, pag. 117.

(44) Corte Cost. sent. n. 313 del 2003; Corte Cost. sent. n. 172 del 2004.

dalla legge locale, la quale deve definire i presupposti sostanziali e procedurali; inoltre la sostituzione può essere prevista esclusivamente per il compimento di atti privi di discrezionalità nell'*an* (45) e che l'esercizio del potere sostitutivo deve essere affidato ad un organo di Governo della Regione o deve comunque svolgersi sulla base di decisione di questo (46); che, in conformità al principio di leale collaborazione, devono sussistere garanzie procedurali per l'esercizio del potere sostitutivo, quali l'esistenza di un procedimento in cui l'ente sostituito sia messo in condizioni di interloquire con gli organi deputati alla sostituzione attraverso un autonomo adempimento (47). Ne consegue che le Regioni, in caso di allocazione di funzioni connesse alle attribuzioni assegnate dall'art. 196 presso gli enti locali, sono legittimate, in caso di inadempimento, all'esercizio dei poteri sostitutivi (48).

Le competenze provinciali sono previste e disciplinate dall'art. 197 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

L'art. 197 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 è in stretto collegamento con l'art. 19 del d.lgs. n. 18 agosto del 2000, n. 267.

Una conferma la si trova nella prima parte del primo comma dell'art. 197 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, il quale recita: *in attuazione dell'art. 19 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, alle province competono in linea generale le funzioni amministrative concernenti la programmazione ed organizzazione del recupero e dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, da esercitarsi con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente ed in particolare:*

*a) il controllo e la verifica degli interventi di bonifica e di monitoraggio ad essi conseguenti;*

*b) il controllo periodico su tutte le attività di gestione, di intermediazione e di commercio di rifiuti, ivi compreso l'accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto;*

*c) la verifica ed il controllo dei requisiti previsti per l'applicazione delle procedure semplificate, con le modalità di cui agli articoli 214, 215 e 216;*

*d) l'individuazione, sulla base delle previsioni del piano territoriale di coordinamento di cui all'art. 20, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove già adottato, e delle previsioni di cui all'art. 199, comma 3 lettera d) e h), del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, nonché sentiti l'Autorità d'ambito ed i Comuni, delle zone idonee alla localizzazione degli impianti di smaltimento dei rifiuti, nonché delle zone idonee alla localizzazione degli impianti di recupero e di smaltimento dei rifiuti.*

---

(45) Corte Cost. sent. n. 177 del 1888.

(46) Corte Cost. sent. n. 460 del 1989; Corte Cost. sent. n. 342 del 1994; Corte Cost. sent. n. 313 del 2003.

(47) Corte Cost. sent. n. 53 del 2003.

(48) Corte Cost. sent. n. 227 del 2004.

Nell'ambito delle competenze delle province è opportuno analizzare sia la competenza ed il principio di sussidiarietà, sia la violazione di competenze.

Con riferimento alla competenza ed al principio di sussidiarietà, bisogna fare un breve *excursus* normativo.

In particolare, l'art. 14 della legge 8 giugno 1990, n. 142 e l'art. 20 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 attribuiscono alle Province tutte le funzioni amministrative concernenti la programmazione e l'organizzazione dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, oltre alle funzioni di controllo e di verifica relative sia agli interventi di bonifica, sia alle attività di gestione dei rifiuti, nonché al potere di individuare, sulla base delle previsioni del piano territoriale di coordinamento, le zone idonee alla localizzazione degli impianti di smaltimento.

In attuazione dell'art. 19 del tuel (d.lgs. 18 ottobre del 2000, n. 267), l'art. 197 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) interviene sulle precedenti attribuzioni delle province, assegnando loro le funzioni amministrative relative alla programmazione ed organizzazione del recupero e dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, con particolare riferimento ai poteri di vigilanza e di controllo, anche avendo riguardo agli enti ed alle imprese che producono rifiuti pericolosi. La Provincia quindi è il soggetto competente al controllo periodico su tutte le attività di gestione degli impianti per il trattamento dei rifiuti e, quindi, sia sul rispetto delle condizioni prescritte in sede di autorizzazione che sulla successiva conduzione dell'impianto.

A tal proposito (49) il Tar della Lombardia ha rilevato che la Provincia è legittimata ad imporre interventi di revisione e miglioria degli impianti con effetti permanenti, diversi da quelli temporanei e contingenti che caratterizzano le decisioni del Sindaco, il quale, con ordinanza, si trova a far fronte a situazioni imprevedibili ed eccezionali.

Anche secondo il Tar Veneto (50) nell'esercizio delle funzioni di controllo, la Provincia è legittimata a disporre adempimenti strumentali: così che la richiesta di riempimento di moduli non comporta la violazione dei principi e di tipicità degli atti amministrativi.

L'indicazione delle funzioni amministrative delle Province, contenuta nell'art. 197 non sembra possa considerarsi esaustiva. Invero, ai sensi dell'art. 117 co. 2 lett. p) Cost. spetta allo Stato in via esclusiva la determinazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province, e Città metropolitane.

Osserva autorevole dottrina (51) che l'art. 118, co. 1 Cost., stabilendo i criteri di allocazione delle risorse che valgono per tutti i livelli di governo, attribuisce tutte le funzioni amministrative ai Comuni.

---

(49) TAR Lombardia Milano, Sez. IV, 2 aprile 2008, n. 792.

(50) TAR Veneto, Sez. III, 14 giugno 2011, n. 985.

(51) D'AURIA, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali*, F. it. 2002, V, 185 ss.; BIN, *La funzione amministrativa nel titolo V della Costituzione*.

Ai sensi del vecchio art. 117 Cost., lo Stato poteva legittimamente indicare, come infatti ha fatto nel d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, le funzioni da assegnare alle Province, nell'ottica del parallelismo delle funzioni legislative e secondo l'impianto tradizionale che vedeva le competenze degli enti locali affidate alla determinazione statale.

Dopo la riforma costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 3, l'individuazione di tali funzioni appare, ex art. 118 Cost., svincolata dal potere dello Stato, al quale è riconosciuto solo il potere di dettare le funzioni fondamentali degli enti locali, per essere specificata dallo stesso costituente, laddove stringe l'allocatione delle funzioni amministrative all'interno dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

Il secondo comma dell'art. 118 Cost., prevede poi che gli enti locali indicati sono titolari di *funzioni proprie* ma anche di *funzioni conferite* con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze. In capo agli enti locali sono dunque individuabili funzioni fondamentali, funzioni proprie e funzioni conferite.

Secondo autorevole dottrina (52) alle Province dunque spettano non solo funzioni fondamentali, che sono proprie dell'art. 197 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e che afferiscono alla soglia minima ed indefettibile di funzioni amministrative, ma anche funzioni proprie e funzioni conferite.

**Le funzioni proprie** fanno riferimento alla sfera di autonomia già assegnata dalla legislazione vigente alle Province, che deve necessariamente comporsi con i principi di allocazione espressi dal 1° comma dell'art. 118 Cost. Ciò significa che, di fronte alla sussistenza della competenza provinciale in ordine allo svolgimento di tutte le funzioni amministrative in materia di gestione di rifiuti a livello locale affermata dall'art. 20 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, il legislatore delegato può sottrarre attribuzioni spostandole ad altro livello, nella misura in cui ciò risponda ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

Se dunque le competenze elencate nell'art. 197 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 rappresentano le funzioni fondamentali, le competenze previste dall'art. 20 del decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22) appartengono all'area delle funzioni tradizionalmente proprie, che il legislatore statale può modificare solo ove cioè risulti conforme all'art. 118 cost.

**Le funzioni conferite** sono quelle oggetto di trasferimento, attribuzione e delega agli enti territoriali dalle leggi statali e regionali, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Le funzioni in questione sono individuabili su un duplice versante; da un lato sono quelle che,

---

(52) MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali e del relativo testo unico nel nuovo titolo V della Costituzione*, Reg. 2002, 414; Corte Cost. sent. 83 del 1997; D'ATENA, *La difficile transizione in tema di attuazione della riforma del tit. V*, Reg. 2002, 308.

tradizionalmente proprie dei Comuni sulla base della legislazione ordinaria di settore, vengono spostate presso la Provincia.

Dall'altro sono quelle, ulteriori e nuove, che il legislatore può individuare nella disciplina o ri-disciplina dei settori affidati alla sua cura e che non ritenga di dover allocare presso il Comune. Così che alla Provincia potranno competere ulteriori funzioni amministrative, sulla base dell'allocazione che il legislatore regionale ma anche statale, potrà decidere in ottemperanza ai principi di sussidiarietà e di adeguatezza.

Strettamente connesso al principio di sussidiarietà è la violazione delle sue competenze.

In particolare, nel caso in cui gli enti locali, che si ritengono lesi nelle loro attribuzioni, intendano rivendicare giudizialmente le funzioni loro non assegnate, si pone il problema dell'individuazione dei meccanismi di tutela delle competenze. Occorre, al riguardo, evidenziare che le Province non sono legittimate ad adire la Corte Costituzionale.

Agli enti locali la Costituzione non riconosce alcuna tutela nei confronti né dello Stato né delle Regioni, essendo consentito solo a questi il ricorso alla Corte Costituzionale per difendere le proprie sfere di competenza.

Come è stato autorevolmente osservato (53), soltanto lo Stato può ricorrere in tutti i casi in cui ritenga che la legge regionale abbia ecceduto la competenza, quindi anche quando abbia invaso l'autonomia degli enti locali.

Il problema è se esiste tutela e qual è il soggetto competente ad attuarla nel caso di violazione della competenza provinciale da parte della legge statale, soprattutto là dove lo Stato violi i criteri di riparto delle attribuzioni amministrative dell'art. 118 Cost., come nel caso dell'art. 197 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

In questo caso, la Regione non potrebbe adire la Corte, non riguardando tale allocazione la sfera di competenza esclusiva regionale; né potrebbero farlo gli enti locali, esclusi dai soggetti legittimati a ricorrere per vizio di legittimità costituzionale. Al riguardo, sottolineando il ruolo della Regione, evidenziato nel passato dalla Corte Costituzionale (54) di ente esponenziale della Comunità locale, si potrebbe ipotizzare, proprio per la doppia valenza dell'ente Regione, di soggetto legislatore e di soggetto rappresentante e portavoce delle comunità locali, **un intervento processuale della Regione in caso di invasione statale delle prerogative degli enti locali**, diretto a far valere il rispetto dei criteri di allocazione dell'art. 118 Cost.

Titolo fondante la legittimazione della Regione all'intervento potrebbe es-

---

(53) D'AURIA, *Funzione amministrativa e autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali*, *F. it.*, 2002, V, 185; VESPERINI, *Le Regioni e gli enti locali* in CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, 2000, II, 1644 ss.

(54) Corte Cost. sent. n. 276 del 1991.

sere costituito non dall'essere la Regione soggetto legislatore leso nelle sue competenze, ma soggetto politico contenitore di realtà locali che agisce in qualità di rappresentante unitario di specificità presenti sul suo territorio. Se si accoglie questa impostazione, si potrebbe allora ipotizzare un intervento regionale dinanzi la Corte Costituzionale per violazione da parte dello Stato delle competenze provinciali, laddove si ritenesse la sussistenza di un esproprio delle funzioni amministrative in tema di programmazione ed organizzazione dello smaltimento dei rifiuti non sorretto dai criteri di sussidiarietà ed adeguatezza.

Anche i Comuni, al pari delle Province, delle Regioni e dello Stato hanno competenza, ai sensi e per gli effetti dell'art. 198 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 sulla gestione dei rifiuti urbani ed assimilati.

Con riferimento alla gestione dei rifiuti, l'art. 198 del d.lgs. 152 del 3 aprile 2006 riporta quasi integralmente l'art. 21 del d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22.

Rispetto alla precedente disciplina si rinvencono novità nel 1° e nel 4° co. dell'art. 198 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nella omessa riproposizione del 2° comma lett. d) e del 4° comma dell'art. 21 del d.lgs. 5 febbraio 1997, e nella modifica del 3° comma della medesima norma.

Nell'ottica della semplificazione, il legislatore delegato elimina la definizione di rifiuti urbani, identificati dal 2° comma lett. d) e dall'art. 21 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, come quei rifiuti provenienti dalla pulizia delle strade ovvero, di qualunque natura e provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche.

Tale soppressione, se ha agevolato la lettura della norma, non appare, tuttavia, fondamentale ai fini del riordino della legislazione.

La definizione è il presupposto per l'identificazione dell'ambito di applicazione di una disciplina e la conservazione di tale definizione avrebbe forse potuto essere funzionale ad una sorta di *actio finium regundorum* tra competenze degli enti locali.

Detto ciò, merita prestare attenzione sulle altre modifiche apportate dal legislatore delegato rispetto alla precedente disciplina.

Più nel dettaglio, laddove il 1° comma dell'art. 21 prevedeva che i Comuni effettuassero la *gestione* dei rifiuti urbani ed assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa di cui alla legge 8 giugno 1990, n. 142, il 1° comma dell'art. 198 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 dispone ora, in armonia con la disciplina dettata in tema di gestione dei rifiuti contenuta negli articoli successivi, che i Comuni concorrono, nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali, alla gestione dei rifiuti urbani ed assimilati. Gestione che, come ha osservato la Corte Costituzionale (55) tuttavia, non può comprendere l'esercizio da parte del Comune, della funzione di rilascio, rinnovo e modifica dell'autorizzazione alla gestione dei centri di raccolta dei rifiuti.

---

(55) Corte Cost. sent. n. 127 del 2010.



Fino all'inizio dell'attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito, i Comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati in regime di privativa secondo le regole per l'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica dettati dal 5° comma dell'art. 113 tuel (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

Con il codice dell'ambiente, il conferimento da parte del Comune della gestione del servizio pubblico o a società di capitali, individuate con gara ad evidenza pubblica, o a società a capitale misto pubblico e privato, nella quale il socio privato è scelto con gara ad evidenza pubblica, o, infine, a società a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici soci esercitino sulle società un controllo analogo a quello sui propri servizi, lascia il posto all'attività di individuazione del soggetto affidatario del servizio di gestione integrata dai rifiuti urbani da parte dell'Autorità d'ambito, prevista e disciplinata dall'art. 202 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n.152).

Il Comune, dunque, secondo la nuova disciplina, non è più il perno della procedura di affidamento del servizio e di selezione del soggetto aggiudicatario della gara, ma si limita a "concorrere" alla gestione dei rifiuti urbani con l'Autorità d'ambito, alla quale spettano ora le funzioni di affidamento del servizio.

Fino all'inizio delle attività del soggetto che risulterà aggiudicatario, i Comuni conservano le proprie funzioni in materia, le quali sono tuttavia, sottoposte alla condizione risolutiva dell'avvenuta aggiudicazione, appunto della gara. La posizione del Comune passa da attività centrale, come era nell'art. 21 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 ad un'attività di supporto, collaterale a quella, ora centrale, svolta dall'Autorità d'ambito. Disposizione questa che se da un lato può trovare giustificazione nell'esigenza di superare la frammentazione delle gestioni dei rifiuti tramite il ricorso ad una gestione integrata, condotta sulla base di adeguate dimensioni territoriali, desta, dall'altro, perplessità sotto il profilo della sottrazione ai Comuni della gestione in privativa.

E ciò non tanto e non solo nell'ottica del confronto con il precedente regime, con arretramento delle competenze comunali, quanto anche e soprattutto alla luce dell'art. 118 cost., il quale affida tutte le funzioni amministrative ai Comuni, facendone il perno dell'azione amministrativa locale.

Né al riguardo, appare del tutto congruente il richiamo alle esigenze dell'adeguatezza amministrativa per legittimare lo spostamento delle competenze dai Comuni all'Autorità d'ambito.

Laddove la tutela delle esigenze unitarie ha condotto il Costituente a consentire una diversa allocazione delle funzioni amministrative, tale spostamento è previsto dall'art. 118 cost. solo in senso ascendente, tra enti locali, dunque, dai Comuni alle Province, Città metropolitane e Regioni e non anche a favore di altri enti, come l'Autorità d'ambito, appunto, sia pur creati dalle Regioni e partecipati dagli enti locali.

Sono state apportate modifiche anche sull'approvazione dei progetti di

bonifica da parte del Comune ad opera del 4° comma dell'art. 198 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152) e del 3° comma dell'art. 21 del d.lgs. 5 febbraio n. 1997 n. 22.

In particolare, mentre il 3° comma dell'art. 21 del decreto Ronchi (d. lgs. 5 febbraio 1997, n. 22) prevedeva, tra le competenze comunali l'approvazione dei progetti di bonifica dei siti inquinati, il 4° comma dell'art. 198 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) sostituisce il potere di approvazione con il potere consultivo.

Laddove, infatti, sotto la vigenza del d.lgs. 5 febbraio 1997, il Comune era chiamato dall'ordinamento a svolgere un'attività di controllo, condizionando, tramite il provvedimento permissivo, l'operatività dei progetti di bonifica dei siti inquinati, ora, l'art. 198 del decreto legislativo n. 152 del 3 aprile 2006 sottrae tale potere ai Comuni, per ridisegnarlo in termini di attività ausiliaria, priva di autonomia funzionale.

Dall'entrata in vigore del codice dell'ambiente, i Comuni sono obbligati non più a permettere o a negare, bensì solo ad esprimere un loro parere in ordine all'approvazione dei progetti di bonifica rilasciata dalle Regioni. La formula normativa "sono altresì tenuti", se indica che il parere dei Comuni è obbligatorio, nulla dice in ordine alla vincolatività o meno di tale parere.

Il legislatore delegato non esplicita se il parere obbligatorio che i Comuni devono esprimere sia da considerarsi non vincolante, così come la Regione possa discostarsi da esso, oppure vincolante così da assumere il volto di atto preparatorio alla determinazione del contenuto finale dell'approvazione dei progetti di bonifica.

A tal riguardo si ricorda un'importante pronuncia del Tar Campania (56) la quale ribadisce che, nel silenzio della legge sulla natura di un parere espressamente prescritto, questo è da ritenersi obbligatorio ma non vincolante; detto ciò è inevitabile concludere in ordine alla restrizione delle competenze comunali rispetto al precedente regime ad opera del legislatore delegato, in favore di uno spostamento delle competenze verso l'alto non giustificato da esigenze di trattamento unitario degli interessi coinvolti.

Con l'introduzione del 4° comma dell'art. 198 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152), il legislatore si muove nella direzione opposta a quella del principio di sussidiarietà e di partecipazione delle comunità locali che, nel governo della materia è imposta dall'art. 118 Cost.

La disposizione costituzionale, in base alla quale le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, appare pretermessa dall'art. 198 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), nella misura in cui i Comuni vedono scemare alcune attribuzioni senza che

---

(56) TAR Campania Napoli, sez. II, sent. n. 554 del 1985.

ciò risponda ad esigenze di efficienza ed adeguatezza dell'azione amministrativa, senza cioè, che l'arretramento delle competenze rispetto al precedente regime sia sorretto da esigenze di migliore cura degli interessi locali.

Rimane da analizzare ancora il problema della sussidiarietà orizzontale a seguito dell'entrata in vigore del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n.152).

In particolare, rispetto al precedente art. 21 del d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, **scompare il riferimento alla collaborazione tra Comuni e associazioni di volontariato.**

L'art. 21 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 mostrava di voler realizzare un governo della materia fortemente legato al territorio di riferimento, coinvolgendo coloro che sono maggiormente interessati, ovvero i cittadini. È questo, quel principio di sussidiarietà c.d. orizzontale che la riforma della Costituzione ha previsto e valorizzato. Invero, l'art. 118, 4° comma Cost. prevede che lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane, le Province e Comuni debbano favorire l'iniziativa dei cittadini singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale.

Tuttavia, come osservato da autorevole dottrina (57), collegando la distribuzione dei compiti con la società civile, l'art. 118 Cost. con la formula "favoriscono" indica non tanto la facoltà dei soggetti istituzionali di erogare aiuti a privati per lo svolgimento di una certa attività di interesse generale, attività questa sempre svolta, quanto, piuttosto, l'obbligo di preferire che lo svolgimento di una certa attività di interesse generale sia svolta da cittadini, singoli o associati.

Secondo altra dottrina (58) tali soggetti sono pretermessi dal legislatore del codice ambientale, il quale con operazione di riordino del testo previgente di dubbia legittimità costituzionale, cancella la partecipazione della società civile dall'area della gestione dei rifiuti, eliminando dal panorama normativo ciò che prima della riforma costituzionale del 2001, poteva essere considerato auspicabile e che, successivamente alla riforma del titolo V, è diventato principio cardine dell'ordinamento.

A livello locale le Camere di Commercio svolgono un ruolo importante, specificatamente nell'ambito dei rifiuti. Infatti, nell'ottica della semplificazione e dell'integrazione dei molteplici adempimenti gravanti sulle imprese dal punto di vista della compatibilità ambientale, esse in particolare ricevono le dichiarazioni ambientali; si occupano dell'albo degli operatori e raccolgono e conservano dati rilevanti per l'ambiente, grazie alla creazione di una banca dati.

---

(57) D'ATENA, *Forma Stato. Dalla piramide dell'arcipelago*, in *Impresa e Stato*, 96, 47.

(58) POGGI, *La sussidiarietà nelle riforme amministrative: dal d.lgs. 112 del 1998 al T.U. sulle autonomie locali*, *Quad. reg.* 2001, 935; CALAMO SPECCHIA, *Libertà pluralistiche e pubblici poteri*, 1999; BALDASSARRE, *La riforma del governo locale in Italia*, *Reg.* 1997, 752; ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Cost.* in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Berti*, 2005, 177 ss.

Anche le Asl svolgono importanti funzioni in materia ambientale e connesse a quelle sanitarie. In particolare le Asl svolgono funzioni di competenza tecnica e di controllo nel campo della prevenzione e dell'igiene ambientale.

Tuttavia, merita sottolineare che le ASL svolgono una funzione di non scarsa importanza nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale, già prevista e disciplinata dal codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152) all'art. 29 *quater*, successivamente modificata dal d.lgs. 16 gennaio 2008 n. 4 e da ultimo dal d.lgs. 14 marzo 2014 n. 46.

In particolare, l'ASL, su specifica richiesta, può supportare il Comune territorialmente competente con valutazioni, proposte e pareri per quanto concerne gli aspetti previsti dagli articoli 216 e 217 T.U.LL.SS (testo unico sulle leggi sanitarie Regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265).

Salvo casi eccezionali debitamente motivati, le osservazioni ed i pareri di competenza delle ASL vengono espresse con un unico atto o in un'unica verbalizzazione.

Pertanto, al fine di favorire la corretta applicazione degli artt. 216 e 217 T.U. LL.SS. testo unico sulle leggi sanitarie l'Asl, ricevuta la comunicazione di avvio del procedimento, verifica la possibile appartenenza dell'Azienda agli elenchi delle lavorazioni insalubri di prima o di seconda classe ex art. 216 T.U.LL.SS testo unico sulle leggi sanitarie già citate secondo gli aggiornamenti recati con specifici decreti ministeriali (l'ultimo emanato e tuttora vigente è il decreto del Ministero della Sanità del 5 settembre del 1994).

L'esito positivo di tale verifica andrà segnalato al SUAP (sportello unico per le attività produttive del Comune competente) ed alla Provincia.

Inoltre, sempre su specifica richiesta dell'Autorità competente, nell'ambito dei procedimenti sia di AIA (autorizzazione integrata ambientale) che di AUA (autorizzazione unica ambientale) ed ancora altre autorizzazioni ambientali, l'ASL può effettuare, attraverso le strutture del competente servizio PSAL (prevenzione sicurezza ambienti di lavoro) valutazioni ed esprimere conseguenti pareri per gli aspetti specifici in materia di igiene e sicurezza sul lavoro.

### *7. Distinzione tra rifiuti urbani e rifiuti speciali.*

La distinzione tra rifiuti urbani e rifiuti speciali è contenuta nell'art. 184 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152).

È opportuno evidenziare che, mentre il diritto comunitario distingue tra rifiuti in generale (direttiva n. 91/156), rifiuti pericolosi (direttiva n. 91/689) e di imballaggio (direttiva n. 94/62), la normativa nazionale opera una classificazione più complessa distinguendo tra rifiuti urbani, rifiuti speciali, rifiuti pericolosi e rifiuti di imballaggio.

La classificazione di cui all'art. 184 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 non risponde ad una esigenza meramente classificatoria, ma più propriamente ana-

litica, giacché la qualificazione di un rifiuto come urbano o speciale implica effetti rilevanti in merito alla disciplina applicabile (59).

Più nel dettaglio, la diversa provenienza dei rifiuti implica una diversa *gestione* degli stessi. Ad esempio mentre la gestione dei rifiuti urbani spetta all'Amministrazione comunale, in regime di privativa, quella dei rifiuti speciali si pone a carico dei produttori.

Un'altra differenza la si rinviene in materia di *smaltimento* perché mentre “lo smaltimento” dei rifiuti solidi urbani impone agli utenti il pagamento della tassa comunale, quest'ultima non è prevista per lo smaltimento dei rifiuti speciali.

Già nel decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22) all'art. 21 era prevista la gestione dei rifiuti urbani in privativa dai comuni; questa ha trovato conferma anche nella legge 8 giugno 1990, n. 142, successivamente confluita nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e dall'art. 23 del d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 e da ultimo nel d.lgs. 3 aprile del 2006 n. 152 e precisamente all'art. 177, che ha integrato i contenuti delle precedenti normative, attuando le direttive comunitarie.

Per contro, come si è detto, la gestione dei rifiuti speciali è a carico dei produttori, cioè di coloro la cui attività ha prodotto rifiuti e dai detentori dei rifiuti stessi.

#### *8. La gestione dei rifiuti: profili storici fino all'entrata in vigore del testo unico.*

##### *8.1 La gestione dei rifiuti prima del D.P.R. 10 settembre 1982 n. 915.*

Come è noto, il diritto ambientale ha tardato ad affermarsi nel nostro ordinamento, a differenza dell'ambito comunitario, ove, sin dal Trattato istitutivo del 25 marzo 1957, si è dimostrato un notevole interesse per tale materia. Anche la normativa in materia di gestione dei rifiuti è stata introdotta in un testo legislativo organico *ad hoc* nel nostro paese solo con il d.p.r. 10 settembre 1982 n. 215 il quale, con ritardo di sette anni, recepiva peraltro in modo ritenuto da molti commentatori incompleto, la direttiva del Consiglio del 15 luglio 75/442/CEE.

Fino a quel momento, i primi accenni normativi al problema dell'inquinamento da rifiuti potevano rinvenirsi nel testo unico delle leggi sanitarie (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265).

In particolare il suo art. 217 prevedeva la competenza del sindaco a prescrivere le norme da applicare per la prevenzione dei danni o dei pericoli per la salute pubblica originati da vapori, gas o altre esalazioni, scoli di acque, “rifiuti solidi o liquidi” provenienti da manifatture o fabbriche; la stessa norma conferiva al sindaco il potere di vigilare sull'esecuzione delle suddette norme e di provvedere di ufficio in caso di inadempimento nei modi e termini stabiliti nel testo unico della legge comunale e provinciale.

---

(59) BENIAMINO CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, terza edizione 2005, pag. 195.

Con riferimento al settore abitativo, il successivo art. 218, lett. b) del citato r.d. 27 luglio 1934 n. 1265 prevedeva l'emanazione di regolamenti locali di igiene e sanità finalizzati ad assicurare che lo smaltimento delle acque immonde, delle materie escrementizie e di altri rifiuti avvenisse in modo da non inquinare il sottosuolo; inoltre l'ultimo comma della citata norma prevedeva che i predetti regolamenti dovessero contenere le norme per la razionale raccolta delle immondizie stradali e domestiche e per il loro smaltimento. Si trattava, come si vede, non di precetti o cautele prescritti al cittadino o all'operatore economico, ma di norme dirette agli organi amministrativi ed attributive di poteri.

La loro applicazione era pertanto rimessa ad oneri di attivazione del sindaco o del prefetto. Dal punto di vista penale non era quindi prevista alcuna sanzione per il detentore del rifiuto, eccettuata la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. per l'eventuale inosservanza di provvedimenti legalmente dati dall'autorità per ragione di igiene pubblica, sulla cui applicabilità ai casi di specie, tuttavia, la giurisprudenza, anche di legittimità, è sempre stata oscillante, propendendo talora per l'applicazione dell'art. 106 r.d. 3 marzo 1934 n. 383 (testo unico della legge comunale e provinciale), che prevedeva una sanzione amministrativa per la violazione delle ordinanze emesse dal sindaco in conformità alle leggi ed ai regolamenti (60).

La tutela si fondava sull'applicazione di sanzioni amministrative indirette, dove l'amministrazione aveva il potere di provvedere d'ufficio allo smaltimento o in alternativa negava l'abitabilità dell'edificio urbano per ragioni sanitarie (61). L'inadempimento dei doveri di controllo da parte dei soggetti sopra riportati (il Sindaco e del Prefetto) configurava il delitto di omissione di atti d'ufficio (62).

## 8.2 La legge 20 marzo 1941 n. 366 sullo smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

Dopo pochi anni entrò in vigore la l. 20 marzo 1941, n. 366, in materia di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani. Tale testo normativo si apriva con una norma definitoria, secondo la quale, agli effetti dell'applicazione della legge stessa, dovevano essere considerati rifiuti solidi urbani:

---

(60) *Favorevole all'applicazione dell'art. 650 c.p.* Cass. pen., sez. I, 29 gennaio 1986, GHIDINI, in *Giust. pen.*, 1987, II, 334; *Id.*, sez. I, 3 febbraio 1983, FRALLONARDO, in *Cass. pen.*, 1984, 1121; *Id.*, sez. I, 17 novembre 1982, SEBASTIANI, *ivi*, 1984, 1121; *Id.*, sez. VI, 27 febbraio 1978, CUSANI, *ivi*, 1979, 1316. *Contra*: Cass. pen., sez. I, 2 luglio 1996, n. 8537, GIARDINA, in *Riv. pen.*, 1996, 1218; *Id.*, sez. I, 6 novembre 1995, n. 826, TORTOLA, *ivi*, 1996, 468; secondo le quali l'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 650 c.p. avrebbe natura sussidiaria, e sarebbe configurabile solo nei casi di violazione di ordinanze sindacali per ragioni di igiene emesse *extra ordinem*, al fine di ovviare ad improvvise emergenze dovute a fatti gravi, quali pubbliche calamità o epidemie.

(61) Cfr. artt. 221 e 222 r.d. 1265/34.

(62) Cass. pen., sez. VI, 21 giugno 1985, PUCCINI, in *Giust. pen.*, 1986, II, 1; Pretura Soave, 9 maggio 1978, LUI, in *Foro amm.*, 1979, I, 2000.

a) le immondizie ed i rifiuti delle aree pubbliche, o comunque destinate, anche temporaneamente, ad uso pubblico (rifiuti esterni); b) le immondizie ed, in genere, gli ordinari rifiuti dei fabbricati a qualunque uso adibiti (rifiuti interni).

Invero, la norma sembrava definire rifiuti, “*i rifiuti e le immondizie*”; tuttavia, la finalità della disposizione non era quella di delineare la nozione di rifiuto, intesa secondo il senso comune, bensì quella di porre una distinzione tra rifiuti urbani esterni ed interni, assoggettati dalla legge in esame a disciplina parzialmente differenziata.

La normativa, abrogata definitivamente dall’ art. 56, d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, prevedeva delle sanzioni penali poste a tutela dei precetti e divieti in essa contemplati. In particolare, l’art. 46 della legge 20 marzo 1941 n. 366 puniva con l’ammenda da 100 a 5.000 lire, i contravventori che avessero violato le disposizioni inerenti lo svolgimento dei servizi di raccolta trasporto e smaltimento, mentre venivano sanzionate meno severamente le violazioni alle altre disposizioni della legge, tra le quali il divieto di gettito e deposito dei rifiuti nelle pubbliche vie (art. 17).

Tali sanzioni sono state dapprima elevate ad opera dell’art. 3, legge 12 luglio 1961 n. 603 e quindi depenalizzate con la legge 29 luglio 1975 n. 406. Tuttavia, pare corretto affermare che la normativa in esame non annoverasse tra i propri obiettivi primari la tutela penale della gestione dei rifiuti, né in verità, se non incidentalmente, la tutela della salute e dell’ambiente. Essa infatti circoscriveva il proprio ambito ai soli rifiuti urbani, con esclusione dei rifiuti in qualsiasi modo prodotti nelle aree extraurbane; inoltre limitava la propria disciplina ai soli rifiuti solidi, con esclusione, dunque, dei rifiuti liquidi, i quali continuavano ad essere assoggettati esclusivamente alla disciplina in materia sanitaria (peraltro ben più attenta alla prevenzione dell’inquinamento idrico che a quello del suolo e sottosuolo).

Tali esclusioni rivelano la *ratio* ispiratrice della norma, che sembrava enfatizzare soprattutto gli aspetti economici della gestione dei rifiuti e in particolare la necessità di ridurre gli sprechi e di incentivare il recupero dei materiali riutilizzabili nell’industria e nell’agricoltura. Tale intento, il quale apparirebbe oggi pionieristico, anticipando di mezzo secolo l’ispirazione dell’ultima direttiva europea in materia di rifiuti, in verità non può e non deve essere interpretato alla luce degli odierni principi di tutela ambientale e sviluppo sostenibile. Come è stato giustamente osservato, la normativa deve essere piuttosto, e più prosaicamente, calata nel periodo di guerra in cui fu emanata (63).

Se si considera questa impostazione, unitamente all’esistenza di una clausola di riserva dell’art. 46, che escludeva l’applicabilità della contravvenzione

---

(63) Cfr. V. PAONE, *La tutela dell’ambiente e l’inquinamento da rifiuti*, Milano, 2008, pag. 15.

nel caso la fattispecie costituisse reato più grave, ben si comprende come tale normativa abbia avuto applicazioni del tutto sporadiche, rimanendo affidata la tutela ambientale in materia di rifiuti prevalentemente all'art. 674 c.p.

Successivamente, lo smaltimento dei rifiuti in Italia è stato regolato organicamente dal d.p.r. del 10 settembre 1982 n. 915, emanato in attuazione delle direttive CEE n. 75/442 (relativa ai rifiuti pericolosi), n. 76/403 (relativa allo smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotrifenili) e n. 78/319 (relativa ai rifiuti in generale). Tale d.p.r. 10 settembre 1982 n. 915 è un dispositivo "quadro" nel quale sono contenuti diversi principi che riguardano la classificazione dei rifiuti, le competenze attribuite allo Stato (indirizzo e coordinamento), alle Regioni (pianificazione, rilascio autorizzazioni, catasto rifiuti ed emanazione di norme specifiche), alle Province (controllo) ed ai Comuni (smaltimento dei rifiuti solidi urbani), i criteri generali di regolamentazione dell'attività di smaltimento dei rifiuti, le disposizioni fiscali, finanziarie e sanzionatorie.

Il sistema introdotto da tale decreto si fondava sulla gestione del rifiuto mediante l'attività di eliminazione dello stesso senza valorizzarne la possibilità di riutilizzo e riciclo. Per questa e per altre ragioni i diversi Governi fecero ricorso a reiterati interventi d'urgenza, finalizzati a limitare la produzione dei rifiuti e favorire quelle attività di gestione del rifiuto che il D.P.R. 10 settembre del 1982 aveva trascurato di promuovere.

Con il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, (il cosiddetto "Decreto Ronchi"), recante disposizioni in attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio, il legislatore, prendendo le mosse dall'esigenza di attuare nel nostro ordinamento giuridico le nuove direttive europee, ha tentato un riordino dell'intera normativa.

Il decreto, infatti, unitamente ad alcuni decreti di attuazione e ad alcune norme che lo hanno modificato, si presenta come legge generale di tutti i residui delle attività umane. La materia è pertanto regolata anche da numerose norme regionali, la cui produzione si è recentemente incrementata.

Il d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 sembra fondarsi su due principi di ordine generale.

In primo luogo, vieta a chiunque detenga rifiuti di abbandonarli, imponendo di provvedere al loro smaltimento o recupero nelle varie forme previste dal decreto stesso a seconda del tipo di detentore.

In secondo luogo il decreto, dopo aver ribadito che la gestione dei rifiuti costituisce attività di pubblico interesse, si preoccupa di indicare la priorità della riduzione della quantità e pericolosità dei rifiuti prodotti e del loro recupero, riutilizzo e riciclaggio, rispetto allo smaltimento. Quest'ultimo è anzi esplicitamente qualificato come la "*fase residuale*" della gestione dei rifiuti. In particolare il decreto raccomanda la riduzione della quantità di rifiuti da av-



viare allo smaltimento finale attraverso (art. 4 del d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22) il reimpiego ed il riciclaggio, le altre forme di recupero per ottenere materia prima dai rifiuti, l'adozione di misure economiche e la determinazione di condizioni di appalto che prevedano l'impiego dei materiali recuperati dai rifiuti al fine di favorire il mercato dei materiali medesimi, nonché l'utilizzazione principale dei rifiuti come combustibile o come altro mezzo per produrre energia.

L'attività di smaltimento (art. 5 del d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22) deve, inoltre, essere attuata facendo ricorso ad una rete integrata ed adeguata di impianti che tenga conto delle tecnologie a disposizione e che non comportino costi eccessivi al fine di:

- realizzare l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi in ambiti territoriali ottimali;
- permettere lo smaltimento dei rifiuti in uno degli impianti appropriati più vicini, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti;
- utilizzare i metodi e le tecnologie più idonei a garantire un alto grado di protezione dell'ambiente e della salute pubblica.

Ad oggi, in continuità con il decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997 n.22), il testo unico dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n.152) all'art. 177, in combinato disposto con l'art. 178, ribadisce il carattere di pubblico interesse di tutte le fasi della gestione dei rifiuti.

Le finalità, chiare e generali, sono indirizzate alla lotta agli inquinamenti, alla flessione del tasso di produzione dei rifiuti, all'incentivazione del loro riciclo e recupero, così da garantire una tutela integrata dell'ambiente, del paesaggio e della salute (64).

In particolare, le novità introdotte dal nuovo codice dell'ambiente riguardano l'allargamento del numero dei principi e l'introduzione dei criteri cui deve conformarsi l'attività di gestione dei rifiuti, il riconoscimento del ruolo svolto dalle Province, nonché la creazione di un sistema sinergico di collaborazione tra amministrazioni pubbliche e soggetti privati. Si tratta in concreto di una serie di innovazioni protese a garantire il rafforzamento della tutela ambientale generalizzata attraverso il potenziamento dello strumentario creato per il raggiungimento delle finalità cui è rivolta l'intera normativa.

Quanto al criterio della compatibilità delle altre norme di settore con la nuova disciplina va precisato che l'espressione ricorrente al co. 3 del citato art. 177 del d. gs. 3 aprile 2006, n. 152 (prima della novella del 2010 contenuta nel co. 1 della medesima norma) non funziona quale deroga all'applicazione della disciplina in commento, ma è volta esclusivamente a riconoscere la validità

---

(64) DELL'ANNO *Man. Dir. Amb.* 2003, 485.

delle disposizioni attuative e direttive comunitarie disciplinanti la gestione di determinate categorie di rifiuti, in rispondenza ai canoni della particolarità ovvero della complementarietà, nonché in conformità dei principi di matrice comunitaria, richiamati dal successivo art. 178 del codice dell'ambiente.

Nel rispetto di queste prescrizioni sopravvivono al nuovo t.u. ambientale, ad esempio, norme come il d.lgs. del 24 giugno 2003, n. 209, attuativo della dir. n. 2000/53/CE del 18 settembre 2000 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai veicoli fuori uso, o il d.lgs. n. 36 del 2003 di recepimento della direttiva 99731/CE del 26 aprile 1999 del Consiglio, in materia di discarica dei rifiuti.

Un'altra importante novità dell'art. 177 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 è l'eliminazione sin dalla data della sua entrata in vigore, della previsione del conferimento alle Regioni a statuto ordinario della competenza a disciplinare la materia della gestione dei rifiuti nel rispetto delle disposizioni del decreto, cui veniva riconosciuta la natura di principi fondamentali della legislazione statale, ai sensi dell'art. 117 co.1 Cost.

Il quinto e l'ottavo comma del nuovo art. 177 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, riprendono letteralmente i commi quarto e quinto del decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22).

Innanzitutto il codice allarga la cerchia dei soggetti pubblici chiamati ad instaurare il sistema di collaborazione energetica d'intesa con i privati.

Al pari dello Stato, delle Regioni e degli enti locali, infatti, anche alle Province autonome sono riconosciuti i poteri e le funzioni di competenza in materia di gestione dei rifiuti, nonché la facoltà di adottare qualsiasi tipo di azione opportuna per il raggiungimento delle finalità prescritte e di avvalersi della collaborazione di soggetti pubblici o privati.

Rispetto a quanto previsto dal citato art. 2 co. 4 del d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 (decreto Ronchi) vengono inclusi nel novero degli strumenti di azione amministrativa concordata i protocolli d'intesa, anche sperimentali.

L'articolo inoltre legittima il ricorso alle forme consensuali di esercizio della potestà amministrativa. L'utilizzo di questi duttili e rapidi strumenti di regolamentazione, appare idoneo a fugare il rischio di chiudere la disciplina dei settori e delle fasi di gestione dei rifiuti nel rigore dei provvedimenti legislativi (65).

Viene inoltre prevista la strutturazione di un sistema sinergico di collaborazione tra Pubbliche Amministrazioni e soggetti privati e, vengono definiti, *ex novo* e con precisione i margini del contesto unitario entro il quale procedere alla redazione delle norme tecniche, alla realizzazione dei sistemi di accreditamento e dei sistemi di certificazione relativi, anche indirettamente, alle materie ambientali in generale ed alla gestione dei rifiuti nello specifico.

---

(65) Cass. Pen. 2 aprile 2001 e Cons. St. 3 gennaio 2002, n. 11.

Un ultimo aspetto da evidenziare è l'adeguamento degli ordinamenti regionali e provinciali alle disposizioni di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

Va sottolineato che il co. 7 dell'art. 177 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, discostandosi da quanto era previsto nel decreto Ronchi all'art. 1, impone alle Regioni, senza differenziare tra quelle a statuto ordinario e quelle a statuto speciale, e alle Province autonome di adeguare i propri ordinamenti alle norme di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ribadendo il margine temporale annuale già previsto dal legislatore del 1997.

### *9. I Principi della gestione dei rifiuti.*

Con riferimento alla gestione dei rifiuti, prima dell'entrata in vigore del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006 n.152) la materia era ispirata ad una serie di principi.

Innanzitutto la gestione dei rifiuti doveva essere eseguita senza produrre alcun tipo di inquinamento vale a dire senza pericolo per la salute dell'uomo, senza usare procedimenti o metodi che avrebbero potuto recare pregiudizio all'ambiente e, in particolare:

- senza determinare rischi per l'acqua, l'aria, il suolo e per la fauna e la flora;
- senza causare inconvenienti da rumori o odori;
- senza danneggiare il paesaggio ed i siti di particolare interesse, tutelati in base alla normativa vigente.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2 comma 1 del decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22) la gestione dei rifiuti andava considerata come attività di pubblico interesse, con l'importante implicazione pratica che tale qualificazione dell'attività giustificava la tutela pubblicistica della materia prevista dal decreto ed in secondo luogo consentiva l'applicazione dell'istituto della espropriazione per il reperimento degli spazi necessari per la realizzazione di opere, costruzioni ed impianti diretti allo smaltimento dei rifiuti.

Va precisato che la qualificazione dell'attività come "di pubblico interesse" acquista poi valore sostanziale se viene messa in relazione con il principio di responsabilità condivisa di cui all'art. 2 comma 3 (66).

La gestione dei rifiuti, essendo di pubblico interesse, si conformava ai principi di responsabilizzazione e cooperazione di tutti i soggetti coinvolti nella produzione, distribuzione, utilizzo e consumo dei beni da cui originavano i rifiuti.

Come sopra riportato, la responsabilizzazione dei produttori e detentori di rifiuti trovava la sua più palese conferma nel principio del "chi inquina paga", previsto dall'art. 10, secondo cui gli oneri delle attività di smaltimento erano a carico del detentore o del produttore; quest'ultimo poteva provvedere in proprio allo smaltimento dei rifiuti speciali o tramite conferimento a terzi autorizzati.

Rispetto alla precedente disciplina va sottolineato che si dava più atten-

---

(66) P. FICCO, F. GERARDINI, *La gestione dei rifiuti*, Milano, 1997, pag. 14.

zione al concetto di gestione anziché al concetto di smaltimento dei rifiuti e questo è stato dovuto soprattutto all'intervento comunitario come è stato successivamente confermato anche nel codice dell'ambiente.

Gli articoli 3, 4 e 5 del decreto Ronchi (d. lgs. 5 febbraio 1997 n. 22) già individuavano un ordine di priorità dei rifiuti.

Ai sensi dell'art. 3 del suddetto decreto, occorre innanzitutto adottare iniziative dirette a favorire in via prioritaria, la prevenzione e la riduzione e pericolosità dei rifiuti, mentre, ai sensi dell'art. 4 sempre del decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22) la gestione dei rifiuti deve avvenire attraverso il recupero degli stessi; infine l'art. 5 del decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22) considera come residuale la fase dello smaltimento nell'ambito della gestione dei rifiuti.

Infine, con l'art. 178 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, a fianco del principio di responsabilizzazione e della cooperazione dei soggetti che concorrono all'attuazione di gestione dei rifiuti cui è correlato un obbligo di reciproco controllo rispondente alla necessità di impedire la frammentazione del ciclo del prodotto sotto il profilo delle responsabilità (67) e del principio del "*polluter pays*", secondo il quale "chi inquina paga", per la prima volta, la norma richiama il *principio di prevenzione* ed il *principio di precauzione*.

Anche nella gestione dei rifiuti viene dunque imposta la soggezione ad un regime autorizzatorio e l'adozione di misure protettive di soglia più elevata a fronte della minaccia di un danno serio ed irreversibile dell'ambiente anche laddove non ricorra una piena certezza scientifica.

Vengono introdotti per la prima volta nell'art. 178 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 i criteri di *efficacia, di efficienza e trasparenza* quali parametri necessari nello svolgimento delle fasi della raccolta, del trasporto, smaltimento e recupero in cui si avvicenda la gestione dei rifiuti, al fine di garantire il raggiungimento degli obiettivi prefissati, l'ottimizzazione delle risorse assegnate o disponibili e la riduzione dei costi.

#### 10. La riforma della gestione dei rifiuti solidi urbani.

In tempi recenti non sono mancate voci autorevolissime (68), che già sostenevano la necessità di una riforma in tema di rifiuti solidi urbani. In particolare prima della proposta di legge Delrio (legge 7 aprile 2014 n. 56), sono state fatte diverse osservazioni che si fondavano essenzialmente su tre importanti principi.

Il primo principio era quello di attribuire i costi di gestione dei rifiuti ai soggetti che immettono sul mercato prodotti potenzialmente generatori di rifiuti.

---

(67) NITTI, *La gestione dei rifiuti*, in *Dir. Pen. Amb.* 2006, 254.

(68) *La riforma della gestione dei rifiuti urbani* TULLIO FANELLI, MARCELLO CLARICH, LUIGI DE PAOLI, ALESSANDRO ORTIS, GIANNI SILVESTRINI, FEDERICO TESTA in *Idee per lo sviluppo sostenibile*.

Il secondo principio, concernente il contributo ambientale da caricare sul prezzo dei prodotti immessi al consumo, doveva coprire i costi per il recupero dei suddetti prodotti a fine vita (per brevità “i rifiuti”) in modo da consentirne il riuso, il riciclo o lo smaltimento (tramite termovalorizzatore o in discarica).

Il terzo principio della riforma doveva prevedere l'introduzione di meccanismi economici che incentivassero la partecipazione attiva dei cittadini e delle comunità locali alla riduzione della produzione dei rifiuti da mandare in discarica o verso termovalorizzatori massimizzando la raccolta differenziata.

In specie, con riferimento al primo principio merita precisare che, applicando un adeguato contributo ambientale a carico dei produttori/importatori di beni e servizi si sarebbe potuto non solo generare il flusso di cassa necessario ai Comuni per coprire i costi di raccolta e smaltimento ma anche per incentivare la raccolta differenziata e il riciclaggio.

Nel nuovo modello organizzativo dei servizi pubblici, il contributo ambientale avrebbe potuto, in tutto o in parte, essere traslato sui prezzi dei beni e servizi (prezzi comunque soggetti alla compressione concorrenziale); di conseguenza, il pagamento dei costi di gestione dei rifiuti urbani da parte dei cittadini sarebbe avvenuto all'atto dell'acquisto dei prodotti e sarebbe stato connesso e modulato con la natura e il quantitativo dei rifiuti che originano dai prodotti acquistati.

Tale nuovo modello avrebbe consentito di stimolare i produttori a ridurre le componenti dei prodotti che generano rifiuti, attribuire equamente i costi di gestione del sistema dei rifiuti, eliminare la TARES o altre forme di tassazione (TARI), rimuovere anche l'iniquità connessa al problema della morosità.

Nel complesso si sarebbe trattato di una manovra da circa 10 miliardi di euro all'anno, che, non solo non avrebbe determinato un innalzamento del prelievo fiscale ma avrebbe portato nel tempo ad una maggiore efficienza con minori costi per i cittadini e le imprese.

Inoltre tale proposta non avrebbe inciso né sull'equilibrio finanziario dei Comuni (che anzi, si sarebbero visti sollevati dagli oneri e dalle incertezze relative alla riscossione delle imposte), né sull'attuale sistema dei consorzi (CONAI), se non in termini di rafforzamento.

Il nuovo modello sarebbe stato infine del tutto compatibile (ed anzi più aderente) agli indirizzi comunitari, ad iniziare da quello del “*chi inquina paga*”.

Il secondo principio, invece, si ispirava al più generale principio che “*l'inquinatore paga*” affermato in molti documenti dell'Unione Europea come cardine della politica ambientale europea, facendo corrispondere il pagamento al costo per l'abbattimento dell'inquinamento medesimo.

Il terzo principio, infine, era considerato come un corollario del secondo in quanto il costo della raccolta differenziata fa parte dei costi complessivi per affrontare il tema della minimizzazione dei costi ambientali legati allo smaltimento dei prodotti acquistati dai consumatori. Allo stesso tempo, però, tra-

sforma in elemento positivo, premiato monetariamente, il comportamento dei cittadini che collaborano attivamente per incrementare la raccolta differenziata e la sua qualità.

In tal modo si sarebbe potuti passare da una situazione nella quale i cittadini pagano per conferire i rifiuti ad una situazione nella quale i cittadini vengono pagati per fare la raccolta differenziata e per il corretto conferimento dei rifiuti.

Inoltre, la piena attuazione della nuova previsione di gestione dei rifiuti urbani avrebbe consentito di accelerare il raggiungimento di una elevata percentuale di raccolta differenziata; ridurre di conseguenza la necessità di aprire nuove discariche; ridurre i fenomeni criminosi associati alla gestione dei rifiuti urbani; creare occasioni per lo sviluppo di filiere industriali, di norma ad elevata intensità tecnologica. Soprattutto, la proposta di legge avrebbe reso il sistema di gestione dei rifiuti urbani sempre più efficiente non solo dal punto di vista ambientale ma anche economico, con minori costi per le amministrazioni a grazie ai minori conferimenti in discarica ed ai maggiori ricavi connessi alle vendite di materiali recuperati e con conseguente diminuzione dei contributi ambientali in relazione ai miglioramenti in termini quantitativi e qualitativi dei prodotti che generano rifiuti.

Naturalmente tale proposta, sebbene finalizzata a massimizzare il riciclaggio dei rifiuti, avrebbe inciso non solo sulla riduzione delle quantità da conferire in discarica ma anche sull'aumento di quelle da destinare al compostaggio e alla termovalorizzazione; va notato, tuttavia, che la migliore caratterizzazione dei rifiuti avrebbe contribuito a superare l'innaturale "territorialità" nella gestione degli impianti di chiusura del ciclo dei rifiuti, ed in particolare dei termovalorizzatori.

Recentemente il Governo Renzi ha avviato un processo di riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (legge n. 56 del 7 aprile 2014) con l'obiettivo di favorirne l'efficienza e consentire alle Amministrazioni regionali e locali di:

- a) rafforzare le proprie competenze e migliorare le attività di regolazione, gestione, affidamento, controllo, vigilanza e monitoraggio dei servizi pubblici locali;
- b) adattare le norme regionali all'ordinamento nazionale e ai principi comunitari;
- c) modernizzare il settore ed accelerare gli investimenti programmati.

I principali elementi della riforma consistono essenzialmente nel superamento della frammentazione organizzativa e gestionale e nella regolamentazione della gestione *in house*.

Con riferimento alla prima va precisato che secondo l'art. 3 *bis* del d.l. 13 agosto 2011, n.138, Regioni e Province autonome "delimitano gli ambiti o bacini territoriali ottimali (ATO), che devono avere dimensioni almeno provinciali. Dimensioni inferiori devono essere giustificate in base ai principi di

proporzionalità, adeguatezza ed efficienza e ai criteri di differenziazione territoriale e socio-economica”; individuano o designano gli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali.

In caso di mancata delimitazione da parte di Regioni o Province autonome, a partire dal 1° luglio 2012, il Consiglio dei ministri era autorizzato ad esercitare i poteri sostitutivi procedendo con la perimetrazione degli ambiti o bacini territoriali ottimali (art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131).

La mancata istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito o bacino comporta l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Prefetto competente per territorio (art. 13 D.L. 30 dicembre 2013 n. 150).

Gli enti locali *de lege data*, devono obbligatoriamente aderire agli enti di governo degli ATO entro il 1° marzo 2015 o entro 60 giorni dall'individuazione o designazione dell'ente di governo d'ambito.

Trascorsi questi termini, il Presidente della Regione esercita, dopo la diffida ad adempiere entro trenta giorni, i poteri sostitutivi nei confronti degli enti locali inadempienti.

Secondo l'art. 3 *bis* del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, gli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali svolgono le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, curando:

- la scelta della forma di gestione.
- la determinazione delle tariffe all'utenza (per quanto di competenza).
- l'affidamento della gestione e il relativo controllo.

Con riferimento alla regolamentazione delle gestioni *in house* merita precisare che gli enti di governo degli ATO possono affidare direttamente la gestione di servizi pubblici locali a società *in house*.

Nel d.l. n. 150 del 30 dicembre 2013 convertito in legge n. 15 del 27 febbraio 2014, vi sono norme tese a limitare l'inefficienza gestionale degli enti territoriali; si cita come esempio l'art. 13 co. 2 del suddetto decreto (termini in materia di servizi pubblici locali) ai sensi del quale: “La mancata istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ai sensi del comma 1 dell'articolo 3-*bis* del decreto-legge del 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, ovvero la mancata deliberazione dell'affidamento entro il termine del 30 giugno 2014, comportano l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Prefetto competente per territorio, le cui spese sono a carico dell'ente inadempiente, che provvede agli adempimenti necessari al completamento della procedura di affidamento entro il 31 dicembre 2014”.

Tornando a ritroso, in caso di affidamento *in house*, la relazione redatta ai sensi dell'art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, deve contenere indicazioni in merito all'assetto economico-patrimoniale della società, al capitale investito e all'ammontare dell'indebitamento; questi dati devono essere aggiornati ogni 3 anni.

Gli enti locali che affidano servizi pubblici locali a società *in house* devono accantonare, nel primo bilancio utile e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per ciascun triennio nonché redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*.

Gli organi di vertice delle Regioni e degli enti locali devono definire e approvare entro il 31 marzo 2015 un piano operativo di razionalizzazione, indicando:

1) modalità e tempi di attuazione.

2) dettaglio dei risparmi da conseguire, anche attraverso l'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Il servizio di gestione rifiuti urbani, comprendente le attività di raccolta, trasporto, recupero e smaltimento, può essere organizzato in modo integrato per l'intero ciclo (inclusa la gestione e la realizzazione degli impianti) oppure con l'affidamento di singoli segmenti (raccolta, raccolta differenziata, commercializzazione, smaltimento).

Il servizio è organizzato sulla base di ambiti territoriali ottimali (ATO), secondo criteri che fanno riferimento al superamento della frammentazione delle gestioni; conseguimento di adeguate dimensioni gestionali; sistema della viabilità locale; localizzazione e capacità degli impianti esistenti e pianificati.

Le regole in base alle quali le Regioni definiscono l'assetto territoriale e organizzativo del servizio discendono da un complesso di norme contenute nel Testo Unico Ambientale (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), nel d.l. 13 agosto 2011 n. 138 (art. 3-*bis*), nella legge 23 dicembre 2009 n. 151 (art. 2 comma 186-*bis*) e nel D.L. 31 maggio 2010 n. 78.

Le Regioni delimitano gli ATO secondo criteri idonei a massimizzare l'efficienza del servizio e ne individuano i soggetti di governo.

Sulle amministrazioni regionali correva l'obbligo, entro il 31 dicembre 2012, di riattribuire le funzioni di organizzazione del servizio eventualmente in capo alle Autorità d'ambito.

Le recenti norme sulla razionalizzazione della spesa pubblica (d.l. 6 luglio 2012 n. 95) attribuiscono questa funzione ai Comuni, che la esercitano in forma aggregata, sulla base delle aree ottimali delimitate dalle Regioni.

Le Regioni devono verificare la dimensione ottimale degli ATO e dettare gli indirizzi per l'organizzazione del servizio, in forma prevalentemente associata, da parte dei comuni.

Infine il processo di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica deve tener conto anche delle norme di settore e cioè del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, per il servizio idrico e dei rifiuti del d.lgs. 19 novembre 1997 n. 422 (che conferisce alle regioni ed agli enti locali funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale).

Infine, la legge Delrio (legge n. 56 del 7 aprile 2014) all'art. 1 co. 90, ha



imposto allo Stato o alle Regioni, in funzione della materia, la soppressione di enti o agenzie (consorzi, società *in house*) alle quali siano state attribuite funzioni di organizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica in ambito provinciale o sub-provinciale, con contestuale riattribuzione di tali funzioni alle province.

Le Regioni che emanano provvedimenti normativi per la soppressione di questi enti sono destinatarie di risorse finanziarie premiali.

### 11. Conclusioni.

Il problema dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ed in particolar modo quello relativo alla tematica della gestione dei rifiuti solidi urbani, nonostante i ripetuti interventi legislativi è rimasto tuttora un nodo da sciogliere.

Infatti, da un parte vi è il legislatore che ha finora cercato di legittimare l'affidamento dei servizi pubblici locali con reiterati interventi legislativi: si citano come esempi l'art. 23 *bis* della d.l. 25 giugno 2008 n. 112, l'art. 4 del d.l. 13 agosto del 2011 n. 138 e da ultimo il d.l. 30 dicembre 2013 n. 150 c.d. decreto milleproroghe e da ultimo la legge 7 aprile 2014 n. 56.

Dall'altra parte la Corte Costituzionale che con la sentenza n. 199 del 2012, ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli articolo 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 e l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 vanificando i tentativi del legislatore.

L'istituto giuridico dell'*in house providing* è stato considerato legittimo in presenza delle tre condizioni del controllo analogo, della dedizione prevalente e della partecipazione pubblica totalitaria; tuttavia, in presenza delle stesse, il soggetto *in house* è solo formalmente e non sostanzialmente distinto dall'amministrazione o dalle amministrazioni controllanti, delle quali costituisce una *longa manus* o braccio operativo.

Merita sottolineare che la libertà delle amministrazioni di autoorganizzarsi costituisce principio da sempre riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'U.E., ma esso però convive con l'altro principio cardine del Trattato "di tutela della concorrenza".

C'è chi ha giustamente osservato (69) "che si tratta di due principi che non vivono su due rette parallele che non si incontrano mai; essi, invece, vanno coordinati tra di loro, dato che la libertà di autoorganizzazione se incide sul principio di concorrenza non è più consentita; anzi essa non può mai portare al punto di chiudere l'accesso al mercato". Anche se, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, quando l'amministrazione affida direttamente

---

(69) C. VOLPE, *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*. (Relazione, riveduta e corretta, svolta nel seminario di studi su "La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica" organizzato dalla Società sarda degli avvocati amministrativisti a Cagliari il 4 luglio 2014).

a un soggetto *in house* un servizio o un appalto, essa non incide sul mercato proprio perché non si verifica alcuna relazione di mercato, intesa come rapporto intersoggettivo. È chiaro però che, nella sostanza, l'affidamento diretto toglie comunque la possibilità agli operatori del settore di conseguire una commessa pubblica. E allora la chiave di volta la si trova nell'art. 106, comma 2, primo periodo, del TFUE, secondo cui *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

In definitiva quindi, nell'ambito della gestione di servizi di interesse economico generale, ossia dei servizi pubblici di rilevanza economica, vanno innanzitutto osservate le regole di concorrenza.

Solo allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli l'adempimento della specifica missione affidata ai soggetti incaricati della gestione dei servizi, consistente nella soddisfazione dei bisogni degli utenti destinatari dei servizi, è consentito non applicarle e quindi affidare direttamente il servizio ad un soggetto *in house* in deroga alla concorrenza. È quanto accade nell'ipotesi del cosiddetto fallimento del mercato, nozione nota agli economisti, che si verifica quando l'indizione di una procedura di evidenza pubblica diventa antieconomica per l'ente pubblico poiché non si trovano sul mercato soggetti interessati a svolgere lo specifico servizio, o a svolgerlo alle condizioni richieste.

## La “messa alla prova”: novità applicative e criticità di uno strumento giuridico di deflazione carceraria

Vincenzo Laruffa\*

SOMMARIO: 1. La ratio dell'istituto della messa alla prova - 2. La natura giuridica dell'istituto - 3. Profili critici - 4. Considerazioni conclusive.

### 1. La ratio dell'istituto della messa alla prova.

Il sistema punitivo italiano, anzi l'intero ordinamento giuridico statale, si fonda su alcuni istituti che rappresentano i capisaldi intorno ai quali ruota tutta l'attività legislativa, in particolar modo in ambito penale. Il riferimento, com'è noto, va in primo luogo al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), al principio di legalità (art. 25, comma 2 Cost.) e, in secondo luogo, al principio del consenso dell'imputato.

Questi sono quegli elementi che, più di ogni altro, influenzano il processo penale sia nella sua gestione interna che nella riforma della sua struttura.

Tuttavia, di recente, a questi tre cardini del sistema penale italiano ne è intervenuto uno nuovo, quello della deflazione penale, un'esigenza nata principalmente su impulso della Corte di Giustizia che (in numerose pronunce per violazione dell'art. 3 della CEDU) ha affermato l'estrema urgenza di attuare riforme che decongestionino le carceri degli Stati in cui il sovraffollamento è particolarmente allarmante, primo fra tutti l'Italia.

Sulla base di quest'insieme di principi, il legislatore ha configurato (e ancora oggi sta proseguendo in questo senso) una serie di strumenti che mirano a prevenire la condanna detentiva, decongestionando i procedimenti penali, al fine di ottenere nel lungo termine, anche effetti di decarcerizzazione.

Naturalmente, decongestionare i procedimenti penali, non significa perseguire solo alcune fattispecie di reato rispetto ad altre, per le quali si esclude la perseguibilità penale, in quanto, se così fosse, si violerebbe il summenzionato principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, che rende impossibile bloccare a priori le *notitiae criminis*.

Diversamente, il decongestionamento avviene grazie al c.d. sistema bifasico del processo, che consente all'imputato di scegliere una “via preferenziale” che gli consente di uscire dal contesto processuale prima ancora della pronuncia del giudice (il riferimento va agli istituti quali: il patteggiamento, il rito abbreviato o la mancata opposizione al decreto penale di condanna).

Si evidenzia, inoltre, che a questi istituti già in vigore ne sono intervenuti altri, principalmente orientati a produrre effetti di deflazione carceraria, com'è

---

(\*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

avvenuto, ad esempio, con il famoso Decreto legge n. 146 del 2013 (meglio conosciuto come decreto “svuota carceri”) (1), oppure con la nuova Legge 28 aprile 2014, n. 67 (2), entrata in vigore il 17 maggio 2014, che ha introdotto nel sistema della giustizia penale ordinaria l’istituto della “messa alla prova”, già conosciuto da oltre un ventennio nell’ambito del procedimento penale a carico degli imputati di minore età (3).

Tuttavia, nonostante la “messa alla prova” prevista per gli adulti sia stata ispirata da quanto già previsto per i minori, i due istituti non sono tra loro sovrapponibili, in quanto il primo si discosta nettamente dal secondo.

Infatti, l’originaria fattispecie nasce sia dall’esigenza di limitare il più possibile la permanenza del minore all’interno della struttura detentiva, che dalla necessità di intervenire sulla sua giovane coscienza, affinché dal trattamento rieducativo nasca un sentimento di pentimento e di ravvedimento che lo responsabilizzi e lo allontani dal commettere nuovi reati.

Per converso, con la messa alla prova per gli imputati adulti, pur essendo astrattamente possibile il raggiungimento di un obiettivo risocializzativo, si vuole principalmente promuovere una soluzione alternativa alla detenzione, che ripensi la gestione del processo penale al fine di garantire la trattazione dei soli procedimenti relativi a fatti che necessariamente sono meritevoli di un accertamento dibattimentale (4) e per i quali l’*extrema ratio* non può che essere la detenzione in carcere.

In altre parole, lo scopo dell’istituto, nella sua prima applicazione, è fondamentalmente di tipo educativo e risocializzativo, infatti, proprio per queste ragioni, può essere richiesto in qualsiasi fase processuale (anche in appello).

---

(1) Successivamente convertito con la Legge n. 10 del 2014.

(2) Recante: «*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*».

(3) L’istituto della “sospensione con messa alla prova” è stato introdotto, per la prima volta, con il Dpr n. 448/88, ai sensi del quale all’art. 28: “1. Il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minore all’esito della prova disposta a norma del comma 2. Il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell’ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi, per un periodo non superiore a un anno. Durante tale periodo è sospeso il corso della prescrizione.

2. Con l’ordinanza di sospensione il giudice affida il minore ai servizi minorili dell’amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato.

3. Contro l’ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l’imputato e il suo difensore.

4. La sospensione non può essere disposta se l’imputato chiede il giudizio abbreviato o il giudizio immediato.

5. La sospensione è revocata in caso di ripetute e gravi trasgressioni alle prescrizioni imposte”.

(4) Cfr. F. FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 2014, 63.

Nel caso dell'applicazione nei confronti degli imputati adulti, invece, le finalità sono ben diverse e riassumibili essenzialmente in tre obiettivi:

1. ridurre il sovraffollamento carcerario;
2. ridurre il numero dei procedimenti penali;
3. incentivare le condotte riparatorie (5).

Emerge quindi un unico scopo deflattivo che verrebbe di fatto assicurato con il buon esito del programma di messa alla prova, successivamente accertato con sentenza dichiarativa di estinzione del reato stesso.

Siamo quindi di fronte ad una soluzione che non si propone come alternativa al modello sanzionatorio classico, ma, discostandosi da quest'ultimo, occupa un ruolo di "valvola di sfogo" (6) per l'intero sistema, in quanto evita l'ingresso in carcere degli autori di reati meno gravi, riducendo la popolazione carceraria e ponendo un rimedio concreto all'ormai noto sovraffollamento degli istituti penitenziari italiani.

## 2. Natura giuridica dell'istituto.

La sospensione del procedimento con messa alla prova trae origine dall'istituto della *probation* del diritto anglosassone, seppur se ne discosta nella fase applicativa (7); infatti, a differenza della c.d. *probation* penitenziaria, essa trova applicazione prima ancora della definizione del processo, anzi, tende addirittura ad anticiparlo.

A differenza degli altri riti alternativi al processo, che venivano applicati solo sul piano meramente processuale, la messa alla prova vanta una duplice natura, da un lato un profilo sostanziale che lo annovera tra le cause di estinzione del reato e, dall'altro, un profilo processuale, perché rientra tra i c.d. procedimenti speciali alternativi al processo penale (8).

È evidente, dunque, che il nuovo istituto si pone come diretta espressione di rinnovamento del tradizionale sistema sanzionatorio punitivo-deterrente, volto ad affermare sanzioni alternative alla detenzione che però escludano la celebrazione del processo.

Si potrebbe affermare che con la messa alla prova, l'ordinamento ha voluto concludere una sorta di "patto" con l'imputato, definibile in un rapporto di *do ut des* in cui lo Stato è disposto a offrire un trattamento sanzionatorio di maggior favore, o comunque di carattere meno afflittivo, per convincere

---

(5) Cit. M. ZANCHETTI, E. MANCUSO, *Sospensione del procedimento e messa alla prova: profili sostanziali e profili processuali*, in [http://www.liuc.it/formaprof/cm/upload/POF\\_25%20marzo2015.pdf](http://www.liuc.it/formaprof/cm/upload/POF_25%20marzo2015.pdf), 5.

(6) Cit. F. GIUNCHEDI, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, in *Archivio Penale*, 2014, 4.

(7) Infatti, nel diritto anglosassone, la *probation* si applica a seguito di una sentenza di condanna e non anticipatamente come, per converso, avviene nell'ordinamento giuridico italiano; (cfr. G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. Pen.*, 2015, 1, 125 ss.).

(8) Come ad esempio nel caso del giudizio abbreviato, dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, del giudizio direttissimo, come anche in quello immediato.

l'imputato a rinunciare al processo e quindi alla garanzia della *plena cognitio*.

Venendo al profilo prettamente tecnico-applicativo della messa alla prova, secondo quanto previsto dall'art. 168 *bis* del codice penale, ci si rende conto che, analogamente a quanto già da tempo il codice aveva previsto per i minori, anche nel caso di imputati adulti l'istituto della messa alla prova consiste essenzialmente nell'affidamento dell'interessato ai servizi sociali, affinché possa svolgere un programma di trattamento studiato *ad hoc* (9), e quindi commisurato alla gravità del reato per il quale la misura viene concessa. In particolare, essa può consistere, in attività di volontariato o in altre attività di rilievo sociale (10), come anche nella prestazione di condotte riparative volte all'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose che sono derivate dal fatto illecito (11), integrate, "ove possibile" (12), anche da condotte risarcitorie.

In altre parole, più che programma di trattamento si tratta di un percorso riabilitativo e risocializzativo che l'imputato è portato a svolgere per il suo ravvedimento e successivo reinserimento sociale. Relativamente all'ambito applicativo, o meglio al "campo d'azione" previsto dall'istituto, si evidenziano - a differenza di quanto avviene con la messa alla prova per i minorenni - una serie di limiti distinguibili sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo.

La classe dei limiti oggettivi, svolge un ruolo sostanziale per un eventuale giudizio di applicabilità o meno dell'istituto (13). Il primo di questi è legato essenzialmente alla gravità del reato, configurabile dal maggiore plesso editale di pena previsto dal codice per ogni fattispecie di reato; per cui viene posto un tetto di quattro anni di reclusione come limite massimo per poter chiedere di essere ammesso alla messa alla prova, mentre non vi è alcun limite massimo di pena per quanto riguarda tutti coloro che sono imputati per reati puniti con la sola pena pecuniaria, in quanto, per questi casi, è sempre possibile accedere al procedimento speciale (14).

---

(9) Il programma di trattamento deve essere elaborato d'intesa con l'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna (UEPE), e deve comprendere tutte le prescrizioni di cui si compone la messa alla prova.

(10) Più precisamente, un lavoro di pubblica utilità che consiste nella prestazione di una attività non retribuita in favore della collettività, il quale deve tenere conto della professionalità e delle attitudini lavorative dell'imputato e le cui modalità di svolgimento non devono pregiudicare le sue esigenze di lavoro, studio, famiglia e di salute.

(11) Cfr. art. 168 *bis*, 2° comma, c.p.

(12) L'inciso "ove possibile" (ex Art. 168 *bis*, 2° comma, c.p.), caratterizza sia le disposizioni procedurali dedicate alla promozione dell'esperienza conciliativo, sia quelle sostanziali dedicate al risarcimento del danno nel programma di messa alla prova. In questo modo, ha fatto ufficialmente ingresso nell'ordinamento italiano la mediazione penale (ex Art. 464 *bis*, 4 comma, c.p.p.), in quanto tra i contenuti essenziali del programma di trattamento sono previste condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa.

(13) Con riferimento ai limiti oggettivi per l'applicazione dell'istituto, l'art. 168 *bis* c.p. stabilisce al primo comma che l'imputato può richiedere la sospensione del processo con messa alla prova "nei procedimenti per reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena editale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'art. 550 del codice di procedura penale" (cit. Art. 168 *bis*, 1° comma, c.p.).

Da ciò ne deriva che la tipologia di illeciti per i quali è possibile optare per la sospensione del processo con messa alla prova, copre in gran parte quei reati c.d. “bagatellari” procedibili ad istanza di parte, in quanto finalizzati ad ottenere, non tanto la restrizione carceraria del responsabile dal punto di vista penale, quanto le restituzioni o il risarcimento del danno derivato dal reato (di cui all’art. 185 c.p.); l’insieme di questi elementi - come giustamente ha evidenziato l’autore F. Giunchedi - ha inoltre determinato un duplice effetto sul piano deflattivo, sia a favore della giustizia penale, che di quella civile (15).

Per converso, il secondo limite oggettivo, anch’esso previsto all’art. 168 *bis* c.p., stabilisce che il beneficio della messa alla prova non può essere concesso due volte nei confronti dello stesso imputato (16). In concreto, occorre preliminarmente ravvisare che la recente applicazione dell’istituto rende estremamente improbabile il caso in cui un soggetto si ritrovi, per la seconda volta (17), a chiedere che venga concessa la misura della messa alla prova. Tuttavia, al fine di scongiurare ogni ipotesi contraria, come il caso in cui un soggetto imputato in procedimenti diversi chieda di essere ammesso alla prova (18), il legislatore ha stabilito che l’imputato allegghi all’istanza di messa alla prova una autocertificazione mediante la quale dichiara di non aver presentato altre istanze e comunque di non esservi stato ammesso (19).

Sul piano soggettivo - a differenza di quanto avviene in sede minorile, in cui non si evidenzia alcun limite di tale specie - l’art. 168 *bis* c.p. dispone un solo limite soggettivo, per cui la misura della messa alla prova non può essere applicata: al delinquente professionale, al delinquente abituale e né tantomeno al delinquente per tendenza. In altre parole, la *ratio* di questa preclusione voluta dal legislatore, ruota intorno ad un giudizio prognostico che il giudice è chia-

---

(14) Oltre al mero rimando ai reati contenuti dall’art. 550 c.p.p., per i quali è possibile chiedere di essere ammessi alla prova.

(15) Cfr. F. GIUNCHEDI, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, in *Archivio Penale*, 2014, 3.

(16) Una circostanza, questa, che emergerà dal certificato del casellario giudiziale. Infatti, la disposizione di cui all’art. 3 (L), comma 1 del D.p.r. 14 novembre 2002 n. 313, prevede che in esso venga iscritta anche “l’ordinanza che ai sensi dell’articolo 464 quater c.p.p. dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova” (cfr. M. ZANCHETTI, E. MANCUSO, *Sospensione del procedimento e messa alla prova: profili sostanziali e profili processuali*, in [http://www.liuc.it/formaprof/c\\_/upload/POF\\_25%20marzo2015](http://www.liuc.it/formaprof/c_/upload/POF_25%20marzo2015), 32).

(17) Resta certamente più plausibile che si verifichi l’ipotesi in cui il soggetto che chieda l’applicazione della misura speciale, ne abbia già beneficiato per un reato commesso quando era minorenni. In questo caso, a differenza di quanto affermato da parte della dottrina, pur trattandosi della medesima persona imputata in due momenti diversi, la messa alla prova non può essere negata perché il soggetto ne ha già beneficiato, infatti, l’istituto previsto per i minorenni è completamente diverso da quello previsto per le persone adulte, divergendo non soltanto nei limiti applicativi, ma soprattutto nelle norme che li disciplinano.

(18) Cfr. V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L. 67/14*, in [www.scuolamagistratura.it](http://www.scuolamagistratura.it) ed in *Diritto Penale Contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2014, 9.

(19) A. SALVATORI, R. ARATA, *La scommessa “culturale” della sospensione con messa alla prova alla verifica delle aule di tribunale*, in *Questione Giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2014, 31.

mato a compiere sulla base della pericolosità sociale dell'imputato, per comprendere la capacità di quest'ultimo a delinquere. È evidente che, nonostante la norma voglia escludere l'applicabilità della messa alla prova per tutti coloro che possono ragionevolmente essere definiti pericolosi per il loro profilo delinquenziale, non viene fatto alcun richiamo alla figura del recidivo, con la controversa conseguenza di poter accordare la misura speciale anche a quei soggetti nei confronti dei quali è già stata emessa una condanna definitiva.

Nessun limite, invece, sembra essere stato previsto in ordine ai rapporti tra la messa alla prova e gli altri istituti speciali per l'imputato; quindi, nell'ipotesi in cui un soggetto abbia già beneficiato della sospensione con messa alla prova, si dovesse trovare imputato per un nuovo reato, può chiedere di usufruire della sospensione condizionale della pena.

Infine, una volta avanzata la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova (nel rispetto dei termini e delle modalità dettate dagli artt. 464 *bis* c.p.p. e seguenti), il giudice, dopo aver appurato la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge e l'assenza di qualsiasi limite prescritto, accorda l'applicazione dell'istituto con ordinanza di sospensione del procedimento e indica la data di udienza in cui verrà espletata la valutazione della relazione conclusiva redatta dall'UEPE, che riporta l'andamento del programma svolto dall'imputato e l'esito dello stesso.

### 3. *Profili critici.*

Il primo elemento critico sul quale non si è ancora consolidato un orientamento univoco né in dottrina e né tantomeno in giurisprudenza, riguarda l'influenza di eventuali circostanze aggravanti rispetto al calcolo del massimo edittale di pena ai fini dell'applicabilità della messa alla prova.

La questione ha sollevato intensi dibattiti e, ancora oggi, vi sono idee fortemente contrapposte. A tal proposito, infatti, sin da quando i giudici di legittimità hanno cominciato la disamina delle problematiche legate al nuovo istituto, hanno espresso un giudizio negativo rispetto alla questione relativa al calcolo delle circostanze aggravanti nel giudizio di ammissibilità della messa alla prova, disponendo che si dovesse considerare solo ed esclusivamente il massimo di pena per il reato per il quale si stava procedendo, sia nell'ipotesi di fattispecie tentata che consumata, al fine di accertare che il plesso edittale non superi il massimo di quattro anni di reclusione previsti dall'art. 168 *bis* c.p. (20).

Successivamente a questa prima pronuncia, la Corte di Cassazione è tornata sulla questione con una nuova sentenza che si discosta integralmente dall'originario orientamento, nonostante la nuova pronuncia sia stata promulgata da parte della medesima composizione giudicante che aveva emesso la prima sentenza in materia (Cass. Pen. sez. VI, sent. n. 36687 del 10 settembre

---

(20) Cfr. Cass. sez. VI, n. 6483, del 13 febbraio 2015.



2015). Infatti, la Corte ha ritenuto che il giudice, nel decidere l'applicabilità o meno dell'istituto della messa alla prova, dovrebbe tener conto anche della presenza di eventuali circostanze aggravanti ad effetto speciale ed applicare l'art. 550 c.p.p. (21), richiamato dall'art. 168 *bis* del c.p.

A placare le numerose controversie in uno scenario così incerto, è intervenuta un'ultima pronuncia della quarta sezione della Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 32787 (del 27 luglio 2015), ha reimpostato l'originario orientamento, in virtù del quale, le circostanze aggravanti non possono rientrare nel calcolo del livello massimo di pena.

A sostegno del nuovo orientamento appena riproposto, la Corte ha osservato che:

a) per quanto riguarda il dato meramente letterale descritto all'interno dell'art. 168 *bis* c.p., contrariamente a quanto la Corte aveva precedentemente affermato, non compie alcun rinvio sistematico all'art. 550 c.p.p. nella sua interezza, quanto piuttosto, solo ed esclusivamente al suo secondo comma, escludendo sia il rimando all'art. 4 c.p.p. (citato nel 1 comma dell'art. 550 c.p.p.) che l'incidenza del calcolo delle circostanze aggravanti nel giudizio di ammissibilità della messa alla prova;

b) la *ratio* deflattiva dell'istituto sarebbe rimasta vanificata laddove il giudice - nel considerare le eventuali circostanze aggravanti ad effetto speciale - avesse escluso dalla messa alla prova il responsabile di un reato punito con una pena detentiva che rientra nei limiti previsti dall'art. 168 *bis* c.p.; si pensi ad esempio, al caso in cui un soggetto imputato per reati in tema di sostanze stupefacenti, puniti con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni, si trovi ad essere escluso dall'istituto dalla messa alla prova perché la sostanza stupefacente era stata consegnata ad un minorenne, quale circostanza aggravante del reato.

Dunque secondo la Corte di Cassazione occorre considerare il solo dato edittale della pena, tralasciando qualsiasi altro elemento, come a voler ricordare che il ruolo del giudice si deve limitare ad eseguire una operazione meramente aritmetica, per evitare che l'applicazione del nuovo istituto avvenga sulla base di un giudizio del tutto discrezionale. Infatti, si deve considerare che quando il giudice è chiamato a decidere se concedere o meno l'istituto della messa alla prova, non ha ancora a disposizione degli elementi probatori certi che gli permettano di avere una completa cognizione dei fatti.

Un secondo elemento critico sorto con la prima e del tutto sperimentale sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato adulto, riguarda la possibile parziale applicazione dell'istituto. Più precisamente, ci si interroga sull'ammissibilità di una richiesta di separazione dei procedimenti al fine di

---

(21) Secondo questo orientamento della Corte di legittimità, si tratterebbe di un invio sistematico all'intero articolo e non esclusivamente al secondo comma.

poter chiedere la messa alla prova o solo per alcuni capi d'imputazione, oppure solo per alcuni imputati.

Emergono quindi due ipotesi:

a) la prima, di carattere soggettivo, si può verificare nel caso in cui in un processo vi siano più imputati dei quali alcuni chiedono di essere ammessi alla messa alla prova e altri no. Tale ipotesi, tuttavia, non desta alcuna incertezza da parte della giurisprudenza, infatti è pacifica la circostanza in cui un imputato scelga un rito diverso rispetto ad un altro, come ad esempio nel caso del patteggiamento;

b) la seconda ipotesi, per converso, ha una natura oggettiva e si riferisce a quei casi in cui vi è un solo imputato chiamato a rispondere di più reati, e quest'ultimo chiede di essere ammesso alla messa alla prova solo per alcuni dei capi d'imputazione (magari perché non tutti rientrano sotto il tetto dei quattro anni di reclusione previsto dall'art. 168 *bis* c.p.).

Tale questione ha diviso l'opinione dei giudici di merito e di legittimità, i quali hanno assunto posizioni nettamente diverse. Infatti, secondo il Tribunale di Torino (22) (che nel 2014 si è espresso con un giudizio favorevole alla parziale applicazione dell'istituto) la sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato è un istituto che non tende solo alla deflazione processuale, come per converso avviene nel caso del patteggiamento parziale, bensì anche a dare applicazione a delle esigenze costituzionali ben più importanti, quali appunto la risocializzazione dell'autore del reato (art. 27, comma 3, Cost.); per questi motivi, a parere del Tribunale di Torino, è necessario ammettere la separazione dei procedimenti e concedere la messa alla prova anche per i soli capi di imputazione che rientrano sotto il regime previsto dall'art. 168 *bis* c.p. (23).

Inoltre, l'inammissibilità dell'istanza di applicazione dell'istituto solo per alcuni capi di imputazione, avrebbe portato a delle conseguenze paradossali. "Ragionando astrattamente, infatti, occorre chiedersi cosa sarebbe accaduto nel caso in cui all'imputato di un processo oggettivamente cumulativo a cui siano stati addebitati diversi reati, per le quali non tutti ammettono l'istituto della messa alla prova, sia stata respinta l'istanza di sospensione con messa alla prova e all'esito del giudizio, lo stesso sia stato assolto per i soli reati che precludevano l'accesso alla messa alla prova e condannato per i reati per i quali avrebbe avuto diritto alla sospensione del processo e dunque, alla messa alla prova. In un simile scenario e in assenza di meccanismi di "recupero" dei benefici previsti dall'art. 168 *bis* e ss. c.p., la posizione soggettiva dell'imputato ne risulterebbe fatalmente pregiudicata" (24).

---

(22) Cfr. Trib. Torino, Sent. 3783 del 21 maggio 2014.

#### 4. Considerazioni conclusive.

Il miglior modo per concludere questo breve *excursus* riguardo un istituto tanto innovativo quanto controverso quale appunto è la sospensione del processo con messa alla prova, non può che essere la risposta alla domanda: a distanza di circa due anni dalla legge che lo ha previsto, si può affermare che tale istituto funzioni?

La risposta, paradossalmente, è estremamente semplice e intuitiva; infatti, affinché una diversa e non convenzionale “via processuale” venga intrapresa dall’imputato, la prima cosa da fare è assicurarsi che essa sia utile, vantaggiosa e premiale, rispetto a tutte le numerose altre strade che di norma l’imputato sceglie perché consigliate dal difensore.

Basti considerare, ad esempio, la sospensione condizionale che, di norma, l’imputato incensurato preferisce al di sopra di ogni altro istituto, proprio perché gli permette di ottenere la sospensione della pena senza l’obbligo di dover fare nulla, a differenza della messa alla prova che richiede l’adempimento di uno specifico programma riparativo e risocializzativo. Altre strade possibili sono il patteggiamento, oppure la prescrizione che considerando i tempi medi di definizione di un processo, offre un risultato certamente migliore.

Alla luce di quanto fin qui riportato, emerge chiaramente che la problematica principale dell’istituto della messa alla prova, riguarda essenzialmente il suo effetto di anticipazione della pena che lo rende poco appetibile e meno premiale di tanti altri.

Infatti, non va dimenticato che la messa alla prova interviene prima ancora del dibattimento e della sentenza definitiva, quando ancora l’imputato è (o meglio, dovrebbe essere) considerato presunto innocente.

A riprova di quanto fin qui esposto, si evidenzia che nel programma di trattamento applicato all’imputato che è stato “messo alla prova”, si possono riscontrare tutti gli elementi che tipicamente sono presenti nelle misure punitive, tra questi: la tipizzazione all’interno del codice penale delle modalità di applicazione dell’istituto, come ad esempio lo stabilire aprioristicamente la durata della messa alla prova prevista per un determinato reato; il rimando all’art. 133 c.p. quale principio generale indispensabile per la commisurazione della pena ma, soprattutto, l’aver previsto l’estinzione del reato all’esito positivo della messa alla prova, come a configurare uno sconto di pena anticipata.

---

(23) M. MIEDICO, “Sospensione del processo e messa alla prova per imputati maggiorenni: un primo provvedimento del Tribunale di Torino” in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25/06/2014, in [http://www.penalecontemporaneo.it/sospensione\\_del\\_processo\\_e\\_messa\\_alla\\_prova\\_per\\_imputati\\_maggiorenni.it](http://www.penalecontemporaneo.it/sospensione_del_processo_e_messa_alla_prova_per_imputati_maggiorenni.it)

(24) Cit. Trib. Torino, Sent. 3783 del 21 maggio 2014, 2.



# CONTRIBUTI DI DOTTRINA

## **Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la non ottemperabilità dei decreti presidenziali ante L. n. 69/2009**

*Domenico Andracchio\**

Il dovere fondamentale del potere  
è la sollecitudine per il bene comune della società:  
da qui derivano i suoi diritti fondamentali  
(Giovanni Paolo II)

*SOMMARIO: 1. Le origini storiche del ricorso al Capo dello Stato e le ragioni della sua preservazione nell'attuale sistema della giustizia amministrativa - 2. La natura giuridica del ricorso straordinario prima della L. n. 69/2009: le argomentazioni della «tesi amministrativa» e quelle della «tesi giurisdizionale» - 3. La «canonizzazione giurisdizionale» del ricorso straordinario per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 69 della L. n. 69/2009 e della giurisprudenza successiva alla novella normativa - 4. Il rimedio dell'ottemperanza avverso i decreti presidenziali - 5. La negata ottemperabilità dei decreti presidenziali adottati in epoca anteriore alla L. n. 69/2009: la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 15/2015 - 6. Critica e considerazioni conclusive.*

*1. Le origini storiche del ricorso al Capo dello Stato e le ragioni della sua preservazione nell'attuale sistema della giustizia amministrativa.*

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (1) affonda le sue radici storiche in quelle che erano le precipue caratteristiche (organizzative e funzionali) della forma di governo nota come monarchia costituzionale. In prospettiva di «correlazione e trasmigrazione istituzionale», non deve sorprendere che in uno Stato repubblicano (qual è quello attuale) sia stato accordato

---

(\*) Avvocato e cultore di giustizia amministrativa presso l'Università della Calabria; già praticante presso l'Avvocatura generale dello Stato.

(1) La bibliografia in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è vastissima.

usbergo giuridico ad un istituto di matrice autenticamente monastica. La figura del Capo dello Stato, invero, sia pure con le sue indefettibili specificità, non può essere considerata una creazione dei moderni apparati statuali. È stato già rilevato che «se è certo e corretto discorrere di questa istituzione soltanto con la nascita dello Stato, che, se non è moderno, non è Stato, è altrettanto certo

---

Per evitare di ridurre l'intero scritto ad una mera elencazione dei molteplici contributi che gli studiosi hanno dedicato all'esame del rimedio giustiziale di cui ci si occupa, sia consentito, in questa sede, menzionare gli scritti di: CAMMEO F., *Il ricorso straordinario al Re*, in *Quest. dir. amm.*, Firenze, 1900; BORSI U., *Sui ricorsi straordinari al re al momento della proclamazione della Repubblica e sui ricorsi analoghi eventualmente istituibili*, in *L'amministrazione italiana*, 1946, pp. 168 ss.; AGRÒ S., *Osservazioni sull'ammissibilità attuale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Rass. Avv. St.*, 1948, pp. 10 ss.; SANDULLI A.M., *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Bologna, 1953, pp. 401 ss.; CIARDULLI E., *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e la nuova Costituzione*, in *Rass. Avv. St.*, 1953, pp. 30 e ss.; ANDRIOLI V., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi*, in *Riv. infor. e mal. prof.*, I, 1954, pp. 172 ss.; BOSCO M., *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano, 1959; CONTI M., *Ancora sull'inammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Rass. Avv. St.*, 1962, pp. 6 ss.; CANTUCCI M., *La permanenza del ricorso straordinario dopo le recenti riforme*, in *Studi Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 168 ss.; ANGIOLIONI V., *Ricorso straordinario, uguaglianza delle parti nel giudizio amministrativo e autonomie locali*, in *Le Regioni*, 1982, pp. 233 ss.; ANCORA T., *Riconsiderazione dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Cons. St.*, II, 1986, pp. 1383; D'ALESSIO M.T. - PECCHIOLO N., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica «fuzzy» della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, pp. 699 ss.; FIUMARA O., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia nella CE*, in *Rass. Avv. St.*, 1998, pp. 47 ss.; GIOVANNINI M., *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; ID., *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, in *Giorn. dir. amm.*, VI, 2005, pp. 652 ss.; LODI P.L., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ( rassegna di giurisprudenza )*, in *Cons. St.*, II, 2004 pp. 1865 ss.; MARUOTTI L., *Il giudicato. La decisione del ricorso straordinario da parte del Presidente della Repubblica in Trattato di diritto amministrativo*, in CASSESE S. (a cura di), *Diritto Amministrativo speciale. Il processo amministrativo*, Tom. V, Milano, 2004, pp. 4452 ss.; ID., *Il ricorso straordinario dalle origini fino alle modifiche di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. La concorrenza con il giudizio civile*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011; PIGNATELLI N., *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l'«ircocervo»*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 2149 ss.; ASPRONE M., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, spunti di riflessione*, in *Nuova rass.*, 2007, pp. 1645 ss.; ANDREIS M., *Ricorso straordinario e tutela risarcitoria*, in *Urb. e app.*, 2008, pp. 1313 ss.; ID., *Ricorso straordinario e azione di ottemperanza*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 541 ss.; BERTONAZZI L., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008; ID., *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.*, 2009, pp. 1285 ss.; TORRICELLI S., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e risarcimento del danno: i pregi della staticità*, in *Foro amm. - CDS*, 2008; CARBONE L., *Le revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio*, in *Foro amm. - TAR*, 2009, pp. 2664 ss.; SALVIA F., *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilevi critici sull'approccio)*, in *Foro amm. - CDS*, 2009, pp. 1606 ss. QUINTO P., *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010; FRENI F., *L'amministrazione giudiziale nel prisma della Costituzione: il «nuovo» ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009 n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 184 ss.; ID., *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: storia, disciplina e natura del rimedio dopo la legge 18 giugno, n. 69*, Roma, 2013; MARTINI G., *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. 69/2009*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010;

che essa si è forgiata di concetti che la precedevano» (2). La prerogativa del Capo dello Stato di pronunciare una «decisione definitiva ed insindacabile» sulle istanze proposte dagli amministrati che lamentavano un torto subito a causa degli apparati pubblici è da farsi risalire - senza dubbio - al periodo in cui il Re ricopriva il duplice ruolo di Capo dell'esecutivo e di Capo dello Stato, così da potersi atteggiare pure a «garante» dell'osservanza della legge in ogni ambito dell'ordinamento giuridico. Nell'assolvere a quest'ultima funzione, il monarca si poneva, per tal modo, in un rapporto di alternatività rispetto al corpo dei giudici; ne discendeva, così, la distinzione (sopravvissuta sino a i giorni nostri) tra la «funzione giurisdizionale ritenuta dal Re» e la «funzione giurisdizionale delegata agli organi della magistratura».

La sostanziale eccezionalità che sottendeva (e continua a sottendere) all'inconsueto esercizio della funzione *lato sensu* giurisdizionale da parte di una istituzione diversa rispetto alla magistratura ha giocoforza indotto taluni a qualificare il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come un «residuo monarchico» (3) ovvero come un «relicto storico» (4); da qui il sorgere di dubbi e di perplessità sulla compatibilità del ricorso straordinario con l'ordinamento giuridico costituzionale. In proposito, una attenta dottrina, superando l'epidermico ancoraggio dell'istituto alla sola giurisdizione ritenuta, ha rilevato che «sebbene il ricorso straordinario debba ricondursi nell'ambito delle fun-

---

MORANO G., *Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica, novità legislative e osservazioni giurisprudenziali*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), 2010; AULETTA A., *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011; VIOLA L., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2011; BENETAZZO C., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento "alternativo" al ricorso giurisdizionale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2012; CALABRÒ M., *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, Torino, 2012; SCOCA F.G., *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, 11, 2374 ss.; ID., *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. Cost.*, 2014, pp. 1476 ss.; CARBONE A., *Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2014; ID., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, in *Corr. Giur.*, 2014, pp. 224 ss.; TANDA P., *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014; ID., *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014; POZZI A., *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2014; ID., *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2014; FENNI B., *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e la sua progressiva giurisdizionalizzazione*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), 2014; FURNO E., *La Corte costituzionale suggerisce la c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario con una decisione che apre nuovi interrogativi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2014.

(2) GALLIANI D., *Il Capo dello Stato e le leggi. Aspetti storici, profili comparatistici, ordinamento italiano*, Vol. II, Milano, 2011, p. 28; LOEWENSTEIN K., *La Monarchia nello Stato moderno*, Roma, 1969; MARAVALL J.A., *Stato moderno e mentalità sociale*, Bologna, 1991.

(3) ETTORE F.M., *Le nuove frontiere del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Nuova rass.*, 1988, p. 681.

(4) SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 10.

zioni di giustizia ritenuta, una tale giustificazione teorica non può reggere nell'ambito dello Stato moderno e soprattutto nella forma di Stato configurata dalla Costituzione; così che la giustificazione della permanenza del ricorso in parola, più che un retaggio di sviluppi storici, per effetto dei quali il ricorso giurisdizionale appariva un semplice perfezionamento del ricorso straordinario, è tendenzialmente pratica: l'economicità, la maggior comodità temporale e la tendenziale informalità del rimedio a tutela dell'interesse di una parte. Unico è l'obiettivo di tutela perseguito dal ricorso straordinario e giurisdizionale, ma diverse le due forme di essa; da questa unitarietà funzionale e duplicità strutturale dei due rimedi deriva la scelta del legislatore di averlo mantenuto in vita» (5). Ma l'efficacia e, quindi, il permanere in vita di questo rimedio non ha registrato unanimità di vedute. A fronte di quanti sostenevano che «il ricorso straordinario al Capo dello Stato potrebbe essere espunto dal sistema della giustizia amministrativa italiana, in quanto il tendenziale rispetto, da parte della magistratura amministrativa, del paradigma della ragionevole durata è idoneo a depauperare quella economicità che ha costituito (per lungo tempo) l'unica vera ragione incentivante all'utilizzo di esso» (6), si attesta quel diverso orientamento dottrinale secondo il quale «l'opportunità di preservare il ricorso straordinario si desume, in primo luogo, dalla circostanza che la Regione Sicilia (per il tramite dell'art. 23, comma 4, dello Statuto regionale (7), approvato con R.D.L. del 15 maggio 1946, n. 455 poi convertito nella legge costituzionale del 26 febbraio 1948, n. 2) ha introdotto questo strumento di "tutela giustiziale" soltanto dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale e, secondariamente, da un tutt'oggi persistente favore per il suo utilizzo; ciò che vale, senz'altro, a testimoniare la indubbia utilità pratica dello stesso, nell'ottica della tutela delle situazioni soggettive lese dall'esercizio della funzione amministrativa» (8).

Il favore per la seconda impostazione dottrinale trova conforto, peraltro, nella circostanza che il ricorso straordinario al Capo dello Stato «ha rappresentato per un lungo periodo della nostra storia istituzionale, l'unica forma di garanzia e tutela del cittadino nei confronti dei provvedimenti della pubblica

---

(5) VITTA C., *Diritto amministrativo*, Torino, 1950, p. 392.

(6) LANDI G., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato, presente e futuro*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, p. 1287.

(7) L'art. 23 dello Statuto della Regione Sicilia, per esteso, così dispone: «Gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione. Le Sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti svolgeranno altresì le funzioni rispettivamente consultive e di controllo amministrativo e contabile. I magistrati della Corte dei Conti sono nominati, di accordo, dai Governi dello Stato e della Regione. I ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente della Regione, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato».

(8) FERRARI G., *I ricorsi amministrativi*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, V, Milano, 2003, p. 4187.



amministrazione» (9), a causa del fatto che «a seguito dell'abolizione del Tribunale del contenzioso amministrativo operato dalla legge n. 2248 del 20 marzo 1865, All. E, e sino alla legge 31 marzo 1889, n. 5992 fu radicata, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, la convinzione che il rimedio amministrativo avesse il rilievo e la dignità di uno strumento posto a difesa dei legittimi interessi dell'amministrato» (10). Muovendo in questa prospettiva, è stata la giurisprudenza costituzionale a troncare, in radice, qualunque forma di speculazione dottrinale tesa a screditare la concreta utilità pratica garantita dal ricorso straordinario. Il giudice delle leggi, con la sua tradizionale eloquenza, ha infatti affermato che «la permanenza attuale di una ragione giustificativa di tale istituto non sta nella sua improbabile natura di appello al sovrano o al vertice amministrativo, ma piuttosto in ciò che il ricorso straordinario costituisce, per la Pubblica Amministrazione, *un mezzo ulteriore di garanzia della legalità e dell'imparzialità della propria azione - che, insieme al buon andamento, sono pur sempre i valori costituzionali supremi cui deve ispirarsi l'attività amministrativa - e, per i cittadini, uno strumento aggiuntivo, rispetto a quelli ordinari, di tutela dei propri diritti soggettivi e interessi legittimi*, la cui adeguata protezione rappresenta un valore altrettanto primario e, in un certo senso, speculare rispetto a quelli precedentemente ricordati» (11).

---

(9) POZZI A., *Ricorso straordinario ed effettività della tutela, Relazione tenuta in occasione della giornata di studio in onore di Cino Vitta tenutasi presso il Consiglio di Stato il giorno 21 novembre 2003*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(10) GIANNINI M.S. - PIRAS A., voce *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 231.

(11) C. cost., 2 luglio 1966, n. 78, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), nella quale la Consulta si preoccupa anche di sviscerare, con un'impostazione ammirevole ed elegante, i rapporti tra il ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale. In essa, infatti, è dato leggere che l'ordinamento amministrativo italiano ammette «il concorso di due rimedi giuridici avverso un medesimo atto; e lo regolano permettendo all'interessato una scelta fra i medesimi, sulla base di una valutazione di convenienza. Quando l'interessato preferisce proporre ricorso straordinario, è egli stesso che ritiene di poter prescindere dalla tutela giurisdizionale, così come ritiene di farne a meno quando lascia decorrere il termine stabilito per invocarla. Le norme denunciate cioè offrono una alternativa che sollecita l'autonomia soggettiva, e, così essendo, non intaccano il precetto costituzionale che garantisce quella tutela, perché esso non obbliga l'interessato a rivolgere la sua autonomia unicamente nel senso dell'esperimento della protezione assicurata: concetti simili ha espresso la Corte nella sua sentenza 5 febbraio 1963, n. 2, e in quella successiva del 4 giugno 1964, n. 47, si è pure rilevato che l'art. 113 non impedisce alla legge ordinaria di regolare l'esercizio della tutela giurisdizionale nei modi e con la efficacia che più aderisca alle singole situazioni, purché quell'esercizio non sia reso estremamente difficile o puramente apparente (v. anche sentenze 16 dicembre 1964, n. 118, e 3 luglio 1962, n. 87). Ai fini della questione, non importa conoscere per qual motivo l'ordinamento non ammette il ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato quando sia stato proposto quello straordinario: il sistema peraltro appare in logica coerenza con il fatto che il ricorso straordinario è ammissibile anche quando non lo sia più il ricorso giurisdizionale per il decorso del termine assegnato per il suo esperimento. Importa soltanto rilevare che il principio contestato, dando alla parte piena libertà di adire alla tutela giurisdizionale, e facendo dipendere dalla libera determinazione di lei la decadenza da quella tutela, non la rende né impossibile, né difficile, né fittizia: la legge anzi offre, in seno allo stesso ordinamento amministrativo, una protezione ai diritti soggettivi o agli interessi legittimi, che si

*2. La natura giuridica del ricorso straordinario prima della L. n. 69/2009: le argomentazioni della «tesi amministrativa» e quelle della «tesi giurisdizionale».*

La disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è contenuta nel D.P.R. del 24 novembre 1971, n. 1199, recante norme in tema di «Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi» (artt. 8-15). Tale testo normativo, «dopo essere stato dimenticato, per lungo tempo, dal legislatore, è venuto configurandosi come l'oggetto privilegiato di una serie - sia pure disorganica - di interventi legislativi che hanno finito, da un lato, per rafforzare quel parallelismo tra tutela giurisdizionale e tutela in sede straordinaria che esisteva fin dall'origine e, dall'altro, per eliminare o comunque ridurre quel carattere "ambivalente" che lo caratterizzava» (12). Giova dare conto che gli interventi di novella legislativa registratisi in tema di ricorso straordinario sono stati attuati attraverso: *a)* l'art. 3 della legge del 21 luglio 2000, n. 205, che ha ammesso la azionabilità della tutela cautelare al fine di ottenere la riparazione dei danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto impugnato; *b)* l'art. 15 della medesima legge, il quale, nell'ottica di avvicinare il parere reso dal Consiglio di Stato ai contenuti propri della sentenza, ha disposto che detti pareri siano «pubblici e rechino l'indicazione del presidente del Collegio e dell'estensore»; *c)* con la legge del 18 giugno 2009, n. 69, la quale ha condotto a termine quel processo di «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario da molti auspicato.

Con riguardo a quest'ultimo intervento legislativo è stato fatto notare che mediante «l'art. 69 della L. n. 69/2009 si sono volutamente superati quelli che si configuravano come i due principali ostacoli - elaborati dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità - alla affrancazione del rimedio del ricorso straordinario dall'area dei rimedi di tipo puramente amministrativo nonché alla equiparazione del decreto di decisione sul ricorso ad una sentenza anziché a un atto amministrativo, ai fini soprattutto della sua esecuzione/ottemperanza» (13). Tali ostacoli - come meglio si vedrà nel proseguo - erano

---

aggiunge a quella giurisdizionale quando la parte ritiene di poterne fare a meno o da essa è decaduta. E in questo senso essa aumenta la possibilità di reazioni contro l'atto amministrativo illegittimo.

La sostanza del sistema è che la proposizione del ricorso straordinario ha il medesimo effetto del decorso del termine prescritto per la presentazione del ricorso giurisdizionale: la perdita del diritto a questo rimedio si produce prima del tempo ordinario a seguito di un atto volontario al quale si addivene nella consapevolezza del valore che vi ha dato la legge, perché questo valore non può non essere presente a colui che utilizza il dettato della norma dalla quale l'effetto deriva. Non conta il motivo per cui l'interessato addivene alla scelta, così come non conta la causa dell'inutile decorso del termine fissato per l'esperimento della tutela giurisdizionale; non conta nemmeno qualificare la situazione giuridica che si determina mediante la proposizione del ricorso straordinario. Rileva invece l'osservare, e la Corte altra volta l'ha già fatto presente (sentenza 4 giugno 1964, n. 47), che la genericità del precetto contenuto nell'art. 113 della Costituzione non è tale da permettere di opinare che l'esperimento della tutela giurisdizionale non possa essere assoggettata a cause di decadenza, e da far ritenere che la protezione accordata sia invocabile in perpetuità».

(12) VIRGA G., *Il paradosso del ricorso straordinario*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, p. 1.

rappresentati dalla natura parzialmente vincolante del parere reso dal Consiglio di Stato, che consentiva al Governo (previa deliberazione del Consiglio dei Ministri) di assumere un determinazione di segno contrario rispetto a quanto consigliato dal giudice amministrativo e anche dalla carenza dei requisiti indefettibili dei procedimenti giurisdizionali, quali la celebrazione del procedimento dinanzi ad un giudice terzo e imparziale (14) nonché, in ultima battuta, dall'impossibilità di sollevare, in sede di decisione del ricorso straordinario, una questioni di legittimità costituzionale (15).

La natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica - sino a prima che entrasse in vigore la L. n. 69/2009 - ha formato oggetto di un acceso dibattito, dal momento che lo stesso è stato presto bollato come «un istituto singolare, anomalo, che unisce a spiccati caratteri amministrativi un procedimento contenzioso *sui generis* finalizzato alla risoluzione non giurisdizionale di un conflitto concernente la legittimità di atti amministrativi definitivi» (16). Le opzioni ermeneutiche che, per lungo tempo, si sono contesi il campo oscillavano tra l'indole amministrativa e l'indole giurisdizionale dello stesso; delle due, quella maggiormente asseverata era la prima.

I corifei della tesi in ossequio alla quale occorreva riconoscere al ricorso

(13) VOLPE C., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2015, p. 2.

(14) C. cost., 15 luglio 2005, n. 282, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), in cui si è stabilito che «essendo il ricorso straordinario al Capo dello Stato un rimedio per assicurare la risoluzione non giurisdizionale di una controversia in sede amministrativa, deve escludersi che la decisione che conclude questo procedimento amministrativo di secondo grado abbia la natura o gli effetti degli atti di tipo giurisdizionale. Questa Corte ha più volte affermato la natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: giudicando manifestamente infondata la questione di costituzionalità della normativa di cui al d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, concernente il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, prospettata per violazione, tra l'altro, degli articoli 76 e 77 della Costituzione, proprio sul rilievo che, nonostante la peculiarità del suindicato ricorso, esso rientrava indubbiamente tra quelli amministrativi cui la legge di delegazione si riferiva (ordinanze n. 301 e n. 56 del 2001; v., altresì, sentenza n. 298 del 1986); ritenendo che il Consiglio di Stato, in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, opera come organo non giurisdizionale ed è pertanto privo di legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale (sentenza n. 254 del 2004; ordinanza n. 357 del 2004)».

(15) C. cost., 21 luglio 2004, n. 254, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), nel cui snodo motivazionale così si legge: «Si sottolinea, inoltre, che ancora di recente questa Corte - ribadendo il proprio risalente consolidato orientamento (sentenze n. 78 del 1966 e n. 31 del 1975) - ha affermato la natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, giudicando manifestamente infondata la questione di costituzionalità della normativa di cui al d.P.R. n. 1199 del 1971, concernente il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, prospettata per violazione, tra l'altro, degli articoli 76 e 77 Cost., proprio sul rilievo che, nonostante le peculiarità del suindicato ricorso, esso rientrava indubbiamente tra quelli amministrativi cui la legge di delega si riferiva (v. ordinanze n. 56 e n. 301 del 2001, nonché sentenza n. 298 del 1986). Questa conclusione è ineludibile qualora si noti che l'art. 14, primo comma, del d.P.R. n. 1199 del 1971 stabilisce che, ove il ministro competente intenda proporre (al Presidente della Repubblica) una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento quest'ultimo, per la natura dell'organo da cui promana, all'evidenza non giurisdizionale».

(16) C. cost., 9 luglio 1982, n. 148, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

straordinario una natura amministrativa facevano leva su una pluralità di argomentazioni. Innanzitutto il dato nomenclare: il tenore del titolo che caratterizza, e continua a caratterizzare, il D.P.R. n. 1199/1971, ossia «Semplificazione dei procedimenti in materia di *ricorsi amministrativi*», induceva a ricondurre, già di per sé, il ricorso straordinario nell'alveo dei ricorsi amministrativi. Assai più incisivamente, però, una autorevole dottrina, ebbe modo di evidenziare la non equivalenza tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale sul presupposto della ontologica e insuperabile diversità del *petitum*: «mentre il ricorso straordinario può avere ad oggetto solo atti amministrativi definitivi, per quello giurisdizionale la definitività del provvedimento non costituisce una causa di inammissibilità» (17). Nondimeno, si è pure segnalato che «l'evoluzione del ricorso giurisdizionale era idonea a riprovare una netta diversificazione rispetto al ricorso straordinario, poiché, mentre quest'ultimo si risolve sempre in uno strumento di proposizione di una azione di annullamento, il ricorso al giudice amministrativo consente di esperire anche azioni non meramente costitutive, o addirittura di accertamento e di condanna» (18). Ma per quanto potessero essere solidi e fondati, gli elementi sopraccennati lasciavano, tuttavia, qualche margine di incertezza. La dottrina e la giurisprudenza iniziarono, quindi, a convergere, in modo tetragono, nel fare leva su quella che era la caratteristica idonea a disvelare, più d'ogni altra, la distanza esistente tra il ricorso straordinario e il ricorso giurisdizionale; *id est* il potere riconosciuto al Consiglio dei Ministri di proporre al Presidente della Repubblica - dietro impulso del Ministero competente per *ratione materiae* - una decisione dal contenuto difforme rispetto alle indicazioni, formalmente consacrate, nel parere del Consiglio di Stato. Poiché un siffatto potere presupponesse, all'evidenza, il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento discrezionale in favore del Ministro competente, si è fatto notare che «pur a voler proditoriamente sostenere la natura giurisdizionale del ricorso straordinario, si sarebbe potuto parlare, in modo anomalo, di una natura soltanto potenzialmente tale, visto che il parere del Consiglio di Stato e le garanzie che caratterizzano il processo potevano essere agevolmente vanificate da una scelta politica del Governo, ossia dall'esercizio di un potere evidentemente estraneo a qualsiasi procedimento giurisdizionale» (19).

Una disamina ancora più lucida, tesa ugualmente a rimarcare la natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, venne condotta anche dalla Corte costituzionale, la quale, dopo aver puntualizzato

---

(17) PIGNATELLI N., *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69, L. 69/2009)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 5.

(18) TRAVI A., voce *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, p. 423.

(19) BACHELET V., *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1959, p. 798.

che «il procedimento che si innesca a seguito della proposizione di un ricorso straordinario, benché *temperato* dalla contaminazione di elementi dall'indubbio taglio giurisdizionale, per via del fatto che ci si trova, pur sempre, alla presenza di un meccanismo teleologicamente volto ad assicurare la composizione di una controversia avente ad oggetto il riconoscimento di diritti o di interessi legittimi, continua, a conservare il suo carattere amministrativo e, di conseguenza, a non potere essere qualificato come un procedimento formalmente e/o sostanzialmente giurisdizionale», si è spinta sino ad escludere la riconducibilità del ricorso straordinario pure alla categoria degli atti di amministrazione attiva, in quanto questi, lungi dall'essere collegati alla risoluzione di controversie, sono caratterizzati dal perseguimento degli specifici fini e dalla soddisfazione degli interessi generali che la legge attribuisce alle singole pubbliche amministrazioni (20).

---

(20) C. Cost., 19 dicembre 1986, n. 298, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), nel cui snodo motivazione è dato leggere che «l'attuale disciplina legislativa, contenuta nel capo III (artt. 8 e 15) del d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 (Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi), ha conservato la natura del tutto atipica che quest'istituto ha assunto sin dall'epoca della monarchia costituzionale. Essa, infatti, ne conferma il carattere di rimedio straordinario contro eventuali illegittimità di atti amministrativi definitivi, che i singoli interessati possono attivare con modica spesa, senza il bisogno dell'assistenza tecnico-legale e con il beneficio di termini di presentazione del ricorso particolarmente ampi (artt. 8 e 9). La sua procedura prevede che l'istruttoria sia svolta dai Ministeri competenti o, in mancanza di questi, dalla Presidenza del Consiglio (art. 11), i quali, quando si tratta di atti amministrativi emanati da enti diversi dello Stato, possono avvalersi, e di fatto risulta che ciò non avvenga, della più piena collaborazione di questi ultimi. La decisione è adottata nella forma tipica degli atti governativi, il decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro competente (che poi controfirma l'atto), previo conforme parere del Consiglio di Stato (solo nel caso in cui il Ministro intenda proporre una pronuncia difforme rispetto a quest'ultimo parere, il d.P.R. è adottato su deliberazione del Consiglio dei Ministri, che deve essere sorretta da un'adeguata motivazione circa la diversa interpretazione del diritto seguita) (art. 14). Il d.P.R., al pari di ogni atto del Governo è poi sottoposto al visto della Corte dei conti.

Il carattere amministrativo del procedimento risulta tuttavia temperato dall'esigenza derivante dal fatto che si è pur sempre in presenza di un meccanismo di risoluzione di una controversia avente ad oggetto il riconoscimento di diritti o di interessi legittimi e, soprattutto, in considerazione di una caratteristica peculiare dell'istituto: la sua alternatività, peraltro attenuata nel tempo, rispetto al ricorso giurisdizionale. Beninteso, siffatti caratteri non sono tali da far tramutare il ricorso straordinario in un procedimento formalmente e/o sostanzialmente giurisdizionale e, quindi, in una dichiarazione del diritto diretta a far stato fra le parti e pronunziata da un organo istituzionalmente imparziale. Prova ne sia che, tanto per ricordare gli elementi più importanti, la complessiva disciplina legislativa del procedimento manca di alcune fondamentali caratteristiche delle attività giurisdizionali, quali, ad esempio, la bilateralità del contraddittorio, una qualsiasi garanzia di difesa tecnica, l'imparzialità istituzionale dell'organo decidente. Nondimeno, in considerazione delle predette esigenze, la legislazione e la giurisprudenza, compresa quella di questa Corte, si sono sforzate di stabilire sostanziali parallelismi e sicuri raccordi con l'attività giurisdizionale. I principali fra questi sono, oltre al carattere contenzioso del procedimento, la facoltà dei privati - cui questa Corte con sentenza n. 148/1982 ha equiparato gli enti pubblici non statali autori dell'atto impugnato - di chiedere in *limine litis* la trasportazione della controversia nella sede giurisdizionale e quella di impugnare presso il giudice amministrativo la decisione del ricorso per vizi di forma o di procedimento, nonché l'estensione allo stesso ricorso straordinario del rimedio della revocazione e dell'azione giudiziaria di fronte al giudice ordinario.

Se la previsione di tali garanzie, come ha riconosciuto questa Corte (sentenza n. 78/1986), rende il ricorso

Su un versante diametralmente opposto si collocavano, invece, quanti erano convinti (ancora prima della riforma del 2009) che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica presentasse degli elementi che, se valutati con la massima acribia, palesavano la indole giurisprudenziale del rimedio disciplinato dal D.P.R. n. 1199/1971. I commentatori persuasi della stretta rassomiglianza esistente tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale erano giunti sino al punto di affermare che il «ricorso giurisdizionale altro non è che il *perfezionamento* di quello straordinario» (21). Deducevano, quindi, tutta una serie di argomentazioni che, almeno da un punto di vista quantitativo, erano tutt'altro che inferiori rispetto a quelle propugnate da coloro che sostenevano la tesi amministrativa. Principalmente, ritenevano che, alla stregua del processo, anche il procedimento instaurantesi a seguito della proposizione del ricorso straordinario, assicurava alle parti un'ampia garanzia del *principio del contraddittorio*, quale «possibilità di far valere (mediante antitesi dialettica) un diritto dinanzi ad una autorità coi mezzi offerti in generale dall'ordinamento giuridico» (22). Ciò che poteva desumersi - ad avviso di costoro - tanto dalla circostanza che il ricorso doveva essere notificato, a pena di inammissibilità,

---

straordinario non incompatibile con l'art. 113 Cost., non può tuttavia comportare l'effetto di integrarlo nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi verso gli atti della Pubblica Amministrazione facente capo allo stesso art. 113. Tantomeno ciò appare sostenibile ove si voglia alludere a una pretesa costituzionalizzazione del ricorso straordinario, considerato che attualmente è nella piena libertà del legislatore ordinario stabilire una disciplina positiva sostanzialmente diversa da quella vigente oppure conservare intatta quella attuale o, finanche, decretare l'abolizione dell'istituto stesso. In realtà, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, come da tempo riconoscono senza contrasto alcuno da giurisprudenza e dottrina, è un procedimento amministrativo di secondo grado, attivabile su ricorso dei singoli interessati, di carattere spiccatamente contenzioso ed avente ad oggetto atti amministrativi definitivi: si tratta, dunque, di un atto amministrativo, le cui singolari peculiarità non possono comunque indurre l'interprete a configurarlo come una sorta di irocervo giuridico. Sulla base dei caratteri appena descritti risulta chiaramente come il ricorso straordinario, se non può essere minimamente assimilato ad atti di tipo giurisdizionale o "paragiurisdizionale", non può tuttavia essere definito neppure come atto di amministrazione attiva. È, certo, vero che la decisione del ricorso è giuridicamente imputabile ad un organo politico-amministrativo, mentre l'intervento del Consiglio di Stato è pur sempre costituito da un parere, che, anche se rappresenta normalmente il contenuto della decisione, è comunque, dal punto di vista giuridico, espressione di una funzione consultiva obbligatoria, ma non vincolante. Ed è altrettanto vero che questo carattere appare addirittura accentuato nel caso, in verità di rarissima evenienza, in cui gli organi di governo intendano discostarsi dal parere del Consiglio di Stato e adottino in conseguenza un'apposita deliberazione del Consiglio dei Ministri, vale a dire una decisione dell'organo supremo di direzione politico-amministrativa. Tuttavia, tanto nella sua forma più comune quanto sotto specie di autotutela (com'è nel caso dell'annullamento d'ufficio del governo a norma dell'art. 6 l. com. e prov.), l'amministrazione attiva è caratterizzata nella sua essenza dal perseguimento degli specifici fini e dalla soddisfazione dei particolari interessi che la legge attribuisce alle singole amministrazioni pubbliche».

(21) ALESSI R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, p. 626.

(22) C. Cost., 22 dicembre 1961, n. 70, in *www.cortecostituzionale.it* In dottrina, sulla portata del principio del contraddittorio nel diritto amministrativo si v: MIGLIORINI L., *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Rimini, 1984; MERUSI F., *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, I, 1985, pp. 6 ss.; FIGORILLI F., *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1997; SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, II, 2010, pp. 299 ss.

ad almeno uno dei controinteressati, ai quali, diversamente dalla logica del ricorso gerarchico per il quale la mancata notifica non è sanzionata con la inammissibilità, veniva riconosciuta la possibilità di presentare deduzioni e memorie, quanto dal potere riconosciuto al Ministero competente di ordinare l'integrazione del contraddittorio per la ipotesi in cui la parte ricorrente avesse notificato l'atto introduttivo solo ad alcuni controinteressati.

Ulteriori «indice di giurisdizionalità» venivano poi individuati: *a)* nella riconosciuta possibilità per i controinteressati di impugnare il decreto decisorio dinanzi al Consiglio di Stato al fine di dedurre la esistenza di «vizi di forma o di procedimento», ma anche di «vizi di carattere sostanziale derivanti dal fatto che la loro ingiustificata pretermissione avesse costituito un impedimento oggettivo alla formulazione della richiesta di trasposizione giurisdizionale» (23); *b)* nella possibilità di proporre avverso il decreto decisorio un tipico mezzo di impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali, quale la revocazione e; *c)* nella invocabilità della tutela cautelare nelle *more* del «procedimento principale» in virtù di quanto previsto dall'art. 3, comma 4 della Legge del 21 luglio 2005, n. 205, recante «Disposizioni in materia di giustizia amministrativa». È noto che tale legge, nel recepire una prassi inaugurata dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato (24), ha previsto che «nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può essere concessa, a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, la sospensione dell'atto medesimo. La sospensione è disposta con atto motivato del Ministero competente, su conforme parere del Consiglio di Stato» (25).

---

(23) VACIRCA G., *Decisione di ricorso straordinario e vizi deducibili in sede giurisdizionale del controinteressato pretermesso*, in *Foro amm. - TAR*, V, 1986, p. 1750.

(24) Cons. St., ad. gen., 24 settembre 1936, n. 236, in *Foro amm.*, I, pp. 60 ss.

(25) Sulle specifiche connotazioni procedurali che assume la tutela cautelare nell'ambito del procedimento che si instaura sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si v: Cons. St., comm. spec., 28 aprile 2009, n. 920, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove si è affermato che «in sede di ricorso straordinario, al fine di rendere compatibile l'urgenza di provvedere sulla domanda cautelare con la tutela dell'Amministrazione e dei contro interessati, il collegio: a) accerta preliminarmente se la domanda cautelare è assistita dai prescritti requisiti del "periculum in mora" e del danno grave ed irreparabile; b) nel caso di sussistenza dei prescritti requisiti adotta una deliberazione cautelare provvisoria, che diventa definitiva se il Ministero competente od una qualsiasi delle parti non ne chieda il riesame entro il termine di 60 giorni (in analogia all'identico termine previsto dall'art. 9, comma 4, d.P.R. n. 1199/1971), e nella quale si preannuncia il rinvio del ricorso a data fissa per l'esame del merito una volta decorso un ulteriore termine di 120 giorni (per consentire eventuali domande d'accesso o la presentazione e lo scambio tra le parti di eventuali memorie, motivi aggiunti o ricorsi incidentali, ovvero la predisposizione della relazione ministeriale); c) nel caso di riesame, adotta una deliberazione cautelare definitiva, contenente la fissazione della data per l'esame di merito; d) dispone la trasmissione immediata (senza passare attraverso il Segretariato Generale) della deliberazione cautelare dalla sezione al Ministero competente mandando alla segreteria di pubblicare il parere sul sito istituzionale del Consiglio di Stato; e) in analogia con quanto previsto per il ricorso giurisdizionale, deve ritenersi consentita anche l'emanazione di altre misure cautelari provvisorie».

Orbene, in un contesto all'interno del quale esistevano elementi di incertezza ed evanescenza normativa era più che prevedibile (e peraltro lecita) la elaborazione di opzioni ermetiche plurime e antitetiche. E poiché la disputa concernente la natura giuridica da accordare al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (amministrativa ovvero giurisdizionale) non assumeva soltanto un rilievo meramente teorico, ma, al contrario, finiva con l'atteggiarsi come il punto d'origine di tutta una serie di questioni di indubbia portata pratica, è stato presto auspicato, da più parti, un intervento del legislatore nazionale che potesse chiarire, risolutivamente, quale fosse la natura giuridica di un rimedio che, per la sua alternatività rispetto al ricorso giurisdizionale, non poteva continuare ad essere regolato - anche al fine di scongiurare tutti quei ributtanti fenomeni di abuso connessi alla incertezza del diritto - da una disciplina, sotto alcuni aspetti, troppo approssimativa.

*3. La «canonizzazione giurisdizionale» del ricorso straordinario per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 69 della L. n. 69/2009 e della giurisprudenza successiva alla novella normativa.*

Gli auspici di una riforma idonea ad offrire indicazioni «nette» e «precise» sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non sono rimasti inevasi. Il legislatore si è determinato, invero, ad incidere sull'originario assetto del D.P.R. n. 1199/1971 con una novella che ha modificato, profondamente, alcuni delle indefettibili connotazioni del rimedio straordinario. Ritenendo di dover accordare preferenza alle discettazioni argomentative sviluppate da quella dottrina che era nel senso di affermare la natura giurisdizionale del ricorso straordinario, è stata attuata una riforma con la quale sono stati soppressi i due attributi sino ad allora concepiti (dall'impostazione imperante) come principali ostacoli alla giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario: la natura parzialmente vincolante del parere reso dal Consiglio di Stato e la impossibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale.

Un siffatto radicale mutamento di prospettiva si è registrato - come oramai noto - per il tramite dell'art. 69 della L. n. 69/2009. Con questa norma è stata, innanzitutto, modificata la sostanza del parere reso in sede consultiva dal Con-

---

Peraltro, sempre la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la necessità di riconoscere il diritto alla tutela cautelare anche al ricorrente incidentale; Cons. St., ad. gen., 8 febbraio 1990, n. 16, in *Foro amm.*, II, 1990, pp. 270 ss., ha disposto che «è meritevole di apprezzamento nel disegno di legge delega sul processo amministrativo la previsione (art. 1 comma 3 lett. w) n. 8) che estende anche al procedimento paragiustiziale straordinario la tutela cautelare, salva la necessità di precisare che detta tutela possa essere esercitata anche dal ricorrente incidentale». Nella dottrina si rinvia, tra i diversi contributi, a: ROHERSSEN G., *La sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con ricorso straordinario*, in *Arch. ric. giur.*, 1948, pp. 786; GALLO C.E., *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario (Nota a Cons. St. comm. spec., 3 maggio 1991, n. 16)*, in *Dir. proc. amm.*, III, 1993, pp. 548 ss.



siglio di Stato a seguito della richiesta formulata dal Ministro *ratione materiae*. Per vero, in precedenza il parere del supremo Consesso della giustizia amministrativa era *obbligatorio* ma *non vincolante*: il Ministro competente doveva, necessariamente, richiederlo, benché le indicazioni formulate dal giudice amministrativo potevano essere superate da una diversa volontà politica, per via del fatto che appariva ineludibile che «l'art. 14, primo comma del D.P.R., n. 1199 del 1971, stabilendo che, ove il Ministro competente intenda proporre (al Presidente della Repubblica) una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, lascia desumere che il decreto presidenziale, per la natura dell'organo da cui promana, non è giurisdizionale» (26). La disciplina attuale della «decisione del ricorso straordinario» è contenuta in un'articolo 14 del D.P.R. n. 1199/1971 completamente riscritto dall'art. 69 della L. n. 69/2009, il quale stabilisce che «la decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su parere conforme del Consiglio di Stato». Il tenore letterale dell'inciso «conforme al parere del Consiglio di Stato» sembrerebbe aver escluso, *ictu oculi*, qualsiasi possibilità per il Ministro competente di adottare un decisione discorde rispetto a quanto indicato dal giudice amministrativo.

Oltretutto, sempre l'art. 69 della L. n. 69/2009 ha introdotto nell'art. 13 del D.P.R. n. 1199/1971 la espressa legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare, anche nell'ambito del procedimento sul ricorso straordinario, questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata. Le due modificazioni apportate dalla novella del 2009 sono collegate indissolubilmente l'una all'altra. È fuor d'ogni dubbio che la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questione di legittimità costituzionale si profila, invero, come *una inevitabile conseguenza della sopravvenuta vincolatività del suo parere*, la quale, ha fatto in modo che la decisione sui ricorsi straordinari, ancorché formalmente presidenziale, si atteggi a provvedimento sostanzialmente imputabile al giudice amministrativo. La più attenta dottrina ha affermato che la riconosciuta possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare questione di legittimità costituzionale in sede di ricorso straordinario determina «l'insorgere di un nuovo giudice *a quo*» (27). Dalla originaria negazione della legittima-

---

(26) C. Cost., 28 luglio 2004, n. 254, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Interessanti spunti di riflessione si rinvencono, sia pure incidentalmente, in: MANGIA A., *Accesso alla Corte, pareri vincolanti, pareri decisori. La decostituzionalizzazione dell'art. 137 Cost.*, in *Quad. cost.*, II, 2014, pp. 1481 ss.

(27) In questo senso: FURNO E., *La Corte costituzionale e le sezioni consultive del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'insorgere di un nuovo giudice a quo!*, in *Forum quad. cost.*, 2015, pp. 1 ss. Per alcune riflessioni svolte, sullo stesso argomento, prima della riforma del 2009, si v.: ESPOSITO M., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e giudizio incidentale di legittimità costituzionale: anacronismi decisori del giudice delle leggi*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 2249 ss.; POZZI A., *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e principi costituzionali*, in *Rass. Cons. St.*, 2005, I, pp. 589 ss.; DI MODUGNO N., *Ricorso straordinario e incidente di legittimità costituzionale: un problema risolto?*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2005, pp. 779 ss.

zione a rimettere gli atti alla Corte costituzionale si faceva discendere, infatti, la impossibilità di qualificare il Consiglio di Stato (in sede di parere sul ricorso straordinario) come una giurisdizione. Questo, nonostante la giurisprudenza europea avesse già avuto modo di affermare che «il Consiglio di Stato anche quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato Ce, in ragione del fatto che la consultazione del Consiglio di Stato è obbligatoria e che il suo parere, esclusivamente basato sull'applicazione delle norme di legge, costituisce il progetto della decisione che verrà formalmente emanata dal Presidente della Repubblica italiana» (28). Nondimeno, la stessa Corte costituzionale, rendendosi autrice di «interpretazioni discriminatorie», se da un lato era giunta ad attribuire la qualificazione di giudice *a quo* ad istituzioni che esercitavano funzioni paragiurisdizionali come quella esercitata dal Consiglio di Stato nel procedimento di cui al D.P.R. 1199/1971 (cioè la «Corte dei conti in sede di controllo preventivo degli atti del governo» (29), la «Sezione disciplinare del Consiglio

---

(28) Corte giust. CE, 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96, *Garofalo c. Ministero della Sanità*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

(29) C. cost., 18 novembre 1976, n. 226, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), ove si legge che «al problema pregiudiziale della legittimazione della Sezione di controllo della Corte dei conti a proporre questioni di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, e dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, deve darsi risposta affermativa, anche coerentemente con i criteri in precedenza enunciati ed applicati da questa Corte quanto ai requisiti necessari e sufficienti affinché le questioni medesime possano considerarsi promananti da un "giudice" nel corso di un "giudizio" (art. 1 legge cost. cit.). In presenza delle espressioni testuali adoperate in quest'ultima disposizione e della terminologia, letteralmente più restrittiva, della legge n. 87, la Corte, in tema di ammissibilità di questioni sollevate in sede di volontaria giurisdizione, fin dalla sent. n. 4 del 1956 (seguita e confermata da numerose altre adottate in prosieguo di tempo) ebbe a dare di quelle disposizioni una interpretazione estensiva, rispondente alla *ratio* che informa il vigente sistema di sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale e consistente, essenzialmente, nella duplice esigenza: a) che tale sindacato non abbia ad esplicarsi in astratto, ma in relazione a concrete situazioni di fatto, alle quali siano da applicare norme di dubbia costituzionalità; b) che i giudici, soggetti come sono esclusivamente alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), che ad essi è vietato disapplicare, non siano costretti ad emettere decisioni fondandosi su leggi della cui conformità alla Costituzione abbiano motivo di dubitare, ma debbano, in tal caso, provocare una pronuncia di questa Corte, sospendendo frattanto il procedimento, quale che ne sia la natura. Giacché "il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro della osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi (categorie del resto dai contorni sovente incerti e contestati) si traggano conseguenze così gravi" (sent. n. 129 del 1957). Ed infatti, procedendo al controllo sugli atti del Governo, la Corte dei conti applica le norme di legge da cui questi sono disciplinati, ammettendoli al visto e registrazione, soltanto se ad esse conformi: di tal che, essendo strettamente vincolata dalle leggi in vigore, potrebb'essere costretta, in pratica, a rifiutare il visto quando l'atto contrasti con norme pur di dubbia costituzionalità, o viceversa ad apporlo anche ove sia stato adottato sulla base e nel rispetto di norme, che siano, a loro volta, di dubbia costituzionalità. Nell'una e nell'altra ipotesi, la situazione è, dunque, analoga a quella in cui si trova un qualsiasi giudice (ordinario o speciale), allorché procede a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li concernono». In dottrina, per un'analisi critica, si rimanda a: ONIDA V., *Note critiche in tema di legittimazione del giudice «a quo» nel giudizio incidentale di costituzionalità della legge (con particolare riferimento alla Corte dei conti in sede di controllo)*, in *Giur. it.*, IV, 1968, pp. 232 ss.

superiore della magistratura» (30), i «Commissari per la liquidazione degli usi civici» (31), il «Consiglio nazionale forense in sede disciplinare» (32) e i «Collegi arbitrali negli arbitrati rituali» (33)), dall'altro lato era granitica nel negare,

---

(30) C. cost., 2 febbraio 1971, n. 12, in *www.cortecostituzionale.it*, nella quale si legge che «è sufficiente la constatazione, non controvertibile, che il legislatore, con espresse ed univoche statuizioni, ha conferito carattere giurisdizionale alla funzione ora esercitata dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura. A tutela dell'indipendenza dei magistrati la legislazione vigente, riconfermando un principio che già aveva ricevuto applicazione nell'ordinamento democratico prefascista e che ancor più valida giustificazione trova nella posizione che all'ordine giudiziario nel suo complesso ed ai singoli suoi appartenenti riserva la Costituzione repubblicana - stabilisce che il procedimento disciplinare si svolga nelle forme e nei modi che sono tipici del processo, affinché al provvedimento destinato ad incidere sullo stato dell'interessato, adottato con un atto che la legge definisce "sentenza" (cfr. la rubrica dell'art. 35 del r.d.l. n. 511 del 1946) e contro il quale è ammesso il ricorso alle Sezioni unite della Cassazione (art. 17, ultimo comma, legge 24 marzo 1958, n. 195), si addivenga con le garanzie che sono proprie e tipiche della funzione giurisdizionale. E non è senza rilievo la circostanza che il procedimento disciplinare a carico dei magistrati, a differenza dell'analogo procedimento a carico dei pubblici dipendenti, viene instaurato da un soggetto (dal Ministro della giustizia, secondo l'art. 107, secondo comma, Cost.; anche dal procuratore generale presso la Corte di cassazione, in base all'art. 14 della legge 24 marzo 1958, n. 195), rispetto al quale il Consiglio superiore è collocato in posizione di assoluta estraneità ed indipendenza».

(31) C. cost., 15 luglio 1959, n. 43, in *www.cortecostituzionale.it*.

(32) C. cost., 6 luglio 1970, n. 114, in *www.cortecostituzionale.it*. In essa si afferma che «circa l'ordinanza del Consiglio nazionale forense, va anzitutto riconosciuto che il rinvio a questa Corte risulta disposto nel corso di un giudizio davanti ad autorità giurisdizionale come prescrive l'art. 23 della legge n. 87 del 1953. Questa Corte, con decisione n. 110 del 1967 ha ritenuto che, nei procedimenti disciplinari di cui agli artt. 38 e seguenti della legge n. 36 del 1934 sull'ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore, il Consiglio nazionale, a differenza dei singoli Consigli dell'Ordine, svolge, quando è chiamato a decidere sui ricorsi contro i provvedimenti adottati da detti Consigli, funzione giurisdizionale per la tutela di un interesse pubblicistico, esterno e superiore a quello dell'interesse del gruppo professionale: il che può trovare conferma nella ricorribilità contro le decisioni del Consiglio nazionale alle Sezioni unite della Corte di cassazione. Ugual considerazione va fatta per i giudizi che si svolgono davanti al Consiglio nazionale su ricorsi avverso provvedimenti dei Consigli dell'Ordine riguardanti la sospensione dell'esercizio professionale in base all'art. 261 del testo unico sulle imposte dirette. Vero che i Consigli dell'Ordine non sono chiamati, in questo caso, a differenza di quanto avviene nei comuni giudizi disciplinari, a valutare direttamente il comportamento del professionista e ad applicare eventualmente, a loro giudizio, la congrua sanzione, né sono chiamati a dichiarare la sospensione di diritto secondo gli artt. 42 e 43 della legge professionale: bensì debbono far derivare il provvedimento da quanto "disposto" dall'Amministrazione finanziaria (art. 261 testo unico citato). Ciò tuttavia non toglie che, ove un gravame contro il provvedimento consequenziale del Consiglio dell'Ordine sia portato all'esame del Consiglio nazionale, debba riconoscersi il carattere giurisdizionale sia alla sede adita, sia alle funzioni ivi esercitate. Al Consiglio nazionale è sempre attribuita, in questa fase conclusiva dello speciale *iter* disciplinare, un notevole margine di giudizio, destinato al controllo se gli effetti costitutivi del provvedimento sanzionatorio siano stati conseguiti dal punto di vista della legittimità della procedura, con obbiettiva applicazione della legge. In questo controllo di legittimità si sostanzia un potere decisorio e quindi, conseguentemente, il carattere giurisdizionale della funzione, esercitata con l'effetto di rendere ammissibile la proposizione di questioni di costituzionalità delle norme da applicare».

(33) C. cost., 28 novembre 2011, n. 376, in *www.cortecostituzionale.it*, nella quale si è stabilito che «ai limitati fini che qui interessano, e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale, basta osservare che l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obbiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello

anche se solo implicitamente, la possibilità che il giudice d'appello della giustizia amministrativa potesse sollevare questione di legittimità costituzionale in sede di ricorso straordinario. Ciò in virtù del dato che l'art. 1 della Legge costituzionale del 9 febbraio 1948, n. 1 ammette la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale soltanto «nel corso di un giudizio»; un «giudizio» del quale, nel caso del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, si riteneva dovesse escludersi. Certo è che, ove non è giunto il formante giurisprudenziale, è comunque arrivato il legislatore, il quale, sgomberando il campo da ogni dubbio, ha fatto in modo che la vincolatività del parere del Consiglio di Stato divenisse la «chiave che consente di spalancare, anche per il rimedio straordinario, le porte del cielo» (34): *id est* l'ingresso del Consiglio di Stato (nell'esercizio della funzione consultiva sul ricorso straordinario) nel «paradiso» dei giudici *a quo*, autorizzati ad interloquire (incidentalmente) con la Corte costituzionale.

Dall'entrata in vigore della L. n. 69/2009 all'assestamento della giurisprudenza verso il riconoscimento del carattere giurisdizionale del ricorso straordinario, il passo è stato breve. Nonostante continui a resistere una sofisticata impostazione dottrinale e giurisprudenziale, secondo la quale «il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, quale mezzo di tutela che si aggiunge alla tutela giurisdizionale, e costituisce anche mezzo di deflazione del contenzioso amministrativo che i costituenti vollero mantenere con la previsione del primo comma dell'art. 100 Cost., ha mantenuto la sua originaria natura e pe-

---

che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie. Il dubbio sulla legittimità costituzionale della legge da applicare non è diverso, in linea di principio, da ogni altro problema che si ponga nell'itinerario logico del decidente al fine di pervenire ad una decisione giuridicamente corretta: anche le norme costituzionali, con i loro effetti eventualmente invalidanti delle norme di legge ordinaria con esse contrastanti, fanno parte del diritto che deve essere applicato dagli arbitri i quali - come ogni giudice - sono vincolati al dovere di interpretare le leggi *secundum Constitutionem*. In un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri - il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione - debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi. La tesi della sospensione del giudizio arbitrale al fine di consentire alle parti di sottoporre il dubbio di legittimità costituzionale al giudice ordinario, è solo apparentemente coerente con la disciplina dettata dall'art. 819 cod. proc. civ. in tema di questioni incidentali. La norma codicistica, infatti, postula che - una volta sospeso il procedimento arbitrale - il giudice competente adito dalle parti decida la questione incidentale; mentre, nel caso della questione di costituzionalità, al giudice ordinario sarebbe demandato solo il compito di reiterare la valutazione di rilevanza e di non manifesta infondatezza, già effettuata dagli arbitri, al fine di sollevare davanti a questa Corte una questione pregiudiziale rispetto ad una decisione di merito che non spetta al giudice medesimo ma agli arbitri. Conclusivamente, dunque, va affermato, alla luce della richiamata giurisprudenza di questa Corte, che anche gli arbitri rituali possono e debbono sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa».

(34) ESPOSITO M., *Si aprono le «porte del cielo»: dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica?*, in *Giur. cost.*, VI, 2001, pp. 3757 ss.

culiarità di *rimedio amministrativo*, al quale le recenti innovazioni legislative hanno attribuito una maggiore forza» (35), l'indirizzo maggioritario ha optato per la natura giurisdizionale; ciò che vale per tutte le giurisdizioni: Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte costituzionale. Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità, le Sezioni Unite hanno chiarito che «il ricorso straordinario ha natura *sostanzialmente giurisdizionale* e non ostano a tale riconoscimento le persistenti peculiarità che il rimedio in esame presenterebbe rispetto all'ordinario processo amministrativo, con precipuo riferimento al perimetro delle azioni esperibili, alle forme di esplicazione del contraddittorio, alle modalità di svolgimento dell'istruttoria e al novero dei mezzi di prova acquisibili» (36). Ad analoghe conclusioni è giunta oltre all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo la quale deve essere riconosciuta prevalenza «all'orientamento che riconosce la natura *sostanzialmente giurisdizionale* del ricorso straordinario e dell'atto terminale della relativa procedura, in tal senso deponendo le ultime novità normative che hanno interessato l'istituto e, in particolare, assumendo rilievo decisivo lo “*ius superveniens*” che ha attribuito carattere vincolante al parere del Consiglio di Stato con il connesso riconoscimento della legittimazione dello stesso Consiglio a sollevare, in detta sede, questione di legittimità costituzionale» (37), anche la più recente giurisprudenza costituzionale, la quale ha rilevato che il ricorso straordinario al Presi-

---

(35) Cons. St., Sez. I, 31 luglio 2014, n. 1033, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nel quale viene, ulteriormente, specificato che «la nuova qualificazione della natura dell'istituto, cioè la sua dichiarata giurisdizionalizzazione, non rappresenterebbe un accrescimento della tutela complessiva e impoverirebbe il sistema delle tutele nell'ordinamento. L'estendersi della giurisdizionalizzazione nell'ordinamento, di per sé, non può ritenersi elemento positivo».

In dottrina, ad analoghe considerazioni critiche, giungono anche: D'ANGELO G., *La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al presidente della repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013; ID., *Consiglio di Stato e «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, III, 2012, pp. 532 ss.; COCA F.G., *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 2374 ss.; TRAVI A., *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, III, 2013, pp. 483 ss.

(36) Cass., SS. UU., 14 maggio 2014, n. 14014, in *Riv. telematica “Nel diritto”*, 2014.

(37) Cons. St., ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, in *Foro amm. - CdS*, V, 2013, pp. 1169 ss., nella quale è possibile leggere, specificamente, che «lo sviluppo normativo riguardante la disciplina del ricorso straordinario (v. in particolare l'art. 3, comma 44, della legge 21 luglio 2000, n. 205, il quale ha previsto che, nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, può essere concessa, a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi e irreparabili, la sospensione dell'atto impugnato; ma v. anche l'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69, il quale prevede la possibilità di sollevare q.l.c. nell'ambito del procedimento di decisione del ricorso straordinario e l'art. 7, comma 8, del codice del processo amministrativo, di cui al d.lg. 2 luglio 2010, n. 104, il quale ha stabilito che il ricorso straordinario è ammissibile unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa) depone nel senso dell'assegnazione al decreto presidenziale emesso, su conforme parere del Consiglio di Stato, della natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, di un carattere sostanzialmente giurisdizionale; ne deriva il superamento della linea interpretativa tradizionalmente orientata nel senso della natura amministrativa del decreto presidenziale, seppure contrassegnata da profili di specialità tali da segnalare la contiguità alle pronunce del g.a.».

dente della Repubblica «ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giurisdizionale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo» (38). Del resto, il carattere giurisdizionale del ricorso straordinario è stato ulteriormente accentuato da varie disposizioni del Codice del processo amministrativo; tra le quali la più significativa appare l'art. 7, comma 8 cod. proc. amm. che, nel recare la definizione e l'ambito generale della giurisdizione amministrativa, ha stabilito che il ricorso straordinario è ammissibile unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa e quindi nelle materie in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione; così che *la giurisdizione diventa generale presupposto di ammissibilità del ricorso straordinario*, non diversamente che per il ricorso ordinario al giudice amministrativo.

Ecco che allora, alla luce delle intervenute modifiche legislative, e in aderenza alle conseguenti elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza, se ne ricava che nell'attuale sistema della giustizia amministrativa è consentito alle parti (dietro accordo ovvero in mancanza di opposizione da parte dei soggetti notificatari del ricorso) di potersi liberamente avvalere di uno strumento di tutela alternativo rispetto al processo, ma pur sempre correlato ad esso, dal quale discende la celebrazione di una procedura in unico grado che culmina nell'adozione di un decreto presidenziale che recepisce *in toto* il parere reso dal Consiglio di Stato al fine della composizione della vicenda controversa.

#### *4. Il rimedio dell'ottemperanza avverso i decreti presidenziali.*

La questione che attiene alla natura giuridica del ricorso straordinario e del decreto presidenziale con il quale si conchiude la relativa procedura assume - lo si è già detto - una pregnante rilevanza pratica. Per quanto in questa sede di stretto interesse, è doveroso dar conto che dalla qualificazione del ricorso straordinario nei termini di rimedio amministrativo ovvero di rimedio sostanzialmente giurisdizionale discende, in prima battuta, la idoneità o meno del decreto presidenziale ad assumere quelli che sono i connotati propri di una decisione caratterizzata dal crisma della intangibilità (propria del giudicato) e, in seconda battuta, la possibilità o meno di avvalersi del rimedio dell'ottemperanza nella denegata ipotesi in cui la parte soccombente non dovesse conformarsi spontaneamente ad un decreto presidenziale ormai divenuto immodificabile. Sino a prima della riforma del 2009, il costante insegnamento giurisprudenziale muovendo dall'assunto che il «ricorso straordinario al Capo dello Stato è espressamente ricompreso dal legislatore tra i rimedi di carattere amministrativo e, quindi, pur differenziandosi la sua disciplina per aspetti non irrilevanti da quella dettata per gli altri ricorsi amministrativi, non lo si può

---

(38) C. cost., 2 aprile 2014, n. 73, in *www.cortecostituzionale.it*.

comunque ritenere di natura giurisdizionale», giungeva ad affermare che il «decreto che provvede sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, pur ponendosi al di fuori dell'ordine gerarchico della p.a. e su un piano alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale, non può essere assimilato ai provvedimenti per i quali, ove rimasti ineseguiti, può essere esperito ricorso giurisdizionale in sede di ottemperanza» (39).

Con le modifiche apportate nel 2009 alla disciplina del ricorso straordinario è venuto a mutare tutto. Alla riconosciuta natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio ha fatto seguito anche un mutamento di prospettiva quanto alla esecutorietà dei decreti presidenziali; si è così affermato, con non indifferente eleganza stilistica, che «la qualificazione della decisione sul ricorso straordinario come decisione di giustizia inquadrabile nel sistema della giurisdizione amministrativa conduce al *precipitato indefettibile* della collocazione del decreto che definisce il ricorso al Capo dello Stato, reso in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, nel novero dei provvedimenti del giudice amministrativo, di cui alla lett. b) dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm., con la conseguenza che il ricorso per l'ottemperanza deve essere proposto, ai sensi dell'art. 113, comma 1, del codice, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta» (40). Oggi, quindi, non è dubbio che i decreti presidenziali con i quali viene conclusa la procedura che si instaura a seguito della proposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, essendo attribuito alla paternità del Consiglio di Stato (quale inevitabile effetto della vincolatività del suo parere) viene fatto rientrare negli «altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo» suscettibili di formare oggetto di un'azione di ottemperanza *ex art. 112, comma 2, lett. b) cod. proc. amm.*

---

(39) In questo senso: Cass. SS.UU., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2002, pp. 229 ss., nonché Cons. St., Sez. IV, 4 giugno 2009, n. 3463, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nella quale, molto lapidariamente, si è affermato che «è inammissibile il ricorso per ottemperanza proposto al fine di ottenere l'esecuzione del decreto che ha deciso un ricorso straordinario al Capo dello Stato».

(40) Cons. St., Sez. III, 28 ottobre 2013, n. 5162, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Più di recente anche Cons. St., Sez. III, 24 novembre 2015, n. 5341, in *Red. Giuffrè*, 2015, ove si legge che «il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, in virtù del nuovo assetto normativo, ha natura sostanzialmente giurisdizionale in modo da assicurare un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giudizialmente; dalla premessa della qualificazione del decreto decisorio, che definisce la procedura innescata dalla proposizione del ricorso straordinario come decisione di giustizia avente natura sostanzialmente giurisdizionale, si trae il duplice corollario dell'ammissibilità del ricorso per ottemperanza al fine di assicurare l'esecuzione del decreto presidenziale e del radicamento della competenza in unico grado del Consiglio di Stato alla stregua del combinato disposto degli artt. 112 comma 2 lett. b) e 113 comma 1, c.p.a. Il riconoscimento della competenza in unico grado del Consiglio di Stato anche in sede di ottemperanza scongiura l'anomalia logica della previsione di un giudizio di esecuzione in doppio grado finalizzato all'attuazione di uno *iussum iudicis* perfezionatosi all'esito di un giudizio semplificato in grado unico».

Quella della ammissibilità del rimedio dell'ottemperanza anche per i decreti presidenziali che decidono sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica è una soluzione che si pone in perfetta linea di corrispondenza con le indicazioni promananti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo. La Corte di Strasburgo, infatti, sul presupposto della irrefutabile «intangibilità delle decisioni finali di giustizia rese da un'autorità che non fa parte dell'ordine giudiziario» (41) e sulla base della considerazione che «l'esecuzione di una sentenza o di una qualsiasi altra decisione deve essere considerata come facente parte integrante del “processo” ai sensi dell'art. 6 CEDU» (42), ha stabilito che si deve ammettere l'azione di esecuzione in relazione a una decisione di giustizia, quale indefettibile seconda fase della lite definita. E se questo era vero quando il decreto presidenziale sul ricorso straordinario si configurava come un «ircocervo giuridico che non può essere minimamente assimilato ad atti di tipo giurisdizionale o paragiurisdizionale» (43), diviene ancora più “giusto” ora che il provvedimento presidenziale, lungi dal rientrare nel novero di non meglio specificate *decisioni di giustizia adottate da autorità non faceti parte dell'ordine giudiziario*, deve essere ricondotto tra i provvedimenti del giudice amministrativo.

*5. La negata ottemperabilità dei decreti presidenziali adottati in epoca anteriore alla L. n. 68/2009: la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 15/2015.*

La coattiva esecuzione (*rectius*, ottemperanza) dei decreti presidenziali adottati nell'epoca in cui il parere del Consiglio di Stato era obbligatorio (cioè dopo l'entrata in vigore dell'art. 69 della L. n. 69/2009) costituisce ormai, in dottrina come in giurisprudenza, *ius receptum*. Il problema si pone, piuttosto, con riferimento a tutti quei decreti presidenziali che, essendo attribuibili alla paternità del Ministro competente, non possano essere considerati provvedimenti sostanzialmente giurisdizionali. Qual è la sorte di questi ultimi? È forse proponibile il rimedio dell'ottemperanza allorché la p.a. non si conformi, spontaneamente, al loro contenuto dispositivo? Sulla questione è stato rilevato un contrasto giurisprudenziale che ha indotto la Quarta Sezione del Consiglio di Stato (44) a rimettere la soluzione dell'*empasse* all'Adunanza Plenaria.

(41) C. Edu, 16 dicembre 2006, causa *Murevich c. Croazia*, in [www.ossertoriocedu.it](http://www.ossertoriocedu.it).

(42) C. Edu, 16 ottobre 2007, ric. n. 64215/01, causa *De Trana c. Italia* in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), nella quale è dato leggere che «il diritto all'esecuzione di una decisione giudiziaria è uno degli aspetti del diritto d'accesso alla giustizia. Tale diritto non è assoluto e per la sua stessa natura richiede una disciplina da parte dello Stato. Gli Stati contraenti godono in materia di un certo margine di valutazione. Spetta però alla Corte decidere in ultima istanza sul rispetto delle esigenze della Convenzione. La situazione protratta di inadempimento della decisione giudiziaria costituisce una limitazione dell'effettività del diritto di accesso alla giustizia e le difficoltà amministrative che sarebbero derivate dal preteso comportamento negativo dei ricorrenti, non possono considerarsi come circostanze particolari atte a giustificare l'eccessivo protrarsi della mancata esecuzione della decisione giudiziaria favorevole ai ricorrenti».

(43) C. cost., 31 dicembre 1986, 298, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

(44) Cons. St., Sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5506, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



In effetti la possibilità di ottenere la esecuzione coattiva delle decisioni assunte con i decreti presidenziali pronunciati, prima che entrasse in vigore l'art. 69 della L. n. 69/2009, su un ricorso straordinario è nel "fuoco" di due opposte teoretiche: una tesi negazionista ed una possibilista.

Un primo orientamento, nella ferma convinzione di dover negare la *portata retroattiva* della riforma del 2009, è piegato nella convinzione della necessità di escludere la esperibilità del rimedio dell'ottemperanza avverso i decreti presidenziali emanati prima che intervenisse la novella legislativa del 2009, con la quale è stata «canonizzata» la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario e della decisione adottata all'esito della procedura che segue alla proposizione di questo rimedio. Più nello specifico, quanti sono persuasi della fondatezza di tale teoretica, nonostante riconoscano che, «pur non avendo la decisione sul ricorso straordinario originariamente una "funzione giurisdizionale", una volta che il legislatore ordinario ne ha operato la revisione con la riforma del 2009, depurando il procedimento da ciò che non era compatibile con la "funzione giurisdizionale", tale decisione, nella parte in cui prende come contenuto il parere del Consiglio di Stato, rientra a pieno titolo nella garanzia costituzionale dell'art. 103 Cost., comma 1, che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa», giungono alla conclusione che «la idoneità alla formazione del giudicato da parte del decreto del Presidente della Repubblica, emesso all'esito del procedimento sul ricorso straordinario, va riconosciuta solo dal momento in cui tale procedimento ha assunto natura giurisdizionale» (45). Ne discende che nell'attuale sistema della giustizia amministrativa - come è stato acutamente rilevato dal Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 5506 del 2014 - è consentito distinguere due diverse tipologie di decreti presidenziali: quelli anteriori alla riforma del 2009 e quelli successivi ad essa. Mentre i decreti decisori resi prima dell'entrata in vigore della novella del 2009 sa-

---

(45) Su questa posizione si attestata la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Per vero, Cass., SS. UU., 6 settembre 2013, n. 20569, in *Foro amm - CDS*, 2013, pp. 2295, ha stabilito che «in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, a seguito del mutamento del quadro normativo attuato con l'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e con l'art. 7 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, la decisione presidenziale conforme al parere del Consiglio di Stato ripete dal parere stesso la natura di atto giurisdizionale in senso sostanziale. Ne consegue che solo rispetto ai decreti emanati successivamente a tale innovazione legislativa va riconosciuta l'idoneità alla formazione del giudicato, senza che tale soluzione, in quanto fondata sulle nuove norme ordinarie, possa essere valutata quale *overruling* interpretativo rispetto ai precedenti orientamenti della giurisprudenza». In senso analogo anche: C. Cass., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 20054, in *Giust. civ.*, 2013, in cui è consentito leggere che «Soltanto a partire dal 16 settembre 2010, data di entrata in vigore del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, si è completato - in virtù, in particolare, di quanto stabilito dall'art. 7, comma 8, del citato d.lgs. (secondo cui il "ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa") - il processo di completa "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Ne consegue che solo le decisioni presidenziali adottate all'esito di ricorsi proposti a partire da tale data hanno natura giurisdizionale e sono suscettibili di passare in giudicato».

rebbero indefettibilmente portatori di una natura meramente amministrativa e, quindi, non suscettibili di esecuzione coattiva mercé ottemperanza, non ricorribili per Cassazione e disapplicabili, quelli resi (a prescindere dall'epoca di proposizione del ricorso) nella vigenza della disciplina di cui all'art. 69 della legge n. 69/2009 sarebbero atti "nella sostanza giurisdizionali" e, pertanto, gravabili per Cassazione *ex art.* 111 della Costituzione, coercibili mercé l'ottemperanza, non disapplicabili né dal giudice ordinario né da quello amministrativo; essi (soli) integrerebbero un *giudicato*.

Di contro, un secondo orientamento, che sembrava essere stato sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, riconosce la retroattività della L. n. 69/2009 e, per l'effetto, ributta qualsiasi distinzione tra decreti presidenziali emessi in epoca anteriore ovvero posteriore all'entrata in vigore della novella. Tuttavia è doverosa una precisazione: ad un attento osservatore delle dinamiche giurisprudenziali non può di certo sfuggire che non esiste una pronuncia del giudice amministrativo nel cui snodo motivazionale sia stato incastonato un allestimento dogmatico e argomentativo contrario (espressamente) alla prima impostazione. Ciononostante, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 18 del 2012, nello stabilire che «ai sensi dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm., è ammissibile il ricorso dinanzi al giudice amministrativo per l'ottemperanza dei decreti di accoglimento di ricorsi straordinari al Capo dello Stato» (46), non attribuisce, almeno espressamente, alcun rilievo né al *dies* dell'entrata in vigore della L. n. 69/2009 tampoco al *dies* di adozione del decreto presidenziale. Ma se esplicitamente, il Consiglio di Stato non ha statuito alcunché sulla distinzione tra decreti presidenziali "ante" e "post" L. n. 69/2009, com'è possibile sostenere che la giurisprudenza amministrativa ha inteso ammettere (indipendentemente dall'entrata in vigore della novella del 2009) la esperibilità dell'azione di ottemperanza nei confronti di tutti i decreti presidenziali? Per rispondere al quesito pare opportuno rimembrare, brevemente, quelli che sono alcuni dei tratti precipui della motivazione della sentenza. Dal momento che «la concezione classica della motivazione applica lo schema del sillogismo sia nel giudizio di diritto sia nel giudizio di fatto» (47) e che, dal punto di vista strutturale il modello strettamente sillogistico era inadeguato perché non teneva conto dell'esigenza di *considerare "giustificate" dalla motivazione* anche le premesse che il giudice esibisce a fondamento della propria decisione, ha preso sempre più piede la distinzione ragionevole tra «giustificazione interna» e «giustificazione esterna» (48); da qui la inevitabile considerazione che la motivazione non deve essere, necessariamente e inte-

(46) Cons. St., ad. ple., 5 giugno 2012, n. 18, in *Foro amm.* - CDS, 2012, pp. 1520.

(47) NAPPI A., *Il controllo della Corte di cassazione sul ragionamento probatorio del giudice del merito*, in *Cass. pen.*, IV, 1998, p. 1270.

(48) WROBLEWSKY J., *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in AA.VV. (a cura di), *Etica e diritto*, Bari, 1986, p. 203.

gralmente, esplicita su tutti i punti della decisione. Oggi si ammette anche la motivazione implicita, la quale ricorre «quando i motivi della soluzione di una determinata questione debbono intendersi logicamente contenuti e indirettamente svolti nelle considerazioni e nelle ragioni esposte per dar conto della soluzione adottata rispetto ad altra questione, distinta dalla prima e la cui trattazione implica necessariamente, per imprescindibile presupposto logico, anche la trattazione della prima questione» (49). Nel caso dell'Adunanza Plenaria n. 18/2012 ci si trova in presenza di una motivazione *esplicita*, nel riconoscere la possibilità di esperire il rimedio dell'ottemperanza avverso i decreti presidenziali ed *implicita*, nell'ammettere la irrilevanza della distinzione tra decreti presidenziali anteriori e posteriori alla L. n. 69/2009; una considerazione, quest'ultima, che viene confermata dal fatto che la vicenda concreta decisa in quella occasione aveva ad oggetto, appunto, un decreto presidenziale emesso nel 2006, *ergo*, in un momento anteriore alla novella del 2009.

Il contrasto interpretativo sinora descritto è stato risolto (nell'ambito della giurisprudenza amministrativa) da una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: la n. 7 del 2015. Ritenendo di accordare prevalenza al primo orientamento, si è infatti stabilito che «al decreto decisorio del ricorso straordinario al Capo dello Stato deve essere attribuito carattere giurisdizionale in considerazione delle riforme normative avutesi con la l. n. 69/2009 e con il cod. proc. amm. Le suddette novità normative, però, impediscono di ritenere che pure alle decisioni rese prima delle novità medesime possa essere riconosciuta una valenza giurisdizionale, con conseguente intangibilità della “*res iudicata*”: l'istituto del ricorso straordinario, infatti, non è stato interessato da una revisione interpretativa di *portata retroattiva*, ma da una riforma sostanziale ontologicamente inidonea a incidere in senso modificativo sulla natura giuridica dei decreti presidenziali adottati in un contesto normativo in cui la decisione, pur esibendo nel suo nucleo essenziale la connotazione di statuizione di carattere giustiziale, non poteva ancora considerarsi espressione di “funzione giurisdizionale” nel significato pregnante dell'art. 102 cost., comma 1, e dell'art. 103 cost., comma 1. A sostegno dell'assunto della portata non retroattiva della novella si pone la decisiva considerazione che la valenza sostanzialmente giurisdizionale del “*decisum*” è ora fondata sulla riconduzione, già in astratto, della paternità esclusiva della decisione all'autorità giurisdizionale. Ne deriva l'assenza di detto requisito sostanziale per le decisioni adottate in un regime caratterizzato, prima dell'entrata in vigore dell'art. 69 della l. n. 69/2009, dalla concorrente paternità in capo all'autorità amministrativa, legittimata a esprimere, attraverso un aggravamento procedurale, un avviso contrario a quello sostenuto nell'apporto consultivo del Consiglio di Stato» (50).

---

(49) Cass., Sez. IV, 11 luglio 1983, n. 160321, in *Foro it.*, V, 1983, pp. 6363.

(50) Cons. St., ad. pl., 14 luglio 2015, n. 7, in *Foro amm. - CDS*, 2015, pp. 1902 ss.

## 6. Critica e considerazioni conclusive.

Le argomentazioni sostenute dalla giurisprudenza più recente si ritiene essere non condivisibili. Esse, infatti, sembrano sottovalutare due aspetti imprescindibili: *a)* la necessità di garantire la effettività della tutela giustiziale dei diritti e degli interessi legittimi, come esigenza imperativa *ex se* idonea a giustificare la retroattività di una legge e; *b)* la impossibilità (per un certo periodo di tempo) di agire nei confronti della pubblica amministrazione con un rimedio alternativo rispetto al ricorso straordinario.

Con riguardo al primo profilo, occorre muovere dal dato (ovvio) che la legge non dispone che per l'avvenire; essa, generalmente, non è retroattiva. E però, nell'occuparsi della retroattività della legge, la Corte costituzionale ha affermato che «il legislatore può emanare norme con efficacia retroattiva, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale, ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (51). Orbene, nell'attuale «sistema multilivello dei diritti fondamentali» (52), l'ordinamento giuridico nazionale si arricchisce costantemente delle «situazioni giuridiche soggettive» e dei «mezzi di tutela» che «piovono» incessantemente dagli ordinamenti sovranazionali. A ciò si soggiunga che, mentre la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che nella nozione di «processo» debba farsi rientrare anche quella dell'esecuzione coattiva delle decisioni passate in giudicato (53), la Corte di giustizia

(51) C. Cost., 4 luglio 2013, n. 170, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

(52) In dottrina, sul tema, si v.: MONTANARI L., *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002; BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004; D'ATENA A. - GROSSI P., *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati Nazionali*, Milano, 2004; CARLETTI C., *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato - Costituzione*, Milano, 2005; CARTABIA M., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee*, Bologna, 2007; BRONZINI G. - PICCONE V., *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto 2007; GAMBINO S., *Multilevel constitutionalism e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, III, 2008, pp. 1144 ss.; ID., *La protezione multilevel dei diritti fondamentali (fra Costituzione, Trattati comunitari e giurisdizione)*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, II, pp. 1007 ss.; DEMURO G., *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti. Lezioni*, Torino, 2009; GAMBINO S., *Diritti e diritto dell'Unione Europea (fra nuovi trattati, Costituzione e giudici)*, in *Periferia*, 2011, Vol. 3, pp. 9 ss.; D'IGNAZIO G., *Multilevel Constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011; GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra "trattati" (di Lisbona) e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2011, pp. 29 ss.; CARDONE A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012; CARBONE S.M., *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Il Dir. dell'Ue*, I, 2013; D'ALOIA A., *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il Dir. dell'Ue*, I, 2014.

(52) CASSESE S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in CHITI M.P. - GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Milano, 2007, pp. 2 ss.

(53) Corte Edu, 19 marzo 1997, ric. 18357/91, causa *Hornsby c. Grecia*, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu). Il Giudice di Strasburgo, nel chiarire che la fase esecutiva delle sentenze del giudice amministrativo che

Ue ha ricondotto, nondimeno, la procedura instaurantesi a seguito della proposizione del ricorso straordinario al concetto di «giurisdizione», prima ancora che entrasse in vigore la L. n. 69/2009 (54). *Rebus sic stantibus*, non sembra possano residuare dubbi in merito al fatto che quella di garantire una tutela piena (necessariamente comprensiva anche della fase dell'esecuzione coattiva) alle situazioni giuridiche dedotte attraverso il rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si configura come un obiettivo da doversi far rientrare in quegli «imperanti motivi di interesse generale» che possono giustificare - come stabilito dalla giurisprudenza costituzionale - la retroattività di una legge. Tanto basterebbe a mettere in crisi la formula impiegata dall'Adunanza Plenaria n. 7/2015, in ossequio alla quale l'istituto del ricorso straordinario non sarebbe stato interessato da una revisione interpretativa di portata retroattiva, bensì da una riforma sostanziale ontologicamente inidonea a incidere in senso modificativo sulla natura giuridica dei decreti presidenziali adottati in un contesto normativo in cui la decisione, pur esibendo nel suo nucleo essenziale la connotazione di statuizione di carattere giustiziale, non poteva ancora considerarsi espressione di funzione giurisdizionale.

Ma v'è di più. Un'ulteriore colpo di scure alle argomentazioni svolte dai

---

siano passate in giudicato è da ricondursi alla nozione di equo processo di cui all'art. 6 CEDU, è giunto ad affermare che «la Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'article 6 par. 1 (art. 6-1) garanti à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil; il consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile, constitue un aspect (arrêt *Philis c. Grèce* du 27 août 1991, série A no 209, p. 20, par. 59). Toutefois, ce droit serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure - équité, publicité et célérité - accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en oeuvre des décisions judiciaires; si cet article (art. 6-1) devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les Etats contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention (voir, mutatis mutandis, l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A no 18, pp. 16-18, paras. 34-36). L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du "process" au sens de l'article 6 (art. 6); la Cour l'a du reste déjà reconnu dans les affaires concernant la durée de la procédure (voir, en dernier lieu, les arrêts *Di Pede c. Italie* et *Zappia c. Italie* du 26 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV, pp. 1383-1384, paras. 20-24, et pp. 1410-1411, paras. 16-20, respectivement). Ces affirmations revêtent encore plus d'importance dans le contexte du contentieux administratif, à l'occasion d'un différend dont l'issue est déterminante pour les droits civils du justiciable. En introduisant un recours en annulation devant la plus haute juridiction administrative de l'Etat, celui-ci vise à obtenir non seulement la disparition de l'acte litigieux, mais aussi et surtout la levée de ses effets. Or la protection effective du justiciable et le rétablissement de la légalité impliquent l'obligation pour l'administration de se plier à un jugement ou arrêt prononcé par une telle juridiction. La Cour rappelle à cet égard que l'administration constitue un élément de l'Etat de droit et que son intérêt s'identifie donc avec celui d'une bonne administration de la justice. Si l'administration refuse ou omet de s'exécuter, ou encore tarde à le faire, les garanties de l'article 6 (art. 6) dont a bénéficié le justiciable pendant la phase judiciaire de la procédure perdraient toute raison d'être».

(54) Corte giust. Ue, 16 ottobre 1997, GAROFOLI, in *Foro. it.*, 1997, pp. 401 ss.

più recenti arresti giurisprudenziali viene inferto anche dal secondo soprari-chiamato profilo. Con riferimento a questo, è risaputo che nel periodo compreso tra la legge abolitiva del contenzioso amministrativo (Legge del 20 marzo 1865, n. 2248, All. E) e la c.d. legge “Crispi” (L. 31 marzo 1889, n. 5992), il ricorso straordinario ha rappresentato l’unico rimedio esperibile per invocare la tutela di interessi legittimi; è a seguito dell’istituzione della Sezione IV del Consiglio di Stato (avvenuta ad opera proprio della Legge “Crispi”) che è stata introdotta la regola della *alternatività* tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale. È solo da questo momento che il ricorso straordinario può essere considerato «il frutto della libera scelta di prescindere dalla tutela giurisdizionale, che trova il suo fondamento nell’autonomia soggettiva accordata a ciascun amministrato» (55). Prima, invece, si profilava come l’unica strada possibile, efficace o meno che fosse. Se ne ricava che, sino a prima dell’istituzione della Sezione IV del Consiglio di Stato, non può essere sostenuto che, poiché le parti potendo/dovendo conoscere i limiti del ricorso straordinario rispetto al ricorso giurisdizionale, finivano con l’accettare (sebbene per *facta concludentia*) i “limiti” e le “spossatezze procedurali” del ricorso straordinario, soprattutto con riguardo alla impossibilità (in fatto e in diritto) di pretendere l’esecuzione coattiva del decreto presidenziale adottato a conclusione della procedura. Come dire: non può essere contestato alcun addebito a quanti, in assenza di una strada alternativa, erano costretti ad avvalersi di un pure “monco” ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Combinando le riflessioni sottese alla critica che si ritiene di propugnare nei confronti degli approdi giurisprudenziali, si è allora convinti di poter giungere alle seguenti conclusioni. Ferma e incontrastata la possibilità di proporre l’azione di ottemperanza nei confronti dei decreti presidenziali adottati dopo l’entrata in vigore della L. n. 69/2009, i decreti presidenziali emessi prima della legge “Crispi”, e rimasti ineseguiti, devono essere considerati idonei a «fare stato tra le parti», e sono quindi suscettibili di formare oggetto di ottemperanza, poiché le “debolezze” del ricorso straordinario erano da attribuirsi, unicamente, ad un’irragionevole *vulnus* dell’ordinamento giuridico e non anche alla scelta delle parti - consapevole o meno che fosse - di comporre la loro controversia in una sede diversa rispetto a quella del processo in senso stretto. Parimenti, quelli emessi dopo l’introduzione della regola della *alternatività* con il ricorso giurisdizionale, ma comunque prima della riforma attuata con la L. n. 69/2009, sono da considerarsi suscettibili di costituire «cosa giudicata» e di formare oggetto di azione di ottemperanza, in quanto il diritto costituzionale di difesa *ex art. 24 Cost.* e il diritto ad un processo equo *ex art. 111 Cost.*, letti alla luce della giurisprudenza delle Corti europee, possono essere interpretati in maniera tale da ricomprendere anche la procedura instau-

---

(55) C. cost., 5 febbraio 1963, n. 2, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

rantesi a seguito della proposizione del ricorso straordinario. Ma quand'anche si volesse sostenere la «natura amministrativa» del rimedio, l'essenza delle cose rimarrebbe invariata; il diritto ad una tutela effettiva delle pretese dedotte con la proposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, trovando un solida copertura normativa nell'art. 41 della Carta di Nizza, assumerebbe, pur sempre, la declinazione di un diritto fondamentale idoneo a giustificare la portata retroattiva dell'art. 69 della L. n. 69/2009: il «diritto ad una buona amministrazione» (56). Ne discende che, collocando nell'alveo dei

---

(56) L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea così dispone: «Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione. Tale diritto comprende in particolare: il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale, l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. Ogni individuo ha diritto al risarcimento da parte della Comunità dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. Ogni individuo può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue del trattato e deve ricevere una risposta nella stessa lingua».

In dottrina, sull'argomento, si v: PANEBIANCO M. (diritto a), *Art. 41 - Diritto ad una buona amministrazione*, in *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle altre corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, 2001, pp. 379 ss.; BIFULCO R., *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in BIFULCO R. - CARTABIA M. - CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, pp. 284 ss.; MARZUOLI C., *Carta europea dei diritti fondamentali, amministrazione e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in VETTORI G. (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, pp. 255 ss.; SANTINI F., *Diritto ad una buona amministrazione: la prima applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (nota a Trib. I grado Ce, 30 gennaio 2002, n. 54/99), in *Giur. it.*, 2002, pp. 1792 ss.; ZITO A., *Il diritto ad una buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, pp. 425 ss.; RAPELLI V., *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004; RESTA D., *Buona amministrazione e costituzione europea*, in CELOTTO A. (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004, pp. 77 ss.; CHITI M.P., *Il principio di buona amministrazione*, in CHITI M.P. - FRANCHINI C. - GNES M. - SAVINO M. - VERONELLI M., *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, Milano, 2005, pp. 39 ss.; GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2005, pp. 819 ss.; TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in CHITI M.P. - GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Milano, 2007, pp. 49 ss.; CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione (Relazione alla giornata sul diritto ad una buona amministrazione per il 25° anniversario della legge "Sindic de Greuges" della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009)*, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu), 2009; PERFETTI L.R., *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 352 ss.; CAPUTI JAMBREGHI M.T.P., *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie (a proposito di "class action" all'italiana)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010; GALETTA D.U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Amm.*, III, 2010, pp. 601 ss.; GIUFFRIDA A., *Il diritto ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012; GALETTA D.U., *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Il Dir. dell'Ue*, I, 2013, pp. 133 ss.; ID., *Il diritto ad una buona amministrazione fra diritto UE e diritto nazionale e le novità dopo l'en-*

diritti costituzionalmente rilevanti anche la *pretesa* ad un procedura equa e finalisticamente orientata a far ottenere una decisione capace di incidere concretamente sulla situazione soggettiva dalla cui lesione scaturisce la proposizione del ricorso straordinario, discende che essa (alla stregua di ogni altro diritto fondamentale) è espressione di «valori senza tempo»; di guisa che appare corretto sostenere la retroattività della L. n. 69/2009: cioè a dire la giurisdizionalizzazione *tout court* del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la assoggettabilità di «tutti» i decreti presidenziali (a prescindere dal momento della loro adozione) al rimedio dell'ottemperanza (57).

---

*trata in vigore del Trattato di Lisbona*, in CIVITARESE S. - MATTEUCCI F. - GUARIELLO P. (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013, pp. 71 ss. TRUCCO L., *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione europea nella giurisprudenza costituzionale*, fasc. I, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2016.

(57) La giurisprudenza ha già avuto modo di sostenere una tesi in parte analoga a quella qui propugnata. In Cons. St., Sez. V, 27 maggio 2015, n. 2713, in *Dir. & Giust.*, 2015, si è infatti sostenuto che «a seguito del mutamento del quadro normativo disposto dall'art. 69 l. 18 giugno 2009, n. 69, e dal codice del processo amministrativo, per le decisioni straordinarie rese prima di tali riforme, vanno distinte quelle rese nel regime della alternatività, da quelle rese *prater legem* su una controversia rimessa alla giurisdizione del giudice civile. Per quelle rese nel regime della alternatività “prima” della revisione, le citate riforme hanno preso atto della loro già indiscussa cogenza ed immodificabilità ed hanno aggiunto il rimedio del giudizio d'ottemperanza, a prescindere dall'epoca di proposizione del ricorso straordinario; per quelle rese *prater legem* prima della revisione su una controversia rimessa alla giurisdizione del giudice civile (ormai precluse dall'art. 7, comma 8, c. proc. amm.), esse - in quanto disapplicabili dal medesimo giudice e non decisorie della controversia - hanno invece conservato natura amministrativa, non potendo la legge sopravvenuta determinare una soccombenza non prevista dalla normativa previgente».



## **Fisco e cultura: la tassazione degli immobili di interesse storico artistico e l'intervento dei privati a sostegno del patrimonio culturale**

*Maria Luisa Costanzo\**

*SOMMARIO: 1. I beni culturali: profili storici, caratteri e disciplina - 2. La tassazione degli immobili di interesse storico artistico - 3. I privati e la cultura.*

### *1. I beni culturali: profili storici, caratteri e disciplina.*

Gli immobili di interesse storico artistico rientrano nel più ampio *genus* dei beni culturali. Ciò rende necessario, nonché opportuno, un inquadramento dal punto di vista storico e legislativo.

La locuzione “bene culturale” ha origini relativamente recenti. Si afferma, inizialmente, nel lessico internazionale con la Convenzione dell’Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato e fa la sua comparsa in Italia in un documento ufficiale, con i lavori della Commissione Franceschini, istituita con la legge n. 310/1964. Un vivo interesse per l’arte è presente, tuttavia, sin dall’epoca romana (1).

Storicamente, le prime misure di tutela del patrimonio culturale italiano risalgono agli Stati preunitari e sono caratterizzate dalla preoccupazione di evitare l’uscita dei beni di carattere artistico e archeologico dai confini dello Stato (2). Dopo l’Unità di Italia, si distinguono due interventi legislativi di forte rilievo. Il primo, sul finire degli anni Trenta, è dato dalla promulgazione delle due leggi Bottai: la legge n. 1089/1939, dedicata alla tutela delle cose d’arte e la legge n. 1497/1939, dedicata alle bellezze naturali. Entrambe esprimevano una particolare concezione di bene culturale, “estetizzante” ed “elitaria”, che richiedeva una tutela incentrata su una logica essenzialmente conservativa (3): i beni tutelati si caratterizzavano per il pregio e la rarità (art. 1, l. n. 1089/1939) e per la loro non comune bellezza (l. n. 1497/1939). Il secondo intervento, in epoca Repubblicana, è rappresentato dalle 84 Dichiarazioni della Commissione Franceschini, la prima delle quali conteneva la definizione di “bene culturale”: si considerava tale qualunque cosa rappresentasse “*testimonianza materiale avente valore di civiltà*”. Si assiste quindi al passaggio dal criterio “estetico”, proprio delle leggi Bottai, al criterio “storico” (4).

---

(\*) Dottore in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l’Avvocatura dello Stato.

(1) Risalgono in particolare a Giustiniano le prime forme di tutela del patrimonio artistico. G. VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Padova, 2013, p. 12.

(2) T. ALIBRANDI - P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, p. 15.

(3) M. AINIS. - M. FIORILLO, *L’ordinamento della cultura*, Milano, 2008, p. 154.

(4) M. AINIS. - M. FIORILLO, *L’ordinamento della cultura*, Milano, 2008, p. 154.

Attualmente, la disciplina di riferimento è contenuta nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, D.Lgs. n. 42/2004 (5), il quale ha ad oggetto “*le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico*”, nonché le “*altre cose individuate dalla legge o in base alla legge, quali testimonianze aventi valore di civiltà*”. Al riguardo, deve essere chiarito che l’inclusione nei suddetti elenchi può non essere sufficiente per il riconoscimento del carattere culturale. Infatti, si distinguono casi in cui il bene è culturale *ex lege* (art. 10 co. 2) e casi in cui è invece richiesta una dichiarazione di interesse culturale, ovvero un provvedimento conclusivo di un procedimento amministrativo con il quale sorgono le limitazioni connesse alla particolare natura del bene (art. 10 co. 3). Vi sono infine delle “cose” per le quali vige una presunzione di interesse culturale, sino all’esito di una verifica ad opera del Ministero per i beni e le attività culturali (art. 10 co. 1).

Il Codice si sofferma, inoltre, sulle modalità di intervento del legislatore in questo settore, identificandole nella tutela, nella valorizzazione e nella gestione. La prima (art. 3), data dall’individuazione, protezione e conservazione del bene, è volta ad assicurare la “fruibilità” dello stesso, consistente nell’obbligo dell’amministrazione di permetterne la fruizione (6). La seconda (art. 6), da attuarsi sempre in forme compatibili con la tutela, consiste invece nell’“*esercizio delle funzioni*” e nella “*disciplina delle attività*” volte a favorire la conoscenza, l’utilizzazione e la fruizione del patrimonio culturale con il fine ultimo di “*promuovere lo sviluppo della cultura*”. Tutele e valorizzazione sono strettamente connesse. Tale connessione si evince ancor di più ponendo l’attenzione al dettato costituzionale, laddove, dall’art. 9 Cost. “*si trae l’idea che la tutela del patrimonio storico artistico nazionale non rifletta un semplice intento di conservazione, ma miri anche alla sua valorizzazione, come mezzo di promozione dell’arte, della tecnica e della scienza e più in generale di elevazione della cultura*” (7).

Il Codice detta, infine, un’analitica disciplina con riferimento alla protezione e conservazione, alla circolazione (sia in ambito nazionale che internazionale) e alle sanzioni, non solo amministrative, ma anche penali. Queste ultime, in particolare, sono contenute oltre che nel D.Lgs. n. 42/2004 anche nel Codice penale. Al riguardo, mentre il secondo contempla fattispecie incriminatrici volte a colpire ogni forma di aggressione diretta al bene (reati di

---

(5) Tra questi compaiono: il Testo unico dei beni culturali e ambientali, emanato con d.lgs. 490/1999; il d.lgs. 112/1998 per il conferimento di funzioni e compiti amministrativi agli enti locali; il d.lgs. 368/1998 istitutivo del nuovo Ministero per i beni e le attività culturali.

(6) M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, RTDP, 1976, 32, come citato da G. DE GIORGI CEZZI, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, p. 39.

(7) F. PISTOLESI, *Il ruolo delle agevolazioni fiscali nella gestione dei beni culturali in tempo di crisi*, *Rivista di diritto tributario*, 2014, fasc. 11, p. 1213.

danno), il primo sanziona la mera violazione del relativo regime amministrativo (reati di pericolo). In proposito, la dottrina ha osservato come il Codice dei beni culturali tuteli in modo immediato la funzione amministrativa e solo indirettamente il bene culturale (8).

Con riguardo alle misure di protezione e conservazione, in estrema sintesi, può osservarsi come le stesse siano tra loro complementari. Infatti, con le prime (artt. 20-28) si combattono possibili abusi, subordinando a controllo pubblico ogni intervento che possa coinvolgere i beni culturali, con le seconde (artt. 29-44) si tutela il bene a favore delle generazioni future (9).

Relativamente alla circolazione in ambito nazionale, il legislatore prevede un distinto regime a seconda che il bene sia di un ente pubblico (incommerciabilità o commerciabilità controllata) o di un privato (piena commerciabilità e solo in casi eccezionali commerciabilità controllata).

I beni culturali sono inoltre oggetto di attenzione del legislatore comunitario e destinatari altresì di disciplina in ambito internazionale. In particolare, mentre l'intento delle Convenzioni internazionali (10) è esclusivamente quello di proteggere il patrimonio culturale dei singoli Stati aderenti, la disciplina comunitaria è volta essenzialmente a conciliare il principio di libera circolazione delle merci con la conservazione del patrimonio culturale degli Stati membri (artt. 34, 35, 36 TFUE) (11).

In questa sede deve essere infine evidenziato che con l'avvento della Costituzione la cultura è stata oggetto di specifiche previsioni. Da un lato, si è previsto un intervento pubblico in materia, con finalità promozionale e di tutela (art. 9 Cost.), dall'altro si è inteso invece arginare ogni possibile interferenza pubblica in ambito culturale (art. 33 Cost.). Come osservato, le due disposizioni non sono in contrasto tra loro, postulando di contro la necessità di individuare un punto di equilibrio tra l'azione dei pubblici poteri e la libertà della cultura (12).

---

(8) CARPENTIERI, *Tutela penale dei beni culturali e prospettive di riforma*, in AA.Vv. *Beni culturali e sistema penale*, a cura di S. MANACORDA - A. VISCONTI, atti del Convegno, Milano 16 gennaio 2013, p. 33.

(9) Alle suddette misure si aggiungono le "prescrizioni di tutela indiretta" (artt. 45 e ss.), le quali non tutelano direttamente il bene, ma il contesto nel quale è inserito. Esse sono volte a "preservare la cornice ambientale di un immobile" (G. SCIULLO, *Le funzioni*, in *Diritto e gestione dei beni culturali* p. 74).

(10) Convenzione UNESCO del 1970, recante la disciplina della restituzione dei beni culturali illecitamente esportati, e la Convenzione UNIDROIT del 1995, volta a fornire un nucleo uniforme di regole che superino il contrasto esistente tra le norme presenti nei singoli ordinamenti. Sul punto cfr. MARLETTA, *La restituzione dei beni culturali, normativa comunitaria e convenzione Unidroit*, Padova, 1997, p. 201, come citato da G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, Napoli, 2011, p. 32.

(11) G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, op. cit., p. 33.

(12) F. MERUSI, *Principi fondamentali*, in AA.Vv. *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975, p. 435.

## 2. La tassazione degli immobili di interesse storico artistico.

L'esigenza di tutela del patrimonio storico artistico è avvertita anche in campo tributario.

Il legislatore si è interessato per la prima volta alla materia, in modo unitario, con la legge n. 512/1982. Precedentemente a tale data si potevano rintracciare soltanto interventi normativi frammentari e scarsamente significativi (13). La legge n. 512/1982 non rappresenta, tuttavia, un testo organico della materia perché si limita a prevedere norme di favore che si inseriscono nelle leggi vigenti (14). Essa contiene prescrizioni specifiche in materia di imposte dirette ed indirette.

Con riferimento alle prime è opportuno verificare come l'esistenza del vincolo di interesse storico artistico possa rilevare nella determinazione della disciplina catastale. Ai fini del calcolo delle imposte dirette gravanti sugli immobili è infatti necessario calcolare la base imponibile, ricavabile dalla rendita catastale.

Il catasto urbano è diviso in tre grandi gruppi: immobili a destinazione ordinaria; immobili a destinazione speciale (D); immobili a destinazione particolare (E). Gli immobili a destinazione ordinaria si suddividono ulteriormente in: immobili a destinazione abitativa (A); immobili per uso di alloggi collettivi (B); immobili commerciali (C).

In ciascuna sottocategoria vengono inseriti gli immobili con la stessa destinazione d'uso. A questo criterio generale faceva in passato eccezione la categoria A/9 (Castelli, palazzi di eminenti pregi artistici o storici): un palazzo assoggettato a vincolo doveva essere inquadrato nella categoria A/9, a prescindere dal fatto che singole parti di questo potessero avere destinazioni proprie di altre categorie catastali (15). La tesi dell'unitaria classificazione non trova riscontro nell'attuale orientamento dell'Agenzia delle Entrate: è stato puntualizzato, in apposita circolare, che il riconoscimento dell'interesse culturale e il conseguente vincolo gravante su un immobile non influiscono sul classamento del bene, in quanto si deve fare riferimento, esclusivamente, alla destinazione d'uso di ciascuna unità immobiliare (16).

Tra le norme di favore riconosciute agli immobili storici che assumono rilievo sotto il profilo catastale si possono ricordare, inoltre, l'art. 5 *bis* del D.P.R. 601/1973 e l'art. 190 del TUIR.

Da ultimo, la legge delega 11 marzo 2014, n. 23 ha chiarito che il vincolo

---

(13) L. CONSOLI, *Enciclopedia giuridica Treccani*, volume 5, voce *beni culturali*.

(14) Sul punto M.C. FREGNI, *Il regime fiscale*, in AA.VV. *Diritto e gestione dei beni culturali*, a cura di C. BARBATI - M. CAMMELLI, G. SCIULLO, Bologna, 2011, p. 260.

(15) In questo senso: Corte Cass. sent. 19 novembre 1993, n. 11445.

(16) Circ. 9 ottobre 2012, n. 5/T, citata da M. DEL VAGLIO, *I profili catastali degli immobili di interesse storico artistico*, in *Corriere tributario*, 2012, n. 46, pp. 3581 e ss.

incide sulla determinazione del valore fiscale e quindi sull'attribuzione della rendita catastale, prevedendo delle riduzioni in sede di determinazione del valore patrimoniale medio ordinario e delle rendita media ordinaria (art. 2, co. 2 lett. m) legge n. 23/2014). All'interno del testo è stata inserita anche la riforma del catasto, il cui *iter* attualmente è sospeso (17).

Passando all'analisi delle disposizioni che specificamente riguardano la tassazione degli immobili di interesse storico artistico, è d'obbligo ricordare che, fino al periodo d'imposta 2011, risultava applicabile l'art. 11, comma 2, della legge n. 413/1991. Esso disponeva che, *in ogni caso*, il reddito degli immobili di interesse storico artistico dovesse essere determinato mediante l'applicazione della minore tra le tariffe di estimo previste per la zona censuaria nella quale fosse collocato l'immobile. Questa disposizione ha dato luogo, in passato, ad un ampio dibattito, tra contribuenti ed amministrazione finanziaria, al quale non sono rimaste estranee la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale. In particolare, il fisco, dopo una prima interpretazione restrittiva (con cui aveva riconosciuto il regime agevolato ai soli casi in cui l'immobile non fosse locato), ha mutato orientamento affermando che l'agevolazione dovesse essere concessa a tutti i fabbricati, compresi quelli dati in locazione, purché ad uso abitativo (circolare 9/E del 14 marzo 2005), per poi estenderla a tutti i fabbricati, inclusi quelli ad uso diverso da quello abitativo (circolare 2/E del 17 gennaio 2006). Ciò è avvenuto in seguito ai ripetuti interventi della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale. La prima ha avuto modo di affermare che il comma 2 dell'art. 11 contenesse *“l'esclusiva ed esaustiva disciplina per la fissazione del reddito imponibile rispetto agli immobili di interesse storico artistico, da effettuarsi sempre con riferimento alla più bassa delle tariffe di estimo della zona, a prescindere dalla locazione del bene a canone superiore”* (18). La seconda ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'agevolazione, in considerazione dei vincoli e degli obblighi gravanti sulla proprietà di detti beni, derivanti dalla tutela costituzionale accordata dall'art. 9 Cost. (19).

La disciplina dettata dal comma 2 dell'art. 11 non è più applicabile a decorrere dal periodo di imposta 2012, per effetto delle modifiche intervenute

---

(17) La riforma avrebbe dovuto rivedere i valori catastali degli immobili entro il 2019. In base alla bozza del decreto legislativo, gli immobili sarebbero stati raggruppati non più in classi e categorie, bensì in due tipologie di fabbricati: ordinari e speciali. In particolare, gli immobili in passato compresi nella categoria A9 sarebbero confluiti nella tipologia S15. Il valore degli immobili sarebbe stato determinato dalla superficie e non più dai vani e ad ogni unità immobiliare sarebbero stati attribuiti una rendita e un valore patrimoniale, stimati in base alle caratteristiche dell'immobile e alla zona di appartenenza. Allo stato attuale, l'intervento è stato limitato all'approvazione del decreto con cui sono state dettate le regole per la composizione e le attribuzioni delle commissioni censuarie, competenti per la revisione dei valori immobiliari e delle rendite.

(18) Sent. Corte Cass. 18 marzo 1999, n. 2442, in *De Jure*.

(19) Sent. Corte Cost. 28 novembre 2003, n. 346, in *De Jure*.

con D.L. n. 16/2012 (20). Da un lato, è stato soppresso il criterio della rendita figurativa, basato sull'irrelevanza, in ogni caso, del canone di locazione e sull'applicazione della minore delle tariffe d'estimo della zona censuaria nella quale è collocato l'immobile. Dall'altro, si è stabilito che, per gli immobili vincolati concessi in locazione, il reddito è pari al maggiore fra il canone, ridotto in modo forfettario del 35 per cento, e la rendita catastale rivalutata, risultante dall'applicazione delle tariffe d'estimo proprie dell'immobile (21).

La riforma del 2012 ha interessato anche il trattamento fiscale degli immobili storici posseduti in regime di impresa. Essa ha riguardato solo gli immobili "patrimonio" dell'impresa, modificando l'art. 90, comma 1 del TUIR. In sintesi, se l'immobile non è locato la legge accorda due agevolazioni: la riduzione a metà della rendita effettiva rivalutata e la disapplicazione della maggiorazione prevista dall'art. 41. Se invece l'immobile è locato a terzi, il reddito è il maggiore fra il 65% del canone di locazione e il reddito medio ordinario, ottenuto applicando la tariffa d'estimo propria dell'immobile (21).

Nel settore delle imposte dirette possono infine individuarsi alcune forme di agevolazione riconosciute agli immobili in questione. A titolo di esempio, possono essere ricordate: la possibilità di detrarre le spese di manutenzione del bene medesimo (art. 15 TUIR, cui si aggiunge la detrazione fiscale sulle ristrutturazioni edilizie di cui all'art. 4, D.L. n. 201/2011); l'esclusione da tassazione degli immobili aperti gratuitamente al pubblico (art. 5 *bis*, D.P.R. n. 601/1973); la possibilità di estinguere i debiti fiscali mediante cessione di beni culturali (art. 28 *bis*, D.P.R. n. 602/1973).

Nel settore delle imposte indirette, le norme di favore correlate alla natura di bene culturale si rintracciano nelle disposizioni in materia di IVA e, segnatamente, all'art. 10, comma 1, n. 22, D.P.R. n. 633/1972, il quale esenta le prestazioni rese da biblioteche e simili e quelle relative alla visita di musei, gallerie, ville, palazzi, giardini e simili. Non sono invece previste agevolazioni per l'acquisto di beni e servizi necessari per il restauro e la manutenzione dei cespiti culturali.

Ulteriori norme di favore sono previste in materia di imposta successioni e donazioni. In particolare, con riferimento alle prime meritano menzione l'art. 13 del D.Lgs. n. 346/1990, il quale prevede che i beni culturali sono esenti dall'imposta, purché siano stati sottoposti a vincolo anteriormente all'apertura della successione e purché siano stati adempiuti gli obblighi di protezione e conservazione; nonché, l'art. 42 *bis* del D.P.R. n. 637/1972, il quale prevede che gli eredi e i legatari possono cedere allo Stato, a scomputo totale o parziale dell'imposta, beni culturali e opere di autori viventi. Con riguardo alle imposte

---

(20) Per la nuova disciplina applicabile agli immobili di interesse storico artistico si veda: M. ZANNI, *Il nuovo regime fiscale degli immobili di interesse storico artistico*, *Il Fisco*, 2012, 27, p. 4225; C. ODRIZZI, *Immobili storici: penalizzazione del regime fiscale*, *Guida alla contabilità e bilancio*, 2012, n. 12, p. 34.

(21) Sul punto: M. ZANNI, *Il nuovo regime fiscale degli immobili di interesse storico artistico*, *op. cit.*

di donazione, invece, il riferimento è all'art. 59 del D.Lgs. n. 346/1990, il quale statuisce che in caso di donazione di un bene vincolato il negozio debba scontare l'imposizione "nella misura fissa prevista per l'imposta di registro".

Non sono più in vigore le agevolazioni previste in passato in materia di imposta di registro (22).

Quanto premesso rende palese che ai beni culturali è riconosciuto un trattamento fiscale di favore. Da ciò deriva la necessità di inquadrare il fenomeno agevolativo, definendo il concetto di "agevolazione tributaria" alla luce dei principali indirizzi dottrinali e analizzando il rapporto con i principi costituzionali.

Occorre premettere che la complessità del tema, messa in luce dalla stessa Corte Costituzionale (23), ha dato luogo ad orientamenti legislativi contrastanti. Il legislatore è più volte intervenuto al fine di provvedere ad una revisione del sistema agevolativo, senza tuttavia pervenire ad esiti soddisfacenti (24), a causa anche dell'assenza di una definizione normativa del concetto di "agevolazione tributaria", genericamente definita "regola di favore per il contribuente che attenua il carico fiscale" (25).

La dottrina è unanime nel considerare il termine "agevolazione" espressivo di un ampio *genus* comprensivo di figure diverse tra loro per caratteri e regime giuridico: esenzioni, deduzioni, detrazioni, regimi sostitutivi, eccetera. In virtù della constatazione di profili comuni a tale diverse figure, alcuni autori hanno tentato di elaborare una nozione generale del fenomeno (26).

Le ragioni a fondamento delle concessioni di agevolazioni sono state ravvisate talvolta, in una ridotta manifestazione di capacità contributiva, talaltra in obiettivi di politica economica e sociale (in questo secondo caso le agevolazioni configurerebbero delle "spese fiscali", in quanto assimilabili a dei veri e propri sussidi) (27).

Con riguardo al rapporto intercorrente tra le agevolazioni tributarie e la Costituzione, i principi che vengono in rilievo sono: la riserva di legge (art.

(22) Abrogate dall'art. 10, d.lgs. n. 23/2011.

(23) Corte Cost. sent. n. 76/1958, in *De Jure*.

(24) I tentativi di maggior rilievo sono due. Il primo risale alla Riforma tributaria degli anni settanta (art. 9, legge 825/1971), il secondo ai primi anni Novanta (art. 17 legge 408/1990). Entrambi sono fondati sul presupposto che le agevolazioni costituiscano deroghe ai principi di generalità ed uniformità dell'imposizione ed entrambi volti a sostituire le predette agevolazioni con sovvenzioni finanziarie. Sul punto si veda S. LA ROSA, *Le agevolazioni tributarie*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, 1994, pp. 401 e ss.

(25) La definizione è di P. BORIA, *Il sistema tributario*, Torino, 2008, p. 1031.

(26) Possono al riguardo distinguersi due orientamenti. Secondo il primo (S. LA ROSA, *Le agevolazioni tributarie*, op. cit., pp. 406 e ss.) è necessario fare riferimento ai fini e alle funzioni della norma di favore, a prescindere dalle caratteristiche strutturali della stessa. Secondo il secondo orientamento (F. FICHERA, *Le agevolazioni tributarie*, Padova, 1992, pp. 25 e ss.) è indispensabile il contemporaneo riferimento all'elemento funzionale e al dato strutturale.

(27) M. LECCISOTTI, *Introduzione*, in AA.VV. *Le agevolazioni fiscali*, a cura di M. LECCISOTTI, Bari, 1995, pp. 7 e ss.

23 Cost.), la capacità contributiva (art. 53 Cost.) e il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).

Con riferimento al primo di essi, in dottrina si è posto il problema di verificare se anche le agevolazioni dovessero essere soggette al principio di legalità, posto che l'art. 23 Cost. fa espressamente riferimento al solo fenomeno impositivo e non al sistema tributario nel complesso (28).

Con riguardo al principio di capacità contributiva, è d'obbligo ricordare che quest'ultimo ha da sempre costituito il referente costituzionale della materia delle agevolazioni tributarie, per il loro essere comunemente definite lesive della necessità dell'uguale concorso di tutti alle spese pubbliche (29). In proposito, la dottrina assume posizioni differenti: alcuni autori sostengono la compatibilità delle norme in questione con l'art. 53 Cost. (30), altri si spingono sino ad affermare che lo stesso principio di capacità contributiva legittimi e renda doverosa la concessione delle agevolazioni (31), altri ancora negano che l'art. 53 Cost. sia un parametro idoneo a valutare la legittimità costituzionale delle agevolazioni (32).

Infine, i principali dubbi circa la compatibilità con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) sono dovuti al fatto che le agevolazioni comportano, come è ovvio, disparità di trattamento. Si è posto, pertanto, il problema di verificare se tale disparità sia giustificata. La dottrina è pressoché unanime nel sostenere la compatibilità tra agevolazioni e principio di uguaglianza, sulla base di varie argomentazioni (33). Giova inoltre rilevare che la Corte Costituzionale raramente si è pronunciata sul punto, sul presupposto di un'ampia discrezionalità legislativa, sindacabile soltanto laddove sia viziata da irragionevolezza (34).

Con particolare riguardo alle agevolazioni riconosciute agli immobili di interesse storico artistico, il dibattito dottrinale si era sviluppato, in passato,

---

(28) Sul punto si veda: P. BORIA, *Il sistema tributario*, op. cit., p. 1041; F. MOCHETTI - R. ZENNARO, voce *Agevolazioni*, II, *Problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi*, in *Digesto banca dati*; S. LA ROSA, *Le agevolazioni*, op. cit., pp. 430 e ss.; A. GUIDARA, *Agevolazioni fiscali*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

(29) Così S. LA ROSA, *Le agevolazioni*, op. cit., p. 416.

(30) A. FEDELE, *Profilo dell'imposta sull'incremento di valore delle aree fabbricabili*, Napoli, 1966, pp. 109 e ss., nota n. 60; S. LA ROSA, *Le agevolazioni*, op. cit., p. 420; E. DE MITA, *Capacità contributiva*, in *Digesto banca dati*, 1987.

(31) R. ZENNARO - F. MOSCHETTI, *Agevolazioni fiscali, II, Problemi di legittimità costituzionale*, op. cit.; F. MOSCHETTI, *Profili generali*, in *Trattato di diritto tributario*, op. cit., pp. 225 e ss.

(32) F. FICHERA, *Le agevolazioni*, op. cit., pp. 145 e ss.

(33) Sul punto si vedano: R. ZENNARO - F. MOSCHETTI, *Agevolazioni fiscali, II, Problemi di legittimità*, op. cit.; A.D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1974, p. 122; F. FICHERA, *Imposizioni ed extrafiscali nel sistema costituzionale*, Napoli, 1973, pp. 89 e ss., come citato da R. GALIERO, *Agevolazioni fiscali e Costituzione*, in *Diritto e pratica tributaria*, pp. 742 e ss.; S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968, pp. 9 e ss., come citato da R. GALIERO, *Agevolazioni fiscali*, op. cit., pp. 742 e ss.

(34) Sent. Corte Cost. 28 aprile 1983, n. 108, in *De Jure*.



prevalentemente sulla *ratio* del beneficio accordato dall'art. 11, comma 2, della legge 413/1991 (ovvero sull'opportunità di determinare il reddito dell'immobile, sulla base della minore delle tariffe d'estimo della zona censuaria di riferimento, anche in presenza di un canone di locazione superiore, derogando al dettato dell'art. 37 TUIR).

In sintesi, il fondamento delle agevolazioni riconosciute agli immobili di interesse storico artistico è stato ravvisato:

- nella necessità di compensare il proprietario dei vincoli che gravano sulla proprietà del bene.

Il regime giuridico dei beni culturali in generale riduce il valore economico di detti beni dando luogo a minor capacità contributiva (35). In questo senso il trattamento di favore non rappresenta un "privilegio", ma "un'equa compensazione" (36). La stessa Corte Costituzionale ha affermato che la *ratio* delle agevolazioni in parola risiede "*in un'esigenza di equità fiscale, derivante dalla considerazione della minore utilità economica che presentano i beni immobili di interesse storico o artistico in conseguenza dei vincoli e limiti cui la proprietà è sottoposta*" (37);

- nella tutela del paesaggio e del patrimonio storico artistico.

In particolare, nello specifico settore dei beni culturali la concessione delle agevolazioni deriva dal contemperamento di due principi costituzionali: l'art. 53 Cost., espressione dell'interesse fiscale, e l'art. 9 Cost., posto a tutela del patrimonio storico artistico. Tale giustificazione non è condivisa da una parte della dottrina, la quale paventa il rischio di un'agevolazione che possa andare a vantaggio dei proprietari e non dei beni (38);

- nella peculiare natura del bene.

Una parte della dottrina ritiene che i beni culturali facciano parte di una categoria autonoma di proprietà in relazione all'utilizzo (per cui il proprietario assomiglia a un gestore) e al regime fiscale (39), tanto da rappresentare un "microsistema" distinto dall'imposizione ordinaria riservata agli altri beni (40). Pertanto, la ragione di una diversa incidenza del prelievo tributario risiede nella funzione sociale della proprietà di questa particolare tipologia di beni,

(35) E. D'ALFONSO, *L'agevolazione ICI per gli immobili di interesse storico od artistico tra vincolo diretto e indiretto*, in *Rassegna tributaria*, 2009, fasc. 1, p. 264.

(36) G. PISTORIO, *Le imposte sugli immobili di interesse storico artistico: una querelle interpretativa non ancora del tutto risolta*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, maggio-settembre, p. 1753.

(37) Corte Cost. sent. 345/2003, in *De Jure*.

(38) In questo senso M. ANNECCHINO, *Osservazioni sulla costituzionalità dell'esenzione riconosciuta ai proprietari di immobili vincolati*, in *Il Foro italiano*, 2004, pp. 3288-3293.

(39) G. LOMBARDI, *Garanzia costituzionale del trattamento fiscale delle dimore storiche e funzione sociale di un nuovo tipo di proprietà*, in *fisconline*.

(40) P. SORRENTINO, *Tassazione degli immobili di interesse storico artistico: il <<diritto vivente>> della Corte di Cassazione all'esame della Corte Costituzionale*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2003, gennaio-aprile, p. 635.

senza il pericolo che venga violato il principio di uguaglianza, non essendo le due situazioni comparabili (41).

Infine deve essere tenuto in considerazione che gli stessi obblighi gravanti sul proprietario possono essere assimilati a contribuzione (42). È in proposito interessante notare “*l’agnosticismo costituzionale*” sulle modalità attraverso cui concorrere alle spese pubbliche (43).

In conclusione, tali sono le principali giustificazioni del trattamento differenziato riconosciuto agli immobili storici, giustificazioni dalle quali non si può prescindere, in quanto un’agevolazione, se priva di fondamento, risulta essere “*un privilegio, costituzionalmente illegittimo e socialmente inaccettabile*” (44).

## 2. I privati e la cultura.

Come è noto, le forme di finanziamento alla cultura possono essere di natura pubblica (contributi, sovvenzioni, ecc.) o di origine privata (erogazioni liberali e contributi da imprese, fondazioni ecc.). Pertanto, quando si riducono i fondi di natura pubblicistica l’unico modo per salvaguardare il patrimonio culturale è quello di coinvolgere i privati, rendendoli “responsabili” delle iniziative in ambito culturale (45). Il coinvolgimento dei privati sembra discendere dallo stesso dettato costituzionale (46).

L’attrazione di fondi privati è avvenuta, essenzialmente, in due modi: erogazioni liberali (inquadabili nel c.d. “mecenatismo culturale”) e sponsorizzazioni.

Il “mecenatismo culturale” si attua attraverso l’elargizione di oneri liberali, solitamente in danaro, da parte di privati ed imprese verso enti (che si assumono il compito di destinarli ad importanti finalità sociali), i quali non assumono l’obbligo di pubblicizzare il soggetto erogatore (distinguendosi, sotto questo aspetto, dalla sponsorizzazione) (47).

(41) F. D’AYALA VALVA, *Brevi riflessioni sulla locazione degli immobili storici dopo il Testo Unico sui beni culturali e ambientali*, in *Riv. dir. trib.*, parte I, 2003, p. 420.

(42) In questo senso F. D’AYALA VALVA, *Brevi riflessioni sulla locazione*, *op. cit.*, p. 420.

(43) L. CASTALDI, *Considerazioni intorno alla disciplina fiscale delle erogazioni liberali al c.d. Terzo settore*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, parte I, tomo II, p. 944.

(44) M. ANNECCHINO, *Equivoci in tema di tassazione di immobili vincolati*, in *Il Foro italiano*, 2000, parte I, p. 1678.

(45) E. DE SIMONE - A. DI MAJO, *La politica di incentivi tributari: quale ruolo per le donazioni alla cultura in Italia?* In AA.VV. *L’intervento dei privati nella cultura*, Firenze, 2013, pp. 25 e ss.

(46) L’art. 118, comma 4, dispone: “*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*”. Il principio di sussidiarietà si declina in due aspetti: in senso verticale comporta lo spostamento delle funzioni verso enti più vicini al cittadino; in senso orizzontale è volto a permettere al cittadino, sia come singolo che attraverso le formazioni sociali, di collaborare con le istituzioni nell’individuare gli interventi di interesse generale. Sul punto si veda: M. MISCALI, *La fiscalità del terzo settore: dall’agnosticismo legislativo al “diritto costituzionale alla sussidiarietà fiscale”*, in AA.VV. *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, Milano, 2011, pp. 57 e ss.

Il legislatore tributario ha previsto al riguardo una serie di incentivi fiscali. In particolare, per le persone fisiche sono previste delle detrazioni di imposta (48), alle imprese è invece riconosciuta la possibilità di dedurre dal reddito imponibile le erogazioni liberali (49), per gli enti non commerciali, infine, sono previste specifiche deduzioni e detrazioni (50), cui si aggiungono quelle dettate per le imprese (limitatamente all'attività commerciale esercitata). Occorre rilevare che non tutte le disposizioni di favore, pur rimanendo in vigore, trovano attualmente applicazione, a causa c.d. decreto Art Bonus che ha previsto, invece, il riconoscimento di un credito di imposta al soggetto erogatore (51).

Gli enti destinatari delle erogazioni liberali costituiscono il "Terzo settore", del quale non è possibile fornire una definizione precisa, stante l'eterogeneità del fenomeno e la mancanza di dati normativi. Lo stesso può essere genericamente definito come l'insieme eterogeneo di enti privati che concorrono con lo Stato, in forza del principio di sussidiarietà orizzontale, nel garantire l'erogazione dei servizi essenziali per la collettività (52). Tra questi enti, accomunati dall'assenza di scopo di lucro e dallo scopo ideale di utilità sociale, rientrano anche le ONLUS (artt. 10-29, D.Lgs. n. 460/1997).

La *ratio* giustificativa delle agevolazioni ai soggetti che effettuano erogazioni liberali a tali enti è stata ravvisata nel considerare le stesse come una forma alternativa all'obbligo di concorso alle spese pubbliche, sancito dall'art. 53 Cost. (53). Tale modo di intendere la disciplina fiscale di favore nei confronti delle erogazioni liberali rivelerebbe, ad avviso della dottrina (54), da un lato la crisi di rappresentatività dello Stato, dall'altro il progressivo abbandono del modello di Stato sociale.

Il legislatore, al fine di incentivare gli investimenti dei privati in cultura e preso atto della farraginosità del sistema normativo, ha apportato diverse modifiche in materia di erogazioni liberali. Tra queste, meritano di essere citate l'emanazione del summenzionato decreto Art bonus (D.L. n. 83/2014) e le modifiche introdotte con l'art. 23 della legge n. 11/2011, il quale ha previsto un ampliamento delle finalità che possono essere perseguite tramite la devo-

---

(47) M. MATTIALA, *Il contratto di sponsorizzazione*, in AA.Vv. *La cultura ai privati*, a cura di T.S. MUSUMECI, Padova, 2012, p. 57.

(48) Art. 15, comma 1, lett. h), lett. h-bis), lett. i), TUIR.

(49) Art. 100, comma 2, lett. f), lett. g), lett. h), lett. i), lett. m).

(50) Artt. 146, 147 TUIR.

(51) L'ART Bonus (D.L. 83/2014) ha sospeso, per tutto il periodo della sua vigenza (periodi di imposta 2014-2016, salvo proroghe), l'applicazione delle disposizioni di cui agli art. 15, comma 1, lett. h), lett. i) TUIR e art. 100, comma 2, lett. f) e lett. g) TUIR.

(52) S. BOFFANO, *Disciplina fiscale e "finalità" degli enti del terzo settore*, in AA.Vv. *La fiscalità del terzo settore*, op. cit., p. 75.

(53) S. GIANONCELLI, *La fiscalità delle erogazioni liberali al terzo settore*, in AA.Vv. *La fiscalità del terzo settore*, op. cit., p. 301 e ss.

(54) L. CASTALDI, *Considerazioni intorno alla disciplina fiscale delle erogazioni liberali al terzo settore*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, Parte I, Tomo II, p. 942.

luzione del 5 per mille dell'Irpef, includendo il finanziamento delle attività di tutela, promozione e valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici (55).

L'istituto del 5 per mille è una forma di finanziamento del settore no profit. Tutti i contribuenti (persone fisiche), hanno la facoltà di optare, in sede di dichiarazione annuale, per la devoluzione di una quota dell'Irpef a favore di enti che svolgono attività ritenute meritevoli dal legislatore. L'istituto, visto con favore dalla dottrina posto che consente al singolo cittadino di perseguire attivamente l'interesse generale (56), presenta tuttavia alcune criticità, prima fra tutte la compressione del ruolo dello Stato che, complice la situazione di crisi di rappresentatività in cui versa, vede ridimensionato il ruolo di ente esponenziale della collettività, a vantaggio di scelte dei singoli contribuenti, non di rado influenzate da logiche di mercato (57). Si distingue dall'istituto dell'8 per mille, poiché in quest'ultimo caso non può parlarsi di un'autentica scelta da parte del contribuente (58).

La novità senza dubbio più significativa è rappresentata dal c.d. Art Bonus, il quale consiste nel riconoscimento di un credito d'imposta ai soggetti che effettuano versamenti in denaro vincolati a specifiche finalità, tassativamente individuate dalla norma (59).

Il credito d'imposta è pari al 65% delle erogazioni liberali effettuate in ciascuno dei due periodi di imposta successivi a quello in corso al 31 dicembre 2013, del 50% delle erogazioni liberali effettuate nel periodo di imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015. La disposizione pone, inoltre, un limite al credito di imposta riconosciuto: 15% del reddito imponibile per persone fisiche ed enti non commerciali; 5 per mille dei ricavi annui per coloro che sono soggetti alle norme sul reddito di impresa.

---

(55) Altri esempi di modifiche al sistema normativo delle erogazioni liberali sono: art. 40, comma 9, del d.l. 201/2011 (che ha previsto la sostituzione degli adempimenti burocratici con un'autocertificazione, salvi i successivi controlli a campione dell'Agenzia delle Entrate); art. 14 d.l. 35/2005 (che ha previsto la possibilità di dedurre dal reddito complessivo, nel limite del 10% del reddito complessivo dichiarato e nella misura massima di 70000 mila euro annui, le liberalità in danaro erogate a favore di ONLUS e di fondazioni e associazioni riconosciute aventi per oggetto la tutela, promozione e valorizzazione dei beni di interesse storico artistico).

(56) M. MISCALI, *La fiscalità del terzo settore*, op. cit., pp. 54 e ss.

(57) L. CASTALDI, *Destinazione del 5 per mille Irpef*, in *Rass. trib.* 1/2008, pp. 190 e ss.

(58) Se il contribuente non effettua la scelta di devolvere il 5 per mille ad uno dei soggetti individuati, l'importo manterrà la sua originaria destinazione; diversamente, se il contribuente non effettua la scelta circa la destinazione dell'otto per mille, quest'ultimo sarà comunque devoluto ai soggetti individuati dal legislatore, in proporzione alle scelte fatte dagli altri contribuenti. Sul punto S. GIANONCELLI, *La fiscalità delle erogazioni liberali al terzo settore*, in AA.VV. *La fiscalità del terzo settore*, op. cit., pp. 376 e ss.

(59) Si tratta, in particolare, dei versamenti finalizzati alla manutenzione, protezione e restauro dei beni culturali pubblici; al sostegno degli istituti e dei luoghi della cultura di appartenenza pubblica; alla realizzazione di nuove strutture, con restauro e potenziamento di quelle esistenti; al sostegno delle fondazioni lirico-sinfoniche e di enti ed istituzioni pubbliche che, senza scopo di lucro, svolgono esclusivamente attività nello spettacolo.

Un altro strumento attraverso cui il privato può contribuire a tutelare e valorizzare il patrimonio culturale è dato dalla sponsorizzazione. Quest'ultima, dal punto di vista civilistico, può essere definita come il contratto attraverso il quale un soggetto (sponsorizzato o *sponsee*) si obbliga ad associare, dietro corrispettivo, alla propria attività, il nome o il segno distintivo di un altro soggetto (*sponsor*), divulgandone l'immagine presso il pubblico (60). In particolare si tratta di un contratto atipico (art. 1322 c.c.), a forma libera (art. 1350 c.c.), di natura patrimoniale (art. 1174 c.c.), caratterizzato da un nesso sinalagmatico. La causa del contratto è il fine di pubblicità, l'obbligazione che grava sullo sponsorizzato è un'obbligazione di mezzi e non di risultato (61). L'esistenza di obblighi contrattuali corrispettivi distingue la sponsorizzazione dalle erogazioni liberali.

Il ricorso alla sponsorizzazione in ambito culturale si è sviluppato in tempi relativamente recenti (62). Il quadro normativo cui fare riferimento è dato dagli artt. 26, 27, 199 *bis* del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006) e dall'art. 120 del Codice dei beni culturali (D.Lgs. n. 42/2004). In particolare, ai sensi di tale ultima disposizione, la sponsorizzazione consiste in ogni contributo, anche in beni o servizi, erogato da soggetti privati per la progettazione o attuazione di iniziative in ordine alla tutela e alla valorizzazione del patrimonio culturale, con lo scopo di promuovere il marchio, il nome, l'immagine, l'attività o i prodotti del soggetto erogatore.

Preso atto della vaghezza della disposizione, il Ministero per i beni e le attività culturali ha emanato norme tecniche e linee guida, con il fine di indirizzare l'azione degli uffici (63). In particolare le linee guida individuano tre diversi tipi di sponsorizzazione, ciascuno dei quali destinatario di una differente disciplina: sponsorizzazione tecnica, in cui la progettazione e la realizzazione di tutto o di parte dell'intervento è a cura e a spese dello *sponsor*; sponsorizzazione pura, in cui lo sponsor assume la sola obbligazione di finanziamento dell'intervento; sponsorizzazione mista, che risulta dalla combinazione delle prime due.

Dal punto di vista fiscale, la sponsorizzazione assume rilevanza per lo *spon-*

---

(60) V. AMATO, *Enciclopedia giuridica Treccani*, Volume 59, voce *Sponsorizzazione*.

(61) Sull'inquadramento civilistico del contratto di sponsorizzazione si veda, da ultimo: S. D'ANDREA, *Contratto di sponsorizzazione*, in *Pratica fiscale e professionale*, 38/2013, pp. 31 e ss., *banca dati ipsoa*; G. MARTINELLI - C. MUSURACA, *Il fenomeno delle sponsorizzazioni sportive: analisi giuridica e fiscale*, in *Enti non profit*, 10/2011, *banca dati ipsoa*, pp. 29 e ss.

(62) Il primo riferimento legislativo alle sponsorizzazioni risale al 1990 ed in particolare al c.d. "Legge Mammi" (223/1990). Sul punto si veda: P. BARBERA, *Commento all'art. 120*, in AA.VV. *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2012, pp. 908 e ss.; G. FERRARI, *I contratti di sponsorizzazione e la pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 1/2011, pp. 11 e ss.; G. FIDONE, *Il ruolo dei privati: dalle sponsorizzazioni alla gestione del bene culturale*, in AA.VV. *L'intervento dei privati nella cultura*, op. cit., pp. 61 e ss.

(63) Allegato A, D.M. 19 dicembre 2012, in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

sor e per lo sponsorizzato, sia sul versante delle imposte dirette che indirette (64).

In particolare, con riferimento alle prime:

- Per lo sponsorizzato il corrispettivo ricevuto a fronte della prestazione dedotta in contratto è un componente positivo del suo reddito imponibile. Nel caso di ente commerciale, esso costituisce componente positivo del reddito di impresa ai fini Ires ed Irap. Nel caso di ente non commerciale, esso costituisce un componente positivo del reddito di impresa (se la sponsorizzazione è abituale) o un reddito diverso (se la sponsorizzazione è occasionale).

- Per lo *sponsor*, la sponsorizzazione è un costo che, se soddisfa i requisiti di inerenza e competenza, è deducibile nella determinazione del reddito di impresa. Occorre in proposito rilevare che l'Amministrazione finanziaria ha frequentemente contestato la piena deducibilità dei costi di sponsorizzazione facendo leva su due argomentazioni: la non inerenza del costo da un lato, la qualificazione come spese di rappresentanza dall'altro (e l'applicazione del conseguente regime di deducibilità limitata ex art. 108 TUIR).

Sotto il primo profilo, il fondamento normativo dell'inerenza di cui all'art. 109 comma 5 non specifica cosa sia o meno inerente all'attività di impresa. In passato erano considerate inerenti le sole spese strettamente necessarie alla produzione di ricavi (Cass. 1888/1995); di recente sono state invece considerate inerenti tutte le spese correlate all'attività di impresa (anche potenziale) purché sostenute nell'intento di fornire a quest'ultima un'utilità (Cass. 10062/2000). In particolare, devono considerarsi inerenti, in virtù di un criterio di tipo oggettivo, tutti quei costi sostenuti per realizzare le finalità economiche dell'impresa (nel caso di società, espresse nell'oggetto sociale) (65). Non è necessario che il costo abbia dato luogo a ricavi (Cass. 6502/2000). Con particolare riguardo al tema delle sponsorizzazioni, i relativi costi saranno deducibili, quindi, solo se la sponsorizzazione è idonea a creare un'aspettativa di ritorno commerciale, ossia un aumento delle vendite (66).

Sotto il secondo profilo, il legislatore non fornisce una definizione di cosa debba intendersi per spese di pubblicità e propaganda da un lato, e spese di rappresentanza dall'altro. L'Agenzia delle entrate ha ravvisato l'elemento distintivo nella gratuità che caratterizza le seconde e non le prime (67). La giu-

---

(64) Sullo specifico tema del trattamento fiscale delle sponsorizzazioni in ambito culturale si veda: L. STAROLA, *La sponsorizzazione dei beni culturali: opportunità fiscali*, Aedon 1/2010; R. LUNELLI, *Attualità e prospettive nel trattamento tributario dei beni storici tutelati*, *Il Fisco*, 5/2013. pp. 654 e ss., banca dati ipsoa.

(65) M. DAMIANI, *Lo spettro largo dell'inerenza e la sua valenza anche quantitativa*, in *Corr. trib.*, in Banca dati ipsoa, 10/2013, pp. 771 e ss.

(66) Così N. SIVIERO - A. BINDOLI, *Congruità ed inerenza delle spese di sponsorizzazione*, *op. cit.*, pp. 10 e ss.

(67) R.M. 17 giugno 1992, n. 9/204; R.M. 17 settembre 1998, n. 148/E citate da M. GIUA, *Il punto su sponsorizzazioni e mecenatismo*, *op. cit.*, p. 420; Circ. 34/E del 13 luglio 2009, allegato A, D.M. 19 dicembre 2012.

risprudenza ha assunto nel tempo opinioni divergenti (68), esprimendo da ultimo il principio secondo cui costituiscono spese di rappresentanza quelle volte ad accrescere l'immagine o il prestigio dell'impresa, mentre sono spese di pubblicità e propaganda quelle volte a reclamizzare il prodotto (69). La linea di demarcazione tra promozione del prodotto e promozione dell'immagine non è tuttavia sempre nitida, sarebbe quindi più opportuno fare riferimento alla natura della spesa e agli interessi delle parti. In particolare, le spese di sponsorizzazione per risultare deducibili come spese di pubblicità dovrebbero reclamizzare un prodotto commerciale ed essere corrisposte a fronte di un obbligo corrispettivo (70).

Sotto il versante delle imposte indirette, l'operazione è soggetta ad IVA, con applicazione dell'aliquota ordinaria sulle somme versate dallo *sponsor* a fronte della "prestazione di servizi" dello *sponsee* (71). Nel caso di sponsorizzazione tecnica, in cui l'impresa *sponsor* non fornisce una somma di denaro, ma si obbliga alla progettazione o realizzazione di tutto o parte dell'intervento, si realizza un'operazione permutativa, espressamente disciplinata sul piano fiscale dall'art. 11 del D.P.R. n. 633/1972 (72).

Occorre dar conto infine dell'esistenza di nuovi modelli di coinvolgimento dei privati nel settore culturale, ascrivibili al c.d. "partenariato pubblico privato". Con tale espressione si fa riferimento a quelle forme di cooperazione tra i pubblici poteri e i privati, che hanno lo scopo di finanziare, costruire e gestire infrastrutture o fornire servizi di interesse pubblico.

In Italia non esiste una disciplina specifica per il partenariato pubblico privato. Possono tuttavia essere ricondotti a tale forma di collaborazione alcuni istituti regolati nel nostro ordinamento: le concessioni di servizi, il *leasing* finanziario e il *project financing* (73).

Quest'ultimo, in particolare, è uno strumento di finanziamento di singoli progetti di investimento che si caratterizza, rispetto alle tradizionali forme di finanziamento dell'attività di impresa, per la propria capacità di generare, attraverso la gestione dell'opera, flussi di cassa in grado di remunerare il capitale

---

(68) Si veda l'allegato A al D.M. 19 dicembre 2012, in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it) che contiene una rassegna delle sentenze con cui la Suprema Corte si è espressa sul punto.

(69) Cass. 15 aprile 2011, n. 8679, citata da L. STAROLA, *Proposte fiscali per la valorizzazione del patrimonio culturale*, *Corr. trib.*, 6/2014, p. 494.

(70) In questo senso si è espresso l'Assonime, approfondimento n. 6/2013, analizzato da G. FER-RANTI, *Le spese di sponsorizzazione tra pubblicità e rappresentanza*, in *Corr. trib.* 29/2013, pp. 2294 e ss.

(71) Risoluzione 88/E dell'11 luglio 2005, citata dal Ministero nell'allegato A al D.M. 19 dicembre 2012. La risoluzione è stata pronunciata dall'Agenzia delle entrate, a seguito dell'istanza di interpello proposta da una pubblica amministrazione che aveva stipulato contratti di amministrazione per la realizzazione di una mostra.

(72) Sul punto si veda M. GIUA, *Il punto su mecenatismo e sponsorizzazioni culturali*, *op. cit.*, pp. 418 e ss.

(73) Sul partenariato pubblico privato si veda: M. CLARICH - G. FONDERICO, *Partenariato pubblico privato*, in [www.ilsolare.it](http://www.ilsolare.it).

investito (74). Il privato nel concedere l'investimento non baserà la propria scelta sulla condizione di equilibrio economico finanziario del soggetto, bensì sulla prospettiva reddituale della specifica iniziativa finanziata.

Il *project financing*, la cui applicazione al settore dei beni culturali è espressamente consentita dall'art. 197, comma 3, del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006), è un istituto che permette di individuare un punto di equilibrio tra l'esigenza di profitto (*rectius* di economicità) propria del mondo privato e i principi di tutela e conservazione; equilibrio che permette di raggiungere importanti risultati, in termini di efficienza, sul piano della valorizzazione dei beni culturali (75).

---

(74) Per la definizione, la disciplina e l'applicabilità del *project financing* ai beni culturali si veda A. CARDARELLA, *Il project financing nei beni culturali*, in AA.VV. *La cultura ai privati*, op. cit., pp. 96 e ss.

(75) A. GRANELLI - F. TAMBURELLA, *Intraprendere la cultura*, Roma, 2006, pp. 219 e ss.



## Giudici amministrativi, economia e strategie processuali

Maria Vittoria Lumetti\*

Giuseppe Camardi\*\*

**SOMMARIO:** 1. *L'analisi economica del diritto: dal silete theologi al silete iuriconsulti* - 2. *Osmosi tra diritto pubblico e diritto privato. I criteri produttivi della P.A. e l'Amministrazione di risultato* - 3. *Le strategie processuali per incentivare l'economia: il sistema dualistico e l'opzione tra giurisdizione unitaria e giurisdizione ripartita. Il nuovo sistema di tutela circolare ed integrata* - 4. *Giusto processo e sorte del processo cautelare: procedimentalizzazione e potere conformativo* - 5. *Il vincolo di rimessione all'Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.) e la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato* - 6. (segue) *La risoluzione anticipata di questioni di massima (art. 72 c.p.a.): precedente conforme, persuasivo, carismatico ma non vincolante* - 7. *La "contaminazione" con il sistema del common law potenzia la funzione nomofilattica del giudice amministrativo* - 8. *Il giudice amministrativo ai tempi dell'economia, tra diritto globale e decostruzione giuridica* - 9. *Conclusioni. Gli effetti della giuridificazione. Verso un processo "economico" di risultato?*

1. *L'analisi economica del diritto. Dal "silete theologi" al "silete iuriconsulti"*.

Il presente lavoro costituisce una riflessione sulla dimensione e sulle conseguenze dell'impatto dell'economia sulla giustizia amministrativa e su quello che da più parti si delinea come presentimento o intendimento in merito a ciò che è stato definito come "fine del diritto" (1). Si cercherà di chiarire se il cosiddetto "silete iuriconsulti" (2) è più che mai attuale, in quanto ormai è l'economia che ci domina, oppure se la questione non sta proprio in questi termini.

È un dato certo che il mercato la concorrenza e le forze che si sviluppano

(\*) Avvocato dello Stato.

(\*\*) Avvocato del libero Foro.

(1) P. ROSSI, *Fine del diritto?*, (a cura di P. ROSSI), Bologna 2009, 56 ss.

(2) G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'Amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2011, 134-137: "Proprio nel ventesimo secolo si assiste all'evento della scomparsa d'una delle più grandi acquisizioni della civiltà occidentale, ovvero lo *ius publicum europaeum*, il quale nasceva dalla intimazione rivolta dai giuristi ai teologi: «*Silete, theologi, in munere alieno!*», ossia dalla definitiva separazione tra il diritto canonico e il diritto dei nuovi sovrani che saranno poi consacrati dalle paci di Vestfalia. Schmitt osserva che con il grande conflitto interno europeo, che apre la strada al prevalere della scienza e della tecnica, in realtà detta intimazione si capovolge in quella nuovissima e opposta «*Silete iuriconsulti!*»: il campo è dominato dalla tecnica e dalla scienza, quindi dai tecnici e dagli economisti, e non più dai giuristi (benché oggi taluno, dopo la devastante crisi finanziaria del 2008 tuttora in corso, abbia provato a ribaltarla nuovamente in un «*Tacete economisti!*», riaffermando dunque la supremazia del diritto sull'economia ...)". Cfr. E. NOLTE, *Der europaische Burgerkrieg 1917-1945. Nationalismus und Bolschewismus, Propylaen Verlag*, Berlin, 1987, 67 ss. (tr. it. Sansoni, Firenze, 1988); F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, Free Press, New York, 1992, 35 ss. (pubblicato in Italia da Rizzoli, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, 1992).

in società altamente complesse e differenziate orientano anche l'analisi del diritto. Parrebbe che ormai il campo sia in parte dominato dalla tecnica e dalla scienza (3) e quindi dagli economisti e dai tecnici ed in misura solo recessiva dai giuristi.

Ma è un dato altrettanto incontrovertibile che il giudice amministrativo è diventato, si può dire, il giudice naturale dell'economia (4), soprattutto a seguito della devoluzione del settore in materia di appalti e delle autorità amministrative indipendenti.

Come tale, è diventato anche il giudice della garanzia.

L'analisi economica del diritto è il termine in uso per indicare gli studi interdisciplinari di diritto e discipline economiche che hanno come oggetto di indagine le norme giuridiche, sia sotto il profilo positivo che normativo.

Secondo la prospettiva dell'analisi economica, i problemi giuridici debbono essere analizzati e risolti attraverso una comparazione tra i diversi gradi d'efficienza delle molteplici soluzioni ipotizzabili (5).

Da questo confronto, effettuato con modalità analitiche "prese a prestito" dalla scienza economica ed in particolare, dalla microeconomia, emergerà la scelta più efficiente, ossia quella in grado di garantire, a ciascun soggetto coinvolto, il maggior numero possibile di vantaggi.

Il termine *economia* è indubbiamente un termine polisenso che in larga parte può essere interpretato come sinonimo di analisi economica del diritto (*economic analysis of law*) (6).

Il distacco del diritto dell'economia dalle matrici originarie del diritto privato e del diritto pubblico è relativamente recente (7).

(3) Sui rapporti tra scienza e diritto v. S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001, 51 e 165 ss.; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 1996, 219, e A. DONDI, *Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 1996, 261. In particolare, sul tema del libero convincimento del giudice nel nostro ordinamento nella dottrina processualcivile, soprattutto in relazione alla prova scientifica, cfr. V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, Milano, 1972, 414; G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in <https://www.giustiziacampania.it/file/1053/file/relazionecanzio17.10.03.doc>.

(4) E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino 2006, 54 ss.

(5) Per un approfondimento dei metodi della scuola americana di *Law and economics* (EAL) M. VATIERO, *Understanding Power. A "Law and Economics" Approach*, Saarbrücken, VDM-Verlag Publisher, 2009, 35 ss.

(6) A. NICITA and M. VATIERO, *The Contract and the Market: Towards a Broader Notion of Transaction?*, *Studi e Note di Economia*, 17-22, 2007.

(7) Il Premio Nobel Oliver Williamson ha più volte individuato nell'economista americano John R. Commons un precursore di alcuni concetti basilari dell'analisi economica del diritto come la *transazione*, A. NICITA e VATIERO, *The Contract and the Market: Towards a broader notion of transaction?* in *Studi e note di economia*, 1, 7-22, 2007. Una radice europea dell'analisi economica del diritto è il filone sviluppatosi attorno alla Scuola di Friburgo (anche chiamato Ordoliberalismo) negli anni immediatamente precedenti della Seconda Guerra Mondiale, M. VATIERO, *op. cit.*, 2009, 38 ss.

A causa della connessione esistente tra sistema giuridico e sistema politico, l'analisi economica del diritto, suddivisa in analisi positiva (o descrittiva) e analisi normativa (o prescrittiva), condivide alcuni campi d'indagine con l'economia e le scienze politiche (8).

Non è infatti un caso che il codice di procedura amministrativa si apra con una norma che codifica il principio di effettività: "la giurisdizione amministrativa assicura la tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" (9).

Il contenuto della norma è arricchito dall'art. 7, comma 7 del codice stesso, il quale dispone che il principio di effettività debba essere realizzato attraverso "la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi nonché, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi".

L'art. 2, comma 2 codifica, invece, il principio della ragionevole durata, imponendo la cooperazione per la celere conclusione del processo non solo al giudice, ma anche alle parti.

Ma il concetto chiave, è quello di "efficienza". Mentre l'analisi positiva si concentra sull'aspetto statico (una norma è efficiente oppure non lo è), quella normativa sviluppa il problema da un punto di vista dinamico, al fine di individuare la regola più efficace e consigliabile. Preliminarmente, occorre chiedersi quando una norma sia efficiente. Una prima definizione viene dal cosiddetto "ottimo paretiano" (o efficienza paretiana elaborata dall'economista Vilfredo Pareto): il sistema economico più efficiente è quello che realizza un'allocatione di risorse tale per cui non sia possibile migliorare ulteriormente la condizione di un individuo senza peggiorare quella di un altro (10). L'analisi positiva si concentra sul tentativo di prevedere gli effetti delle diverse regole giuridiche e di comprendere quali potrebbero essere le conseguenze di differenti scelte normative applicate ai medesimi problemi.

---

(8) Per un esempio concreto di analisi economica di un atto normativo, cfr. NICOLA C. SALERNO, *Pensioni: 'effetti collaterali' di quando il Giudice deve supplire, suo malgrado, al Legislatore. Un commento alla sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 3240 del 2010*, disponibile sia sul sito [www.actainrete.org](http://www.actainrete.org), sia sul sito [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

(9) In materia cfr. R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2011, 370; P. CHI-RULLI, *L'istruzione*, in *Il nuovo processo amministrativo*, Commentario diretto da R. CARANTA, Bologna, 2011, 537; M. CLARICH, *Le azioni*, in *Gior. dir. Amm.*, 2010, 1126; C.E. GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Gior. dir. Amm.*, 2010, 1021; C. SALTELLI, *Processo amministrativo di primo grado*, in *Codice del processo amministrativo, Commentario* (a cura di G. LEONE, L. MARUOTTI, C. SALTELLI), Padova, 2010, 594; F.G. SCOCA, *Mezzi di prova e attività istruttoria*, in *Il processo amministrativo, Commentario* (a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO), Milano, 2011, 539; G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2011, 473, (nota a Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924).

(10) N. BOBBIO, *Pareto e il sistema sociale*, Firenze, Sansoni, 1973, 17 ss. e dello stesso autore, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Bari-Roma, Laterza, 1969 (1996); A.K. SEN, *The Impossibility of a Paretin Liberal: Reply in Journal of Political Economy*, n. 79, 1971, 1406-1407.

Ad esempio, nel campo degli illeciti civili, si confrontano i diversi effetti che potrebbero avere norme improntate alla responsabilità oggettiva da altre incentrate sul dolo e sulla colpa (11).

L'analisi normativa compie un passo avanti rispetto a quella economica in quanto intende suggerire la soluzione più efficiente ai diversi problemi coinvolgenti i vari *attori* del diritto, dal legislatore intento a regolare la fattispecie astratta sino al giudice alle prese con il caso concreto (12).

## 2. *Osmosi tra diritto pubblico e diritto privato. I criteri produttivi della P.A. e l'Amministrazione di risultato.*

L'ulteriore considerazione da farsi riguarda il fatto che negli ultimi due decenni si è assistito ad un rilevante processo di osmosi tra diritto pubblico e diritto privato (13).

Prescindendo da altre considerazioni che spesso fotografano momenti patologici dell'ordinamento, non si può non dare il giusto rilievo alle norme di diritto amministrativo sostanziale che dettano i principi cui deve necessariamente ispirarsi l'azione amministrativa (14).

Da tempo il concetto di analisi economica ha investito il settore della P.A. ed in particolare lo svolgimento dell'attività procedimentale (15). Com'è noto, con la legge 241/90 sono state dettate le regole di condotta dell'Amministra-

(11) I.F. CARAMAZZA, *Risarcimento del danno e giudizio amministrativo*, in *Rass. Adv. Stato*, 2002, 37; S. GIACCHETTI, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della P.A. e la foresta di Sherwood*, in [www.giust.it/articoli/giacchetti\\_esecuzione.htm](http://www.giust.it/articoli/giacchetti_esecuzione.htm).; S. GIACCHETTI, *La riforma infinita del processo amministrativo*, in [www.giust.it](http://www.giust.it).

(12) M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 299 ss.; R.A. POSNER, *The Rise and Fall of Administrative law*, Austin, Wolters Kluwer, VII ed., 2007, 555 ss.

(13) Sul punto TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, 667, il quale ribadisce che "i fondamenti del diritto amministrativo si compongono in unità attorno al postulato del carattere funzionale dell'attività dell'amministrazione, qualunque sia la forma nella quale essa si manifesta". Per la bibliografia sulla questione v. G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 79; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008; G. GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006. Cfr. inoltre F. LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo*, Milano, 2008; M. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitaria*, Torino, 2009; E. GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente*, in [giustamm.it](http://giustamm.it), 10/2011 e dello stesso autore, *Ancora su SCIA e tutela del terzo le questioni irrisolte e le soluzioni prospettate*, in *attesa della pronuncia della Plenaria*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).; G. GRECO, *La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?* in *Dir. amm. proc.*, 2010, 359.

(14) Sulla tendenza a qualificare come provvedimento la dichiarazione del privato di inizio attività, v. G. CORSO, *Conclusioni*, in *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, 429 ss., in part. 442-443; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995 e F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007, 39 ss.

zione ed il loro rispetto consente di affermare che il potere discrezionale non è più libero ma controllato e controllabile dagli stessi interessati, prima che si formalizzi definitivamente.

Il rispetto di tali regole, la piena trasparenza sui criteri applicati in concreto, il pieno ed effettivo contraddittorio tra Amministrazione e soggetti privati si pongono come garanzia dell'ordinamento ma anche come limiti alla tutela da richiedere (16).

L'idea alla base dell'utilizzo sempre più crescente del modello privatistico, che nel settore dell'economia, più che in altri settori, presenta aspetti costruttivi, potrebbe essere che "ciascuno persegue il suo interesse (e non un fine sociale) e che dal complesso delle attività dei singoli nasce il vantaggio reciproco e quindi la pubblica utilità. Se al contrario, a ciascuno venisse imposta la benevolenza (la solidarietà), verrebbe meno la molla che spinge ad agire, e l'utilità sociale ne sarebbe pregiudicata" (17). Parallelamente, tale percorso ha coinvolto ed interessato anche il livello giurisdizionale relativo all'attività della P.A. Infatti, com'è stato osservato, riforma della Pubblica amministrazione e riforma del processo insieme stanno e insieme cadono (18), ed i cambiamenti

(15) L'allineamento tra diritto amministrativo e processo economico è venuto meno nel momento in cui è entrato in crisi il ruolo dello Stato nell'economia e si è cominciato a dubitare del carattere necessariamente virtuoso dell'operare degli apparati pubblici, cfr. G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (Relazione al 60 convegno di studi amministrativi, Varenna, 18-20 settembre 2014); v. R.A. POSNER, *The Rise and Fall of Administrative law*, Austin, Wolters Kluwer, VII ed., 2007, 555.

(16) V. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia* (1977), Bologna, il Mulino, 1995, 299, laddove critica il fatto che l'analisi di tali disfunzioni abbia interessato molto più la scienza dell'amministrazione che le scienze del diritto, osservando che "... La continua crescita del debito sovrano ha evidenziato l'insostenibilità di un perimetro così ampio di intervento pubblico, imponendo il varo di impegnativi programmi di *spending review*, basati sulla dismissione di compiti pubblici, sulla cessione ai privati di imprese e beni, sulla riduzione degli ausili finanziari ai privati e sul taglio delle prestazioni sociali ai cittadini. Ciò non determina necessariamente una ritirata dal diritto amministrativo, ma certo impone un profondo ripensamento dei suoi istituti. Le privatizzazioni, come è apparso chiaro sin dalla loro prima ondata, nel Regno Unito negli anni Ottanta e nei paesi dell'Europa continentale, a cominciare dall'Italia, negli anni Novanta del XX secolo, impongono l'abbandono dell'articolato sistema di imprese pubbliche ed enti di privilegio fiorito lungo tutto il Novecento, ma richiedono spesso la costruzione di una complessa architettura regolatoria: soprattutto se le imprese alienate operano in mercati monopolistici o che comunque vanno aperti a una dimensione concorrenziale integrata a livello europeo e globale".

(17) G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2015, il quale riporta ADAMO SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, libro I, cap. II.

(18) E. GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente*, in [giustamm.it](http://giustamm.it), 10/2011; dello stesso autore, *Ancora su SCIA e tutela del terzo le questioni irrisolte e le soluzioni prospettate, in attesa della pronuncia della Plenaria*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); G. GRECO, *La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. amm. proc.*, 2010, 359.

(18) Si nota infatti che il *discrimen* tra l'attività amministrativa di diritto privato e l'attività privata di diritto privato va rinvenuto nel fatto che, mentre la prima è attività *formalmente privatistica ma so-*

intervenuti nel modo di essere della P.A. e nel modo di incidere sulla sua azione, hanno imposto la necessità di intervenire nel processo amministrativo, che della tutela dell'equilibrio del complesso assetto di interessi governato dall'azione pubblica costituisce strumento e presidio di effettività.

Si nota infatti che il *discrimen* tra l'attività amministrativa di diritto privato e l'attività privata va rinvenuto nel fatto che, mentre la prima è attività *formalmente privatistica ma sostanzialmente amministrativa*, la seconda è *sia formalmente che sostanzialmente privatistica*. Interessante è anche l'origine storica della distinzione, che deve essere riportata, in definitiva, alla nascita dello Stato di diritto. Prima di tale momento, infatti, la distinzione tra attività pubblicistica e attività privatistica delle pubbliche amministrazioni era coincisa, nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di polizia, con quella di attività della P.A., non soggetta alle regole del diritto (l'attività *iure imperii*), ed attività giuridicamente regolata (19).

Collegata, è la questione se l'Amministrazione possa operare sul mercato in concorrenza con operatori privati, o se ciò implica *ex se* una violazione delle regole della *fair competition* (20).

L'art. 1 della l. 241 del 1990 sancisce il principio di legalità dell'azione amministrativa, individuandone i criteri informativi e gli obiettivi (21).

*stanzialmente amministrativa*, la seconda è *sia formalmente che sostanzialmente privatistica*. L'origine storica della distinzione deve essere riportata, in definitiva, alla nascita dello Stato di diritto: prima di tale momento, infatti, la distinzione tra attività pubblicistica e attività privatistica delle pubbliche amministrazioni era coincisa, nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di polizia, con quella di attività della P.A. non soggetta alle regole del diritto (l'attività *iure imperii*) ed attività giuridicamente regolata. V. anche A.M. SANDULLI, *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963, 23. M. CLARICH, *Il processo amministrativo a rito ordinario*, in *Riv. di Dir. Proc. Amm.*, 2002, n. 4. G. PITTALIS, *Relazione al Seminario Aspetti problematici nella riforma del processo amministrativo*, Bologna, 2000.

(19) G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato*, ora in *Scritti giuridici*, Milano 2009, 101, il quale rileva "non è possibile ... operare un controllo della rispondenza alla realtà della distinzione stessa. Sia sufficiente osservare che le argomentazioni che sono state avanzate, per cui in ogni atto posto in essere dalla pubblica amministrazione sarebbe sempre presente la tutela, il perseguimento di un interesse pubblico, non possono indurre a disconoscere che in alcuni atti tale interesse (meglio forse si direbbe lo scopo istituzionale dell'ente) appare direttamente perseguito, mentre in altri è perseguito mediatamente, in quanto, per se stesso, l'atto è indirizzato al mantenimento in vita dell'ente pubblico, cioè mira a consentire il funzionamento materiale dell'apparato organizzativo e l'accrescimento dei suoi mezzi economici".

(20) Il concetto è insito nella nozione stessa di mercato, inteso quale meccanismo creato da coloro che, esercitando la propria libertà d'impresa, si pongono come portatori di un'offerta capace di attirare una domanda, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli 1962, spec. cap. I; G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Parte I, Milano, 1967 e Parte II, Milano, 1971; A. AULETTA, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(21) Cfr. sul punto P. CAPOTOSTI, *Legalità ed efficienza nell'amministrazione*, in *Rass. Parlam.*, 2001, 869; G. FIORE, *Privatizzazioni e interesse pubblico tra efficienza e garanzie*, in *Notariato*, 2001, 403; A. PIAZZA, *Responsabilità civile ed efficienza amministrativa*. Milano, 2001; R. MELE, M. VESCI, *L'efficienza e l'efficacia nella p.a.: dove stiamo approdando*, in *Economia Dir. Terziario*, 1997, 471; I. MASSA PINTO, *Norma generale esclusiva e antropologia positiva (o perversa?): le implicazioni giu-*

Il principio di efficacia, col quale si indica la concreta attitudine dell'azione amministrativa a produrre risultati pratici di cura effettiva degli interessi pubblici ad essa affidati, è stato introdotto legislativamente dall'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e costituisce, per certi aspetti, una novità per il nostro ordinamento.

L'efficacia è intesa come principio di praticità dell'azione amministrativa, laddove, oltre il rispetto del procedimento, è in grande rilievo il risultato finale e pratico e si differenzia dal medesimo termine in uso nella scienza dell'amministrazione. A tale principio, immanente nell'ordinamento, spetta un ruolo di verifica, di contemperamento e di adattamento dei criteri e delle regole dettati dagli altri principi al caso concreto.

Questa esigenza nasce dal fatto che i criteri efficientistico-produttivi fissati da ciascuna amministrazione, magistratura compresa, in base ai sistemi informatici e statistici possono non risultare adeguati nel caso di sopravvenienze di nuove circostanze.

La legge 7 agosto 1990, n. 241 annovera fra i suoi principi ispiratori anche la pubblicità o conoscibilità dell'azione amministrativa, nonché il diritto di accesso, entrambi di grande rilievo per la qualità dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e cittadini (22).

Il principio di economicità è stato successivamente disciplinato dalla normativa sulla semplificazione dei procedimenti (art. 2 l. 537/93). La l. 241 del 1990 all'art. 1 stabilisce che "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai principi di imparzialità, proporzionalità, legittimo affidamento, efficacia, efficienza, economicità e pubblicità, e dai principi dell'ordinamento comunitario". Non solo, ma il comma 1 *ter* precisa che a tali

*ridico-costituzionali del ddl. di revisione dell'art. 41 della Costituzione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); P. CARPENTIERI, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione e la tutela del patrimonio culturale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(22) Sulla tutela dell'ambiente in una prospettiva gius-economica, G. MORBIDELLI, *Principi*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da G. FRANCO e G. MORBIDELLI, Egea, 2013, 11; G. AMATO e L. LAUDATI (a cura di), *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Cheltenham, Edwar Elgar, 2001. Con specifico riferimento al caso italiano, M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in M. D'ALBERTI e G. TESAURO (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, 171 ss.; G.D. COMPORTE, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2005, 2, 215. Sull'impatto della disciplina europea, S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, Maggioli, 2013. Nell'ambito dell'analisi di tipo istituzionale: con riferimento al principio di precauzione, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005, 65 ss. nonché M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, 97 ss. M.V. LUMETTI, *Note sul principio di precauzione nel sistema di civil law e common law* (relazione "Precautionary principle in common law and civil law" alla conferenza internazionale su "The precautionary emf approach: rational, legislation and implementation" tenutasi in Benevento nel febbraio 2006, in *Rass. Avv. St.*, 2009, n. 2, 414 e in [www.itssd.org](http://www.itssd.org) (versione inglese).

principi sono sottoposti “i soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative” (23). Sono individuati ulteriori principi e corollari dell’azione amministrativa, al fine di meglio delinearne nel concreto le direttrici dell’attività provvedimentale e dell’agire amministrativo in generale (24). L’esigenza che l’azione amministrativa raggiunga gli scopi di cura dell’interesse pubblico cui è preordinata in maniera efficiente e con il minor dispendio di mezzi è riassunta nel criterio di economicità dell’azione (minor dispendio di mezzi procedurali e minor esborso di somme). Ne consegue l’estensione dell’azione amministrativa e l’inscindibilità del momento organizzatorio da quello gestorio degli apparati pubblici, cui si aggiunge il principio della separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa. Il principio di ragionevolezza dell’azione amministrativa è l’espressione sintetica della proporzionalità, adeguatezza, coerenza e congruità delle scelte discrezionali, come tale sovraordinato a quello di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza.

L’evoluzione dei valori costituzionali di cui agli art. 41, 1, 2 e 3 comma, così come collegati all’art. 43, testimoniano quanto siano mobili le frontiere tra Stato e mercato.

Che l’iniziativa economica sia libera, risulta un principio costituzionalizzato, tuttavia essa non deve svolgersi in contrasto con l’utilità sociale, che si pone come limite alla libertà d’impresa.

La teoria dell’azione amministrativa muta, inoltre, anche attraverso la regolamentazione del rischio, in riferimento alla prevenzione del terrorismo, della corruzione e alla tutela ecoambientale (25).

### *3. Le strategie processuali per incentivare l’economia: il sistema dualistico e l’opzione tra giurisdizione unitaria e ripartita. Il nuovo sistema di tutela circolare ed integrata.*

In ambito europeo, ciò che assume rilievo è il rispetto in concreto dei principi di natura sostanziale (imparzialità, trasparenza, proporzionalità, ade-

---

(23) Cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo « quasi » giallo*, Bologna, 2000, 34 ss. Cfr. dello stesso autore, *L’integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43-59, spec. 49-50.

(24) I medesimi criteri si trovano enunciati anche nel d.lgs. 29/93 sul riordino della pubblica amministrazione e sulla privatizzazione del pubblico impiego, nella legge 109/94 sui lavori pubblici, nella legge 20/94 sulla riforma del sistema dei controlli della Corte dei conti e nella legge 59/97 sul decentramento amministrativo e in altri interventi normativi degli anni 90, sul punto A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 617 ss.

(25) E. PICOZZA e V. RICCIUTO, *Diritto dell’economia*, Giappichelli Torino, 2013, 122 ss.; M. VATTIERO, *Understanding power. A law and economics approach*, Saarbrücken: VDM-Verlag Publisher, 2009, 35 ss.; M. CLARICH, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2006, Milano, Giuffrè, 2007, 103 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente*, Torino, Giappichelli, 2007, 63 ss. Sulle recenti riforme v. F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, O. TORIELLO, *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Dike Giuridica, 2014, laddove si commenta la l. n. 114 del 2014.



guatezza, congruità, logicità e ragionevolezza) e processuale (effettività e pienezza della tutela, attraverso un giusto processo, rimesso ad un giudice terzo).

In tale contesto, può dirsi realizzata un'area della giustizia fondata sulla fiducia: fiducia reciproca tra coloro che dettano le norme e coloro che le applicano e fiducia nel sistema da parte di coloro che ne beneficiano (cittadini ed operatori economici). Ed in tale contesto, sfumano le formule organizzative dell'ordinamento. Non pare casuale l'inserimento della delega per la riforma del processo amministrativo in una legge (la l. n. 69/2009) proprio in tema di sviluppo economico, di semplificazione e di competitività. E nemmeno casuale è l'inserimento dell'art. 137 che, posto a chiusura del codice, introduce la clausola di *invarianza finanziaria*, imponendo che le amministrazioni competenti debbano provvedere all'attuazione del codice nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Per quanto riguarda i costi della riforma nel processo civile, l'art. 35 del d.lgs. n. 150 del 2011 ha introdotto la *clausola di invarianza finanziaria* e al comma 1 così dispone: "dall'attuazione del presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti previsti dal presente decreto con l'utilizzo delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente". È, d'altronde, risaputo che l'inefficienza del sistema processuale, che sia civile amministrativo o penale, ha delle ricadute inevitabili sul sistema economico della nazione, in quanto disincentiva gli investimenti esteri e danneggia l'economia locale. Diminuire l'*input*, ossia il numero delle cause che entrano nel sistema processuale, accelerare le decisioni, in modo tale che cresca l'*output*, ossia il numero delle decisioni finali, presenta benefici riflessi anche sull'andamento economico nazionale. Qualità ed efficienza, economicità e risultato: ecco che cosa si intende per analisi positiva ed analisi normativa. L'opzione tra giurisdizione unitaria e giurisdizione ripartita assume un diverso rilievo ove considerata nel contesto europeo ed alla luce del processo di integrazione dei diversi ordinamenti nazionali. Ma è anche vero che deve registrarsi un sostanziale avvicinamento tra l'ordinamento inglese (laddove sono state previste sezioni specializzate per i giudizi in materia amministrativa) e quello francese (nel cui ambito il giudice amministrativo ha assunto un livello di indipendenza e di terzietà non inferiore a quello dei giudici civili e spagnoli) (26).

---

(26) Sui profili comunitari e sulla creazione della c.d. Cassazione amministrativa sulla base del modello francese v. M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005, 377 ss. *Code de justice administratif*, così come modificato da un decreto del 1997 in attuazione di una legge del 1995, cfr. al riguardo J. BERTHOUD, E. COENT-BOCHARD, V. HAIM, O. YEZNIKIAN, *L'exécution des décisions de justice*, in *AJDA*, p. 864 ss. In generale J. WOERLING, *La réforme du contentieux administratif vue des tribunaux administratif de première instance*, in *Dir.*

Se esaminato da questa angolazione, il nostro sistema giudiziario appare sicuramente rispettoso dei canoni europei. Gli interventi del legislatore, le pronunce della Corte costituzionale e delle nostre magistrature superiori, come unanimemente riconosciuto, consentono di affermare il superamento del rigido dualismo diritti soggettivi ed interessi legittimi, l'effettiva tutela del rapporto, sin dalla fase cautelare, la pienezza della tutela (azione risarcitoria), la sua effettività (ottemperanza).

Si sta realizzando, quindi, un sistema organico ed omogeneo del nostro ordinamento giudiziario ed il giudice amministrativo è sempre più il giudice ordinario delle situazioni soggettive affidate alla sua competenza (27).

Il percorso non è stato sempre agevole e lineare e sicuramente può e deve essere migliorato. È tuttavia dato certo che l'attuale sistema dualistico rende un servizio che segna ampi miglioramenti in termini di efficienza e tempestività. A ciò si aggiunge l'apporto dell'Avvocatura dello Stato nel processo amministrativo, volto a garantire l'omogenea trattazione della difesa dello Stato in giudizio (28), "conferendo oltre ad un preciso significato istituzionale ed un carattere di assoluta originalità, anche il raccordo tra il concorso alla formazione del diritto vivente attraverso la dialettica del contenzioso ed il canale interiore ed istituzionale della appartenenza all'organismo statale, da cui riceve e cui può trasmettere, anche attraverso l'attività consultiva, impulsi idonei a meglio comprendere il continuo divenire della società e favorire l'adeguamento ad esso dell'attività statale. L'esperienza giuridica dell'Avvocatura dello Stato riflette dunque le grandi crisi di trasformazione attraversate dal diritto dalla società e dallo Stato italiano a partire dalla sua originaria configurazione" (29).

In questa fase in cui la certezza del diritto è posta a dura prova, non sembrerebbe opportuno incidere radicalmente anche sulla giurisdizione (30).

*Proc. Amm.*, 1995, p. 842 e sulla Legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 relativa ai *référé* davanti alle giurisdizioni amministrative, C. SILVESTRI, *Il sistema dei référés*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 9 ss.; G. PALEOLOGO, *Modo di lavoro dei Consigli di Stato italiano e francese in sede giurisdizionale*, in *Estratto dal volume "I Consigli di Stato di Francia e d'Italia"*, a cura di GIOVANNI PALEOLOGO, Milano, 1998, 15. Sulla situazione tedesca v. W. HEILEK, *Cenni sulla giustizia amministrativa in Baviera/Germania*, in [www.diritto.it/articoli/amministrativo/heilek.htm](http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/heilek.htm), .lss. Sulle diversità tra Consiglio di Stato e Cassazione v. E. PICOZZA, *Processo amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987 463 ss. Sul sistema inglese v. G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2004, 64 ss. e A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ... op. cit.*, 24.

(27) M. NIGRO riportato da V.A. QUARANTA V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Hoepli, 2011, 7.

(28) Come ha ben evidenziato il dott. G. Letta nell'intervento in occasione dell'insediamento dell'Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza, in *Raccolta di scritti*, vol. II, Roma, 2012, 707.

(29) Sono le belle parole di I.F. CARAMAZZA, *L'avvocato del processo amministrativo*, in *Raccolta di scritti*, Roma, 2012, 272-273, ove si evidenzia anche che "Con specifico riferimento alla giustizia amministrativa si potrebbe dire anzi qualcosa di più: vi è una profonda interrelazione tra l'istituzione dell'Avvocatura dello Stato e la nascita del processo amministrativo in Italia ed una profonda interrelazione fra l'evolvere di questo ed il mutare di quella".

Al contrario, deve essere assicurata la certezza della giurisdizione specie in un periodo in cui il legislatore non sempre si avvale di quanto previsto dall'art. 113, 3 comma della Costituzione. È una esigenza che potrebbe essere soddisfatta in tempi ragionevoli anche perché non sembra richiedere la modifica della Carta costituzionale. Ci si riferisce alla ipotesi di istituire il Tribunale dei conflitti (31). Ove tale consesso fosse previsto nell'ambito della Corte di cassazione, verrebbe rispettato il vincolo posto dalla Costituzione e potrebbe essere istituito con legge ordinaria. Lo stesso, inoltre, potrebbe essere composto in maniera paritaria tra magistrati ordinari ed amministrativi. E, sotto tale profilo, si ripercorrerebbero esperienze già conosciute nell'ambito del nostro ordinamento, come il Tribunale superiore delle acque pubbliche.

Tale consesso dovrebbe sicuramente risolvere i casi in cui deve riconoscersi se il giudice adito abbia il potere di decidere.

Invero, dalla affermazione del principio della concentrazione e della connessione della tutela risarcitoria con quella di annullamento in capo ad un unico giudice, è derivato un ulteriore assetto dei rapporti tra giurisdizioni, con l'introduzione della *translatio iudicii*, ormai praticata sia dal giudice ordinario che dal giudice amministrativo.

Alla base del concetto vi è l'obiettivo di non far ricadere sul cittadino le conseguenze dell'aver erroneamente adito un giudice in luogo di un altro (32). L'impiego dell'attività giurisdizionale era circoscritto al limitato fine di

(30) Cfr. sul punto G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che riporta, in nota 13, R. PRODI, *Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*, in *Il Messaggero*, 11 agosto 2013 e precisa che "a questa critica, tuttavia, si è ragionevolmente obiettato che proprio sul giudice amministrativo si scaricano due dei principali difetti del nostro sistema giuridico-istituzionale: da un lato, un assetto normativo caotico e contraddittorio; dall'altro, un'amministrazione inefficiente, incapace di decidere nei tempi assegnati dall'ordinamento (L. TORCHIA, *Giustizia ed economia*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, pp. 337-338)". Sul punto cfr. anche A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ... op. cit.*, 2.

(31) Sul Tribunal des conflits in Francia v. il punto di vista del Conseiller à la Cour de cassation, già vice-président du Tribunal des conflits, JEAN-LOUIS GALLET, *Rapport sur la réforme du Tribunal des conflits*, in *AJDA*, 2013, 2130: "L'origine et la mission du Tribunal des conflits ont leur ancrage dans l'histoire. Né une première fois en 1848 mais de façon éphémère, il renaît durablement en 1872 dans la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat et remettant en vigueur la loi du 4 février 1850 sur l'organisation de la juridiction. Sa raison d'être réside dans la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III qui posent le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires et, partant, inscrivent la dualité juridictionnelle dans notre ordonnancement juridique".

(32) Trova attuazione l'idea di Andrioli che, partendo dalle posizioni soggettive "paritariamente" tutelate (interessi legittimi o diritti soggettivi posti sullo stesso piano), affermò che giudice ordinario e giudice amministrativo non rappresentano più due mondi incommunicabili. Se il criterio che li distingue si riallaccia all'oggetto delle rispettive cognizioni, ne discende che la competenza giurisdizionale non è un presupposto della domanda, ma è la condizione di validità del provvedimento del giudice. Cfr. sul punto R. ORIANI, *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro it.*, 2004, V, 9 e dello stesso autore "È possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale", in *Foro it.*, 2007, I, 1013. L'autore precisa che la *translatio iudicii* "È una prospettiva propria della costruzione

individuare il giudice competente. La Corte Costituzionale, intervenuta poco dopo la pronuncia della Cassazione, con la sentenza, 12 marzo 2007, n. 77 ha statuito che “È incostituzionale l’art. 30 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 (istituzione dei tribunali amministrativi regionali), nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione” (33).

Nella trasmigrazione tra giudice amministrativo e giudice ordinario la causa è rimessa davanti al giudice ordinario competente per territorio (34). Secondo la Consulta non è condivisibile la premessa del ragionamento della Cassazione, secondo cui manca, nell’ordinamento, un espresso divieto della *translatio iudicii* nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale (35).

Anche l’art. 59 della legge n. 69 del 2009 detta disposizioni in materia di risoluzione delle questioni di giurisdizione, volte a conservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda rivolta ad un giudice privo di giurisdizione, qualora il processo sia poi proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione. L’istituto della *translatio iudicii*, ha dunque, posto fine all’incomunicabilità tra giudice amministrativo e giudice ordinario e, nel rapporto tra giudice ordinario e giudice speciale, ha costituito argomento di rinnovato dibattito dottrinario (36).

di Andrioli: già nella prolusione napoletana del 1958 (*Progresso del diritto e stasi del processo*, in *Studi giuridici in memoria di Calamandrei*, Padova, 1958, V, 409 ss. ed, ora, in ANDRIOLI, *Scritti giuridici. I. Teoria generale del processo*, Milano, 2007, 61 ss.), segnalava questa esigenza ricordando il passo della sentenza della Corte di Cass. 16 luglio 1953, n. 2329, in *Foro it.*, 1954, I, 19, con nota di Andrioli, con riferimento ad un caso di individuazione del giudice competente in sede di impugnazione per nullità di un lodo arbitrale: «questo frazionamento, in tappe successive, dell’esame di un presupposto processuale, questa moltiplicazione di giudizi, questo impiego di attività giurisdizionale al limitato e circoscritto fine di individuare il giudice competente è contrario, non soltanto alla regola somma dell’economia processuale, ma anche allo scopo stesso del processo, che è diretto all’attuazione della legge e non alla reiterazione dei provvedimenti, nei quali la funzione meramente strumentale che spetta al presupposto processuale, verrebbe ad essere esasperata fino a soverchiare e ad assorbire il fine ultimo e supremo, che è la realizzazione della giustizia sostanziale”. Cfr. anche dello stesso autore, *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro it.*, 2004, V, 9.

(33) La pronuncia è pubblicata in *Foro it.*, 2007, parte I, col. 1009.

(34) V. T.A.R. Lazio Roma Sez. II *ter*, 24 luglio 2008, n. 7386.

(35) Premessa indispensabile è la considerazione di carattere generale che, seppure in tema di giurisdizione non sia espressamente stabilita una disciplina improntata a quella prevista per la competenza (articoli 44, 45 e 50 c.p.c.), ammissiva della riassunzione della causa dal giudice incompetente a quello competente, neppure sussiste la previsione di un espresso divieto della *translatio iudicii* nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale, v. sul punto Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Foro it.*, 2007, I, 1009: “A tal fine, decisivo argomento è quello rinvenibile dalla disposizione dell’art. 382 cod. proc. civ., concernente la decisione da parte della Cassazione delle questioni di giurisdizione”.

(36) Cfr. sul punto B. RAGANELLI, *L’evoluzione della giurisprudenza e il recente intervento del legislatore in tema di “translatio iudicii”*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 730 ss.; E. PICOZZA, *Il processo ... op. cit.*, Milano, 2008, 390 ss.; R. ORIANI, *Ancora sulla translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*, in *Corr. Giur.*, 2044, 1187; A. TRAVI, *Difetto di giurisdizione e riassunzione della causa: alcune questioni aperte*, in *Urb. e app.*, 2088, 7, 855 (commento a Cons. St., sez. VI, 13 marzo 2008, n. 1059).

Il legislatore, prendendo atto di tali importanti pronunce, è intervenuto a più riprese, prima con la legge 69/2009, poi con il codice processuale amministrativo: la *translatio* era dapprima prevista esclusivamente in materia di competenza dall'art. 50 c.p.c. e non era ritenuta applicabile al riparto di giurisdizione (37). La norma non modifica il codice di procedura civile e fa espressamente salva la disciplina dell'istituto del regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 41 c.p.c. Ai sensi del citato articolo 59, comma 1 il giudice che, in sede civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudizi speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione: la pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per tutti i giudici e per le parti, anche in altro processo (38).

I commi successivi riguardano gli aspetti procedurali e gli effetti conseguenti alla declaratoria del difetto di giurisdizione del giudice adito. Il codice di procedura amministrativa ha, dal canto suo, regolato la materia stabilendo all'art. 11 comma 3 che “Se in una controversia introdotta davanti ad altro giudice le sezioni unite della Corte di cassazione, investite della questione di giurisdizione, attribuiscono quest'ultima al giudice amministrativo, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, se il giudizio è riproposto dalla parte che vi ha interesse nel termine di tre mesi dalla pubblicazione della decisione delle sezioni unite”.

Precisazione importante viene fatta al comma 7, laddove si specifica che gli effetti della sospensione cautelare perdono la loro efficacia dopo trenta giorni la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del Tribunale che le ha emanate, concedendo alle parti di riproporre le domande cautelari innanzi al giudice munito di giurisdizione.

Le prove raccolte davanti all'organo risultato privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova (art. comma 6) e, nei giudizi riproposti, il giudice può concedere la rimessione in termini per errore scusabile, ove ne ricorrano i presupposti (art. 11 comma 5).

#### *4. Giusto processo e sorte del processo cautelare: procedimentalizzazione e potere conformativo.*

Se diamo una occhiata alla statistica, possiamo notare che numerosi uffici

---

(37) Cfr. F. CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, vol. I, Giuffrè, 2008, 130 ss. e dello stesso autore, *Il riparto di giurisdizione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); V. anche M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Cedam, 2012, 75 ss.

(38) V. Corte Cass., sez. un. civ., ord. 22 novembre 2010, n. 23596 in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) n. 12/2010 in relazione all'estensione del principio della “*translatio iudicii*” e dell'ammissibilità o meno del regolamento preventivo di giurisdizione a seguito di una sentenza declinatoria della giurisdizione e della riassunzione della causa innanzi al giudice indicato come competente.

giudiziari ordinari hanno raggiunto tempi di definizione dei giudizi di primo grado di livello europeo (39).

La giustizia amministrativa, a sua volta, con gli strumenti del nuovo codice e la sensibilità di numerosi magistrati, riesce a definire il doppio grado di giudizio di merito in 12/18 mesi, anche in fattispecie non regolate da procedure accelerate (40). Nel processo civile, per la prima volta, nel 2010 è calato l'arretrato: per la diminuzione dell'*input* è stato determinante sia lo strumento della mediazione civile, che ha accresciuto il numero delle controversie conciliate ancor prima del loro radicamento davanti all'autorità giurisdizionale, sia il ricorso al rito sommario di cognizione, finalizzato a semplificare le cause di pronta e facile istruttoria (41). Per accelerare l'*output* è stata molto utile la scelta dell'investimento informatico: i protagonisti del processo civile devono ora dialogare attraverso posta elettronica certificata e chi tenta di allungare i tempi del processo è sanzionato fino ad arrivare all'estinzione. Inoltre, l'introduzione di un filtro in cassazione da parte della riforma del 2011 dovrebbe dare risultati ancora più incoraggianti (42).

È di tutta evidenza che l'analisi economica del diritto coinvolge il concetto di norme efficienti contenenti regole giuridiche in grado di orientare l'amministrazione - giustizia e di renderla *amministrazione-giustizia di risultato*.

E, sotto tale angolazione prospettica, con riferimento soprattutto al rinnovato ruolo del processo amministrativo quale strumento di regolazione di contrapposti interessi, è stato autorevolmente sostenuto che, oggi, sarebbe più appropriato parlare di "*giurisdizione di risultato*" (43).

(39) Cfr. i dati in [www.istat.it/it/archivio](http://www.istat.it/it/archivio) e in *Inaugurazione anno giudiziario 2015* in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); V. ALESSANDRO PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2.

(40) Confronta i dati in *Inaugurazione anno giudiziario al Consiglio di Stato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(41) Per quanto riguarda il processo civile, ogni anno in Italia vengono incardinate circa 4.800.000 cause, ne vengono decise 4.600.000. 200.000 di differenziale ogni anno moltiplicato per 25-30 anni equivale a circa 5-6 milioni di cause arretrate.

(42) Se la regola del giudizio del processo civile è quella dell'onere della prova, regola di giudizio del processo amministrativo è quella dell'onere del principio di prova da fornirsi dal ricorrente e che viene poi integrato dai poteri acquisitivi del giudice. V. I.F. CARAMAZZA, *Intervento di ringraziamento all'atto del conferimento del premio A. Sorrentino 2005*, in *Rass. Avv. St.*, gen. mar. 2005, VII: "In realtà, come dimostrò MARIO NIGRO nel suo scritto *Giudice amministrativo signore della prova*, la differenza era ancora più profonda, in quanto se il giudice civile diceva alle parti «datemi il fatto, vi darò il diritto», il giudice amministrativo diceva al ricorrente «dammi dei motivi di ricorso plausibili e ben fatti e ti darò fatto e diritto».

(43) N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Cedam, 2000, 66 ss; M. CLARICH, *Il processo amministrativo a rito ordinario*, in *Riv. di Dir. Proc. Amm.*, 2002, n. 4; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato ... op. cit.*, 301; G. PERICU G. PITTALIS, *Relazione al Seminario Aspetti problematici nella riforma del processo amministrativo*, Bologna, 2000; R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi*, in *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo*, 2002, n. 4; sul processo cautelare dopo la legge n. 205 del 2000 cfr. R. GAROFOLI - M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002.

Quest'ultima è da intendersi sia nel senso che il processo è in grado di assicurare alla parte che ha ragione tutto ciò che le spetta sulla base del diritto sostanziale, sia nel senso di far rientrare, nell'oggetto della cognizione, non già soltanto il frammento di azione amministrativa, rappresentato dall'atto impugnato, bensì anche la pretesa sostanziale in termini di spettanza o non spettanza di un certo bene della vita, che il ricorrente mira a conseguire o a conservare, al di là dello schermo dell'atto o della sequenza di atti impugnati. Il complessivo disegno riformatore realizzato dal legislatore attraverso le ultime leggi processuali e sostanziali, dalla l. n. 205/00 alla riforma della l. n. 241/90 effettuata con le leggi n. 15 e n. 80 dell'anno 2005, sino a giungere al codice processuale, hanno indotto l'amministrazione da una parte ed il giudice amministrativo dall'altra, ad adottare una concezione sostanzialistica dell'azione amministrativa. Nell'economia della giustizia l'offerta deve infatti soddisfare la domanda e garantire l'organizzazione ottimale del contenzioso, delle udienze nonché una celere risoluzione finale delle controversie pendenti. La semplificazione dei riti determina trasparenza e accelerazione delle cause.

Il procedimento cautelare, dal canto suo, garantendo la celerità della tutela, contribuisce a migliorare non solo il sistema giuridico ma anche quello economico, anche alla luce del ruolo recessivo che l'intervento cautelare è destinato ad assumere rispetto alla definizione del merito della causa.

E la presentazione dell'istanza di fissazione del merito, pena l'improcedibilità della trattazione, evidenzia l'intento del legislatore di evitare che si possano spendere risorse inutili e di consentire tutela a situazioni che non saranno mai oggetto di decisione nel merito. Il ruolo nell'economia del processo amministrativo è anche "quantitativo", oltre che organizzativo, laddove la "parentesi" cautelare ricopre la delicata funzione di raccordo tra l'introduzione del giudizio e la decisione.

La tutela cautelare, adattata alla generale trasformazione del processo amministrativo, ha coinvolto sempre più il giudice in rilevanti decisioni inerenti ai delicati settori economici rimessi alla sua giurisdizione esclusiva (44).

---

(44) G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2011, 205. V. F. GAROFOLI ... *op. cit.*, 14, il quale osserva che con l'ordinanza propulsiva il giudice amministrativo, "riscontra la sussistenza dei consueti presupposti del *fumus* e del *periculum*, sollecita l'amministrazione affinché faccia luogo alla rinnovazione del procedimento ed al riesame del provvedimento impugnato, completando l'istruttoria o valutando taluni profili, anche sostanziali, inizialmente trascurati". Tuttavia alcune pronunce hanno puntualizzato che in sede di riesame l'amministrazione non deve emettere un provvedimento satisfattivo per il ricorrente, sostitutivo dell'atto precedentemente adottato che ignora in tutto o in parte il tenore precettivo della misura cautelare (T.a.r. Campania Napoli sez. IV, sent., 19 novembre 2014, n. 5980; Tar Marche 30 novembre 2009, n. 1443; Tar Lazio sez. II *ter*, 17 marzo 2008, n. 2421, T.a.r. Lazio Roma sez. I *bis*, sent., 2 ottobre 2014, n. 10128; T.a.r. Lazio Roma sez. III *bis*, sent., 24 novembre 2014, n. 11711); A. MONACILIUNI, *I limiti della tutela cautelare nel processo amministrativo*, in [http://www.lexitalia.it/private/articoli/monacil\\_sospensive.htm](http://www.lexitalia.it/private/articoli/monacil_sospensive.htm); V. G. SAPORITO, *Esecuzione dei provvedimenti cautelari e rapporti tra giudice ed amministrazione*, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, a cura di M. ROSSI SANCHINI, Milano, 2006, 89. Il *remand* o ordinanza propulsiva, è

L'atipicità della misura cautelare amministrativa si estrinseca pertanto nella depitizzazione dei suoi requisiti e dell'oggetto del suo contenuto (45).

Relativamente al primo profilo, i requisiti delle misure cautelari, ossia il *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, consentono un tasso sempre più alto di discrezionalità come si verifica, ad esempio, in merito ai provvedimenti di confisca o demolizione di opere edilizie abusive (46).

---

una tecnica processuale che ha trovato consenso soprattutto nei tribunali amministrativi. Infatti l'ordinanza propulsiva concede al ricorrente un'ulteriore interlocuzione con l'amministrazione, proprio al fine di raggiungere una eventuale composizione stragiudiziale, pur continuando l'atto inizialmente impugnato ad esplicare i propri effetti, v. G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 206. Per una disamina di alcuni casi cfr. D. DE CAROLIS, *Tutela cautelare e atti negativi, in La tutela cautelare nel processo amministrativo*, a cura di M. ROSSI SANCHINI, Milano, 2006, 135; A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 167; T.a.r. Lazio Roma sez. II ter, sent., 21 ottobre 2014, n. 10574. V. Anche Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2007, n. 833; cfr. Tar per l'Emilia Romagna - Parma ord. n. 288/2005 (v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2839 e Tar Emilia-Romagna sez. Parma sent. n. 133/2008). Per un approccio critico circa le ordinanze cautelari propulsive v. S. GIACCHETTI, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della p.a. e la foresta di Sherwood*, in [http://www.lexitalia.it/articoli/giacchetti\\_esecuzione.htm](http://www.lexitalia.it/articoli/giacchetti_esecuzione.htm) nonché, dello stesso autore, *La riforma infinita del processo amministrativo*, *ivi*. Per la loro ammissibilità (sia pure con un distinguo), cfr. A. MONACILIUNI, *I limiti della tutela cautelare nel processo amministrativo*, in [www.lexitalia.it/private/articoli/monacil\\_sospensive.htm](http://www.lexitalia.it/private/articoli/monacil_sospensive.htm), il quale osserva che nel caso delle ordinanze propulsive, disciplinata in altri ordinamenti ed in particolare in quello tedesco, l'unico comportamento necessitato imposto dal giudice è quello di effettuare una nuova valutazione della situazione; T.a.r. Campania Napoli sez. III, sent., 2 dicembre 2014, n. 6302; P. VIRGA, *Il regime degli atti adottati a seguito di ordinanze cautelari propulsive*, in [www.lexitalia.it n.7-8/2007](http://www.lexitalia.it/n.7-8/2007), commento a Corte costituzionale - ordinanza 20 luglio 2007 n. 312.

(45) Troppo tardi il principio dell'atipicità della tutela cautelare è stata riconosciuta, afferma E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, 2008, 168; F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in *Giurisdir. Amm.*, 2006, IV, 215; E. PICOZZA, *Disposizioni generali*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di E. PICOZZA, 2010, 3; A. DI CUIA, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel processo amministrativo*, in [www.jus.unitn.it/cardoza/obiter\\_dictum/dicua.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/dicua.htm); R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 3.

(46) F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 379 ss.; R. DE NICOTOLIS, *Processo amministrativo*, Milano, 2011, 648; M. ANDREIS, *La tutela cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di R. CARANTA, Bologna, 2011, 342.

(46) Riportato da A. MONACILIUNI, *I limiti della tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Cons. di St.*, 1997, II, 1657, nota 4.

(46) M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, 201.

(46) Cfr. Sul punto R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 13. La giurisprudenza cui si fa riferimento è quella di Consiglio di Stato, IV sez., 3 marzo 1934, n. 62, in *Foro amm.*, 1934, I, 1, 130: "può ordinarsi la sospensione di un provvedimento di concessione per coltivazione di tabacchi, poiché la revoca potrebbe produrre danni gravi ed irreparabili troncando così un'impresa già avviata e facendo cadere i contratti stipulati dai ricorrenti con i coltivatori", cit. da R. GAROFOLI, ... *op. cit.*, 14.

(46) R. GAROFOLI, *La tutela cautelare ... op. cit.*, 14.

(46) Cass., Sez. Un., 25 ottobre 1973, n. 3732, in *Cons. Stato*, 1973, II, 1333; E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 129 ss.; C. VARRONE, *Discrezionalità amministrativa e inhibitoria degli atti a contenuto negativo*, in *Foro amm.*, 1996, II, 731 ss.; A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della p.a.*, in *Foro amm.*, 1990, 329 ss.



Del resto, tale processo di sostanzializzazione della tutela è stato indotto ed al tempo stesso accelerato proprio dalla influenza del diritto comunitario e segnatamente dalla necessità di offrire un'adeguata risposta sia alle esigenze di effettività/tempestività/completezza della tutela giurisdizionale imposte dalla giurisprudenza comunitaria, sia alla necessità dell'omologazione della nostra tutela giurisdizionale con le istanze affermate nell'ordinamento comunitario, anche alla luce delle esperienze degli altri paesi dell'unione europea.

In questo senso, già a partire dalla codificazione *ex art. 7, l. n. 205/00* del diritto al risarcimento innanzi al G.A. del danno da lesione di interessi, si evince la necessità, imposta al legislatore nazionale, di ampliare il novero delle soluzioni processuali idonee a dar risposta a tutte le tipologie di posizioni giuridiche vantate dai privati, quale che ne sia la qualificazione che per esse l'ordinamento statale abbia scelto (47).

Alla progressiva riduzione dell'intervento statale nel settore delle attività economiche, oltre alle privatizzazioni (si pensi alla vicenda del pubblico impiego), si contrappone una progressiva estensione della sfera di competenza del diritto amministrativo.

In tal senso, vanno segnalate, l'istituzione delle autorità amministrative indipendenti (48) nonché l'assoggettamento alla disciplina della evidenza pubblica di attività svolta da soggetti privati (ma esercenti pubbliche funzioni). Si tratta di innovazioni che hanno condotto una parte della dottrina a segnalare la sempre più spiccata connotazione del diritto amministrativo come una sorta di "diritto misto". In tale linea evolutiva va inquadrato il comma 1-*bis* dell'art. 1 della l. 241 del 1990 introdotto dalla novella del 2005, ai sensi del quale, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, la pubblica amministrazione "agisce secondo le norme del diritto privato", salvo diversa disposizione di legge. Anche nel diritto amministrativo a presidio delle libertà costituzionali

---

(46) E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive ... op. cit.*, 499 ss.; R. GAROFOLI, ... *op. cit.*, 14. Sulla sospensione del diniego di esonero dalla prestazione del servizio militare: Cass., sez. Un., 25 ottobre 1973 n. 3732, in *Cons. Stato*, 1973, II, 1333; Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 1996 ord. n. 575, in *Riv. Amm.*, 1996, 441; Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 1996 ord. n. 456, *ivi*, 1996, 301; Cass., sez. Un., 25 ottobre 1973, n. 3732, in *Cons. Stato*, 1973, II, 1333. In dottrina, L. CUONZO, *Suspendibilità in sede di giurisdizione amministrativa dei c.d. Provvedimenti negativi: in particolare, del provvedimento del ministero della difesa che nega la dispensa dal servizio militare*, in *Cons. Stato*, 1974, II, 719.

(46) V. Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ord. 8 ottobre 1982 n. 17 circa l'ammissione all'esame di maturità, di cui *infra*. V. A. DE CUIA, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel processo amministrativo*, in [www.jus.unitn.it/cardozo/obiter\\_dictum/dicui.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/dicui.htm).

(47) F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che fa una attenta disamina dell'evoluzione dell'interesse legittimo concludendo per la sua attualità e vitalità.

(48) F. MERUSI, *Le leggi di mercato*, Bologna, 2002, 14 ss. Sul collegamento tra lo sviluppo delle autorità indipendenti e i cambiamenti nelle modalità di intervento nell'economia v. L. TORCHIA, (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, 127 ss.

in campo economico, si assicura, dunque, l'intermediazione procedimentale e la sua declinazione secondo il modello del contraddittorio paritario. Che dire poi della cosiddetta *procedimentalizzazione* del processo cautelare? Sempre più frequentemente il processo amministrativo ingenera un *processualprocedimento*, in tutti quei casi in cui la fase cautelare diventi una riedizione o prosecuzione dell'attività amministrativa.

Infatti, l'osmosi e il rapporto dialettico tra cautela e procedimento inducono a considerare il momento cautelare come *parentesi*, in vista della prosecuzione del processo amministrativo in sede giurisdizionale.

Assistiamo anche alla capacità dell'ordinanza di consumare il potere provvedimentale e, proprio a fronte della processualità partecipata in sede cautelare, il procedimento si fa contenzioso.

Tale è la *ratio* rinvenibile nel superamento della identificazione della misura cautelare adottabile unicamente con la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, evidentemente inadeguata ad assicurare una effettiva e piena tutela interinale delle posizioni soggettive, realizzata con la novella dell'art. 21, l. n. 1034/71 (che peraltro evoca chiaramente la formulazione letterale dell'art. 700 c.p.c., rimandando a quella tipologia di tecnica di tutela). È possibile affermare che la misura cautelare abbia seguito l'evoluzione del giudizio di merito, nel quale, grazie all'effetto conformativo, sono state ritenute ammissibili le azioni costitutive di annullamento e di condanna all'emanazione dell'atto amministrativo. A partire dal d.lgs n. 80/1998, ma in particolar modo dalla legge n. 205/2000, può dirsi mutato il quadro della tutela innanzi al giudice amministrativo: l'introduzione delle azioni di condanna al risarcimento del danno, anche in forma specifica, ha accresciuto notevolmente i poteri del giudicante, non solo istruttori, ma anche e soprattutto decisori (49). Il codice ha dunque conferito un impulso maggiore a tale impostazione, adeguando anche la misura cautelare ai tempi e all'aumento esorbitante del contenzioso. La tendenza espansiva delle sospensive produce i suoi effetti sul procedimento amministrativo soprattutto attraverso la procedura del *remand*, od ordinanza propulsiva, con il quale il giudice rinvia l'affare all'amministrazione con l'indicazione di un indirizzo operativo (50). Si tratta di una tecnica processuale che ha trovato consenso soprattutto nei tribunali amministrativi: l'ordinanza propulsiva concede al ricorrente un'ulteriore interlocuzione con l'amministrazione, proprio al fine di raggiungere l'eventuale composizione stragiudiziale, pur continuando l'atto inizialmente impugnato ad esplicare i propri effetti (51).

---

(49) Sulla evoluzione della materia ed in particolare della pregiudiziale amministrativa ci si permette di rinviare a M.V. LUMETTI, *Risarcimento del danno e violazione dell'interesse legittimo*, Giuffrè, 2008, 283 ss.

(50) M.V. LUMETTI, *La tendenza espansiva della sospensiva: dalla ordinanza tipica all'ordinanza*

Il giudice non si limita a sospendere l'atto impugnato ma ordina all'amministrazione di riesaminare la questione tenendo presenti i motivi di ricorso oppure imponendo una valutazione della posizione del ricorrente.

Il contenuto positivo dell'ordinanza propulsiva mira, dunque, a sollecitare l'attività dell'amministrazione intesa a preservare gli interessi del ricorrente nelle more della decisione di merito, oppure ad ordinare alle amministrazioni di riesaminare il provvedimento impugnato.

### 5. Il vincolo di rimessione all'Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.) e la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato.

La nomofilachia (52) è l'attività svolta dal giudice al fine di garantire il coordinamento e l'unificazione della giurisprudenza a fronte dell'insorgere di diversi orientamenti e contrasti (53). Viene intesa come *messa a fuoco* della situazione normativa per orientare le pronunce dei giudici, renderle coerenti e prevedibili al fine di garantire il pari trattamento giuridico dei cittadini che ricorrono all'autorità giurisdizionale.

La funzione si estrinseca in una lettura sostanziale e non formale della norma, in una interpretazione orientata della legge, culturalmente volta a garantire l'applicazione virtuosa della norma (54). L'esatta osservanza della legge, ossia il rispetto da parte di tutti i giudici del limite esterno della giurisdizione, differisce dall'uniforme interpretazione della legge (c.d. nomofilachia in senso generico). Invero, al giudice si chiede l'esatta interpretazione della legge, in considerazione della soggezione ad essa (art. 101 Cost.) ma,

---

*atipica. L'ordinanza cautelare propulsiva e la tecnica processuale del remand. Problemi applicativi e vincolo conformativo*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), n. 1, 2015, 121.

(51) F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(52) La nomofilachia cerca di dare una soluzione a tali problemi ricorrendo a discipline concettuali formalizzatrici definitorie di leggi generali e categorie di comportamento o differenze individuali. Si avvale di metodologie di ricerca del linguaggio: quest'ultimo viene descritto e sottoposto ad un significato universale. *Nomotetica* è termine che etimologicamente deriva dal greco *vòμος* (nòmos) e *θέτιχος* ("che tende a stabilire"), ripreso dal tedesco (*Nomothetisch*). Esso indica il confronto tra metodi di ricerca e di confronto di diverse impostazioni metodologiche inteso a descrivere i vari fenomeni comprendendoli sotto delle leggi. L'approccio è di tipo nomotetico (*between people*), in quanto individua leggi generali del comportamento e definisce differenze individuali in una prospettiva in cui il sapere generalizzante crea norme universalmente valide. Nel caso delle leggi si utilizza anche il termine *parolanomotetico*. Discipline concettuali formalizzatrici definitorie di leggi e categorie leggi generali di comportamento o differenze individuali. S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova, 2011, 97, indica l'etimologia del termine nomofilachia: il termine sta ad indicare la legge (*vòμος*) e l'atto del custodire (*φυλακτικός*, letteralmente "profilassi" "immunizzazione"). E. CARBONE, *Quattro tesi sulla nomofilachia*, in *Pol. dir.*, 2044, 599 ss.; V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Napoli, 2009.

(53) In generale v. C. CONSOLO, *Giurisdizione esclusiva e nomofilachia* in *Atti del convegno di Firenze 4 maggio 2004 a cura della associazione italiana degli studiosi del processo amministrativo*.

(54) La legge non deve mai soffocare la vitalità e la iniziativa del paese: *La légalité acutuelle nous tue* (come fu detto da Viennet nella Camera francese nella seduta del 23 marzo 1833).

poiché a fronte della stessa formulazione, il risultato ermeneutico può differire per ragioni che attengono ai tre termini del rapporto (legge, fatto e giudice), vale a dire alla plurivocità del linguaggio, alla varietà degli accadimenti e alla diversità della precomprensione dell'interprete, è il giudice a dover realizzare la *reductio ad unitatem*, senza tuttavia giungere ad un *interpretativismo* eccessivo.

L'uniforme interpretazione della legge è stata sino ad ora assicurata dal Consiglio di Stato, prevalentemente in via pretoria, in assenza di specifiche disposizioni normative. La funzione si è arricchita quantitativamente a seguito dell'istituzione dei Tar, non risultando più circoscritta ai soli contrasti tra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, risolti all'Adunanza Plenaria, ma anche qualitativamente operando su pronunce di giudici chiamati a pronunciarsi su questioni radicate in un territorio circoscritto. Il fondamento della funzione nomofilattica del giudice amministrativo è ora rinvenibile dell'art. 99 c.p.a.: il comma 1 attribuisce alla sezione del Consiglio di Stato la possibilità di rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali.

Si tratta di una novità rilevante introdotta dal codice e che ha già determinato un incremento delle pronunce da parte dell'Adunanza Plenaria.

Prima della decisione, il Presidente del Consiglio di Stato su richiesta delle parti o anche d'ufficio, può deferire all'Adunanza Plenaria qualunque ricorso, al fine di risolvere questioni di massima di particolare importanza o per dirimere contrasti giurisprudenziali (comma 2).

A seguito della remissione, effettuata con ordinanza motivata, l'Adunanza Plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente (art. 99 comma 4). Se ritiene che la questione è di particolare importanza può, in ogni caso, enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sulla sentenza impugnata (art. 99 comma 5).

Il ruolo nomofilattico del Consiglio di Stato è rafforzato ed avvalorato anche dal vincolo di remissione all'Adunanza Plenaria da parte della sezione che, dovendosi pronunciare su un ricorso, ritiene di non condividere un principio enunciato dall'adunanza plenaria (55). Il ruolo del giudice amministrativo come nomoteta è confermato dal fatto che il ruolo nomofilattico della

---

(55) È stato osservato che non vi è peraltro nessuna incompatibilità ontologica tra nomofilachia e giudizio di merito: a ciascun giudice si chiede, infatti, l'esatta interpretazione della legge in considerazione della soggezione ad essa disposta dell'art. 101 della Costituzione. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile* ... 62 e 76: proprio la contemporanea esistenza di una pluralità di giudici dello stesso grado nel territorio dello Stato è la causa pratica della disformità della giurisprudenza nello spazio.

Cassazione non costituisce principio generale avente dignità costituzionale, bensì mero principio dell'ordinamento giuridico processuale e del relativo diritto (56).

6. (segue) *La risoluzione anticipata di questioni di massima (art. 72 c.p.a.): precedente conforme, persuasivo, carismatico ma non vincolante.*

Una ipotesi in cui il giudice di primo grado svolge funzione di nomofilachia è quella prevista e regolata dall'art. 72 del codice.

Per la prima volta è stata creata una corsia preferenziale per quei ricorsi che, anche a seguito di rinuncia ad altri motivi o eccezioni (sempre che le parti concordino sui fatti di causa), vertono sulla medesima questione di diritto. L'art. 72 prevede infatti che, qualora al fine della decisione della controversia occorra risolvere una singola questione giuridica e le parti concordino sui fatti di causa, il Presidente può fissare con priorità l'udienza di discussione (art. 72, comma 1). Risulta evidente che la trattazione e la risoluzione di una questione di diritto considerata rilevante e risolutiva permette che si formi, peraltro con sollecitudine, una interpretazione giurisprudenziale uniforme relativamente alle nuove questioni di massima prospettate.

I giudici e le parti stesse potranno pertanto giovare per orientare le future attività processuali. Tale novità è rilevante soprattutto se ricollegata alla considerazione che il diritto comunitario determina anche il superamento del principio di esclusione della responsabilità del magistrato nell'esercizio dell'attività interpretativa, nonostante che tale esclusione fosse stata confermata, in passato, dalla stessa Corte costituzionale (57).

7. *La "contaminazione" con il sistema del common law potenzia la funzione nomofilattica del giudice amministrativo.*

Il progressivo rafforzamento delle istanze sopranazionali (Corte di giustizia delle Comunità europee, ma anche Corte europea dei diritti dell'uomo), determina un fenomeno ormai non più nuovo nel nostro ordinamento, ossia l'esercizio della funzione di nomofilachia da parte di tali pronunce. Queste ultime, infatti, tendono a garantire una omogeneità degli istituti simili nei vari ordinamenti e può accadere che censurino orientamenti giurisprudenziali delle stesse Corti supreme, come è accaduto nel nostro ordinamento in materia di espropriazione nel caso dell'occupazione appropriativa (58). Anche il prece-

---

(56) Sul punto cfr. sentenza Corte Cost. 6 luglio 2004 n. 204 e la tesi interpretativa dell'Avvocatura dello Stato, punto 1.4. in fatto, ultimo capoverso della sentenza medesima, riportata e commentata da M.V. FERRONI, *Il ricorso in cassazione ... op. cit.*, 121-122. Alla Cassazione è attribuita, infatti, la funzione nomofilattica solo per quanto concerne le sentenze del giudice ordinario e nei confronti delle sentenze del giudice amministrativo il controllo è esercitato solo sulle questioni inerenti la giurisdizione.

(57) S. OGGIANU, *Giurisdizione ... op. cit.*, 290, il riferimento è alla legge n. 117/1988 ed alla sent. della Corte Cost. 18 gennaio 1989 n. 18 in *Giur. cost.*, 1989, I, 1 62 ss.

dente conforme persuasivo, carismatico ma non vincolante attribuisce, pertanto, un valore aggiunto all'attività interpretativa del giudice.

Un tema aperto è stabilire se la nomofilachia, propria soprattutto dei paesi di *common law*, sia estensibile anche ai sistemi di *civil law* e se, afferendo all'esercizio stesso della funzione giurisdizionale, essa prescinda dalla rilevanza che nell'ordinamento assume la codificazione.

Il giudice cui spetta la nomofilachia in senso lato è infatti "sovraordinato" agli altri appartenenti allo stesso ordine, ma non in ragione della successione temporale dell'intervento, bensì per l'orientamento che fornisce in merito alle modalità applicative delle disposizioni normative.

È stato riscontrato che la primazia del diritto europeo, particolarmente di quello di origine giurisprudenziale, comporta una rilevanza della funzione nomofilattica e del correlativo vincolo del precedente, fino ad allora inconsueta negli ordinamenti di *civil law*, con la conseguenza che il diritto comunitario sta assumendo sempre più connotati analoghi a quelli di un sistema di *common law*. Com'è noto, *common law* e *civil law* sono i due ordini, sistemi e metodi che governano il diritto nel mondo. Il sistema di *civil law* è di carattere normocentrico e, in quanto imperniato sul diritto codificato, esclude il vincolo del precedente: ne deriva l'indispensabile controllo centralizzato sulla interpretazione delle norme. I concetti di norma e di sistema normativo risultano centrali nel discorso teorico-giuridico del sistema di *civil law*, laddove nei paesi di *common law* il diritto è di formazione giudiziaria (*judge made law*), spontanea, consensualistica, di tipo casistico, elaborata per il singolo caso concreto, equitativa e consuetudinaria: tutto ruota in gran parte attorno ai precedenti simili, all'analogia da fatto a fatto, alla *ratio decidendi* equamente adattata. L'elemento legislativo è solo uno degli elementi che compongono il combinato empirico, e non è vincolante e neppure il più importante. Nel sistema di *civil law* i giudici e gli studiosi del diritto e della dogmatica giuridica si riferiscono alle norme come allo specifico oggetto del loro approccio alle questioni giuridiche: l'ordinamento giuridico è un ordinamento normativo, ossia è costituito dall'insieme di tutte le norme giuridiche valide.

La "contaminazione" con il sistema del *common law* potenzia, dunque, la funzione nomofilattica del giudice amministrativo (59).

---

(58) V. L. MARUOTTI, *Sulla prevalenza delle disposizioni della CEDU, rispetto alle contrastanti leggi nazionali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale osserva che "Affermare che una legge contraria alla CEDU sia applicabile in uno Stato, in attesa che sia dichiarata incostituzionale dalla sua Corte Costituzionale, da un lato indebolisce la tutela dei diritti fondamentali (per definizione lesi fino a quando vi sia la sentenza di incostituzionalità) e dall'altro comporta una disparità di trattamento (tra i cittadini degli Stati aderenti al Consiglio Europeo)". Cfr. G. VACIRCA, *Appunti sul risarcimento del danno nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2001, 350, il quale evidenzia il valore non assoluto della funzione di nomofilachia: "... deve ... ritenersi che una certa dialettica fra gli organi giurisdizionali possa essere utile quando si tratti di adattare gli istituti a esigenze nuove".

È da rilevare che le differenze in materia di precedente tra sistemi di *common law* e *civil law* risultano attenuate ove si analizzi il diritto applicato.

È proprio ai “giuristi di common law che si deve la definizione del diritto romano come “written reason”, “la ragione scritta!” (60).

Il riferimento al precedente conforme equivale all’esercizio della funzione nomofilattica del giudice cautelare e determina il controllo diffuso del giudice amministrativo, considerato che è proprio in sede cautelare che il più delle volte la vertenza viene decisa con l’adozione della sentenza in forma semplificata. Vien da chiedersi se la funzione nomofilattica sia, per così dire, più vicina al sistema ed alla metodologia adottata nei paesi di *civil law* o di quelli di *common law*. Il precedente conforme costituisce già di per sé una forma di controllo sul giudice, concretizza una funzione nomofilattica, similmente a quanto accade nei paesi di *common law*: nel nostro ordinamento è, tuttavia, il giudice che sceglie come esercitare questa funzione, e questo determina la vera differenza. Si va delineando un’evoluzione laddove il precedente conforme, seppure non vincolante, attribuisce un *valore aggiunto* all’attività interpretativa del giudice: la funzione nomofilattica diventa sempre più rilevante, anche a causa della crescente importanza delle fonti comunitarie

(59) Sono i giudici e le professioni liberali (avvocati) che invece nel sistema di *common law* creano il diritto: il diritto viene realizzato con regole ricavabili dal criterio (*ratio decidendi*) adottato per risolvere il singolo caso concreto secondo equità. Il diritto nei paesi di *civil law* è invece realizzato dal legislatore con norme generali e astratte, mentre il sistema di *common law* è il frutto di una lenta, radicale profondissima e remotissima evoluzione che fa tesoro di tutte le precedenti esperienze storiche, conservando quanto di positivo esse hanno apportato fino all’attualità. Come ricorda A. AARNIO, *La teoria dell’argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*, in *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, 1987, 211, gli studiosi adottano asserzioni intorno a norma giuridiche valide, intese come espressioni prescrittive: esse vengono chiamate asserzioni normative. Le norme non sono né vere né false: appartengono al campo delle espressioni prescrittive. V. sul punto l’analisi di L. MAZZELLA, *Il dispotismo indulgente*, Milano, 2013, 11 ss.

(59) È per questo che il filone storico angloamericano non conosce filosofia teoretica e razionalistica, nelle varie forme di teologia, ideologia, utopia, come si riscontra invece nel filone opposto del razionalismo metodologico della conoscenza umana (ebraismo dogmatico e antidogmatico o veterotestamentario). L’Europa continentale è legata ad una giuridicità di carattere sistematico, concettuale, aprioristico, vincolante, negazione di ogni diritto spontaneo e consuetudinario, al contrario della *common law* che rimane empiristica ed equitativa, sul piano sostanziale come nei metodi produttivi e realizzativi, con una vera e propria antitesi tra la centralità ecclesiastica romana e il nord dell’Europa. *Civil law* è di matrice giustiniana, *common law* di origine metodologica romano-classica. È la civiltà greco-romana che ci fa conoscere le origini e le matrici dei sistemi moderni, sia nell’aspetto dogmatico che in quello antidogmatico: *ius gentium*, diritto empirico, equitativo, consuetudinario, internazionale, commerciale, in cui si fondono i caratteri della latinità con quelli dell’ellenismo (diritto pragmatico dell’età romano-classica). Con il crollo dell’impero romano si formano l’assolutismo cesaropapistico e il dogmatismo ecclesiastico che informano tutto il medioevo di una giuridicità sistematica e teorica, basata sul *corpus giustiniano*, sottoposta alla teologia, perfetta antitesi rispetto al diritto romano classico. Cfr. sul punto P. D’AMICO, *Common law*, Torino 2005, 1-5.

(60) Come evidenzia I.F. CARAMAZZA, *Europa: l’unico continente che ha un contenuto*, in *Raccolta di scritti*, vol. II, Roma, 2012, 854.

(61). Il diritto amministrativo non risulta iperregolato e ipernormato come il diritto civile, il quale è prossimo alla metodologia tipica del sistema *civil law*: il processo amministrativo è tributario, in parte, del percorso intellettuale e culturale tipico dell'organizzazione giudiziaria del *common law*.

8. *Il giudice amministrativo "ai tempi dell'economia", tra diritto globale e decostruzione giuridica.*

Il concetto di giurisdizione inteso come espressione della sovranità statale si è affievolito nel tempo, e si è, dunque, trasformato.

Attualmente, la giurisdizione è considerata sempre più un servizio per la collettività e come tale, erogatrice di un prodotto, il *prodotto-sentenza*, termine che stride con la nostra tradizione giuridica, ma che drammaticamente è in linea con il mutato conteso globale caratterizzato dalla c.d. *concorrenza degli ordinamenti giuridici*, in cui anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza e il *prodotto* deve garantire soluzioni tempestive ed efficaci (62).

Sarebbe tuttavia sufficiente sottolineare che, in un contesto in cui il linguaggio del legislatore deve essere chiaro e intellegibile, anche la sentenza giustamente deve contenere statuizioni chiare e comprensibili.

La sentenza, come il provvedimento e la norma, deve offrire due elementi: uno descrittivo e l'altro costruttivo. Il primo, mette in luce i risvolti pratici, il secondo interviene direttamente proponendo ridefinizioni di concetti destinati ad incidere sull'interpretazione.

Ne consegue che la sentenza è sinonimo di economia della giustizia, efficienza, tempestività, adeguamento alle regole della concorrenza.

Nell'economia della giustizia l'offerta deve soddisfare la domanda e garantire l'organizzazione ottimale del contenzioso, delle udienze e una celere risoluzione finale delle controversie pendenti. La semplificazione dei riti determina trasparenza e accelerazione delle cause e il processo cautelare amministrativo, garantendo la celerità della tutela, contribuisce a migliorare non solo il sistema giuridico ma anche quello economico.

---

(61) M. BIN, *Funzione uniformatrice della cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1998, 551. G. MONETA, *Dal decreto legislativo 80/1998 alla legge 205/2000 ovvero la storia finita della giurisdizione amministrativa*, in *Contratto e impresa*, 2001, 861. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 299.

(62) N.C. SALERNO, *Pensioni: effetti collaterali di quando il giudice deve supplire, suo malgrado, al legislatore. Un commento alla sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 3240 del 2010*, in [www.astrid.online.it](http://www.astrid.online.it). Per un approfondimento dei metodi della scuola americana di Law and economics (EAL), A. NICITA and M. VATIERO, *The Contract and the Market: Towards a Broader Notion of Transaction?*, *Studi e Note di Economia*, 1-7-22, 2007. M. VATIERO, *Understanding Power. A "Law and Economics" Approach*, Saarbrücken, VDM-Verlag Publisher, 2009.



9. *Conclusioni. Gli effetti della giuridificazione. Verso un processo “economico” di risultato?*

Vi è chi sostiene che in realtà, nonostante l'indubbio predominio dell'economia, alla fine sussista una *giuridificazione* massiccia dei rapporti fra gli Stati e fra gli individui, che si realizza attraverso un enorme aumento delle competenze dei giudici. La giuridificazione consiste in una espansione del ruolo e delle funzioni del giudice, nel senso che qualunque rapporto ormai viene sottoposto a una qualche forma di sindacato giurisdizionale.

Pertanto parrebbe forse eccessivo parlare di “tramonto” o addirittura di *fine del diritto*, in quanto si assiste invece al fenomeno opposto che vede la riconduzione dei nuovi valori di scienza e tecnica nello stesso ambito giuridico e che consente, a chi esercita la giurisdizione, di sussumerli all'interno del proprio, sempre più pervasivo, potere di sindacato (63).

E ciò accade in specie, con riguardo alle decisioni che le pubbliche amministrazioni, anche e soprattutto indipendenti, devono adottare per garantire l'ordinato funzionamento dei mercati, nessuna delle quali sembra sfuggire ad un più o meno penetrante controllo giurisdizionale.

Così si vengono però a mettere in gioco i delicati equilibri richiesti dal principio di separazione dei poteri e la persistenza di una qualche riserva di funzione amministrativa (tanto nei confronti del legislatore che, in forme differenti, del giudice), che parrebbe doversi evincere dal rispetto di un principio di legalità non unidirezionale. Il rischio è altrimenti di determinare la “decostruzione” dello stesso diritto amministrativo.

La permeabilità dei confini statuali da parte della globalizzazione del diritto e dell'economia mette in discussione proprio gli istituti di garanzia procedurale e di democrazia rappresentativa tipici della cultura occidentale dello stato di diritto, che entro quelli erano nati e si erano rafforzati, con inevitabili e problematiche ricadute sulla discrezionalità, pure nella direzione di una compressione dei suoi margini da parte di scienza e tecnica.

Né a tal proposito si deve sottovalutare, come è stato visto, l'influenza del diritto comunitario e della corte di giustizia. Il radicale mutamento di approccio registrato circa il modo di considerare l'atteggiarsi dell'azione amministrativa, provvedimentale e non, ha guidato il percorso evolutivo “dall'amministrazione per atti all'*amministrazione per risultati*”. Tale percorso ha favorito l'interpretazione e la rielaborazione di alcuni principi cardine dell'agire amministrativo, attraverso gli strumenti dell'analisi economica del diritto, ed in particolare offrendo una rivisitazione in chiave fenomenologica e non più meramente programmatoria del concetto di risultato, anche al fine di

(63) P. ROSSI, *Fine del diritto?*, (a cura di P. Rossi), Bologna 2009, 56 ss.

(63) F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo ... op. cit.*, 34 ss.

(63) G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'Amministrazione ... op. cit.*, 138.

arginare i noti tropi o emblemata. Il risultato, pertanto, costituisce la proiezione in termini di diritto cogente del percorso di positivizzazione dei valori costituzionali di buon andamento della P.A. operata sin dalla l. 241/90 con l'introduzione nell'ordinamento dei principi di efficacia ed efficienza.

Come abbiamo visto, anche con riferimento al procedimento cautelare, ferma la caratteristica di strumentalità, si è cercato di accentuare la sua efficacia anticipatoria, nel senso di potenziare una tutela capace di garantire la fruttuosità del provvedimento finale cui la domanda cautelare rimane finalizzata. Quindi forse non è poi così vero lo stilema "fine del diritto", o il cosiddetto "silete iuriconsulti", e che ormai è l'economia che ci domina: sempre riemerge la cosiddetta giuridificazione e la devoluzione in ultima istanza di tutte le questioni al giudice.

Anzi: la presunta supremazia sul diritto dell'economia, sul cui significato sarebbe opportuno fare pure delle riflessioni (64), costituisce un dato che non ostacola la giuridificazione ma ne espande il ruolo e la funzione del giudice e non ne determina affatto la fine del diritto.

Fin ad ora il giudice amministrativo, ferma restando la lente razionalizzatrice del diritto e del suo primato, è sicuramente riuscito ad assicurare un positivo approccio alla complessità essenzialmente grazie a due fattori fondamentali della sua giurisdizione: l'elevato grado di specializzazione unito alla esiguità e flessibilità di regole processuali. Avvalendosi di questi due preziosi ingredienti, egli ha potuto accostarsi in modo responsabile ed incisivo alle problematiche dell'azione pubblica, fino ad offrire al ricorrente, singolo o associato, una tutela capace di proiettarsi oltre il provvedimento amministrativo e di attingere direttamente all'utilità perseguita nel caso concreto.

Il giudice amministrativo ha mantenuto il primato del diritto, nel rispetto della convivenza civile e dei principi costituzionali, sempre in ossequio alla concezione umanistica del giudice stesso, in una sorta di stilizzazione estrema e virtuosa, di geometria e di incastro perfetto di tassellature, perché la persona e la dignità dei suoi diritti vengono prima dell'economia.

---

(64) Sul fatto che alla base delle difficoltà del rapporto tra economia e sistemi giurisdizionali sembra influire "anche una economia ridotta a finanza, fondata sull'idea tradizionale che il comportamento razionale dell'*homo oeconomicus* sia solo quello volto alla massimizzazione dell'interesse personale, inteso come idoneo ad escludere dalla razionalità ogni altro tipo di interesse superindividuale" v. A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ... op. cit.*, 6 e M. FRACANZANI - S. BARONCELLI (a cura di), *Quale religione per l'Europa?* (Atti del LII Convegno Internazionale dell'Istituto di Studi Europei "Antonio Rosmini" di Bolzano), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, 22 ss.

## **Revirement delle Sezioni Unite sul riparto di giurisdizione in tema di assegnazione delle ore di sostegno agli alunni disabili**

*Iolanda Luce\**

La questione del riparto di giurisdizione in tema di assegnazione di docenti di sostegno ad alunni disabili torna ad essere al centro dell'attenzione degli operatori del diritto: una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, infatti, qualificando la mancata o insufficiente assegnazione di ore di sostegno agli allievi portatori di handicap come condotta discriminatoria ai sensi della legge 1 marzo 2006 n. 67, è tornata ad affermare, nella materia *de qua*, la sussistenza della giurisdizione ordinaria.

Al fine di chiarire i termini della questione è bene ricostruire il quadro normativo vigente in materia.

Come è noto, la legge n. 104 del 1992 detta la disciplina generale di riferimento per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone portatrici di handicap, con particolare attenzione alla problematica dell'integrazione scolastica, cui si riferiscono gli artt. 12 e ss.

La legge in esame va necessariamente integrata con le ulteriori disposizioni di dettaglio che regolano la materia, giacché si pone quale norma di principi, abbisognevole quindi di una disciplina di integrazione e specificazione: pertanto, per il profilo che qui ci interessa, è necessario richiamare il D.M. n. 331 del 24 luglio 1998, che detta disposizioni concernenti la riorganizzazione della rete scolastica e la formazione delle classi, nonché il D.M. n. 141\1999, relativo alle modalità di formazione delle classi di sostegno con alunni in situazione di handicap.

Più in particolare, il D.lvo 16 aprile 1994, n. 297, all'art. 319, co. 1, prevedeva che le dotazioni organiche dei ruoli provinciali comprendessero posti di sostegno da istituire in ragione di un posto ogni quattro alunni disabili: in sostanza, ad ogni alunno veniva assegnato un quarto delle ore di servizio del docente, e, quindi, per la scuola secondaria di I e II grado, a fronte di 18 ore di attività settimanale del docente, venivano assegnate all'alunno disabile 4,30 ore settimanali.

L'art. 40, co. 1 della L. n. 449\1997 ha abrogato tale disposizione e ha introdotto la dotazione organica provinciale di sostegno, fissandola nella misura di un docente per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti gli istituti scolastici della Provincia.

Lo stesso art. 40 ha altresì previsto la possibilità di derogare a tale rapporto, in presenza di handicap particolarmente gravi.

Tale norma era stata abrogata dall'art. 2 della legge n. 244\2007 ma la

---

(\*) Avvocato dello Stato.

predetta disposizione è stata successivamente dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 80\2010.

La legge 27 dicembre 2002, n. 289, all'art. 35, co. 7, nel richiamare a sua volta la legge 104\92 e la legge 449\97, prevede che le attività di sostegno in deroga al rapporto provinciale insegnanti\alunni 1\138 è autorizzata dal Direttore Generale preposto all'Ufficio Scolastico Regionale.

Lo schema di decreto interministeriale diramato con Circolare del Ministero Pubblica Istruzione n. 19 del 13 febbraio 2007, infine, nell'impartire disposizioni sulla determinazione degli organici del personale docente per l'anno scolastico 2007\2008, all'art. 9 quantifica l'entità complessiva della dotazione organica di sostegno a livello provinciale mediante rinvio alla tabella E, e dispone che la distribuzione degli insegnanti di sostegno venga correlata alla effettiva presenza degli alunni disabili.

Bisogna altresì ricordare l'art. 19, comma 11 del D.L. 98/2011, convertito in legge 111/2011 nella parte in cui prevede che *“l'organico di sostegno è assegnato complessivamente alla scuola ... la scuola provvede ad assicurare la necessaria azione didattica e di integrazione per i singoli alunni disabili, usufruendo tanto dei docenti di sostegno che dei docenti di classe”*.

La predetta previsione legislativa è stata ripresa dal MIUR che con C.M. 63/2011 ha precisato: *“l'organico di sostegno è assegnato alla scuola .... e non al singolo alunno disabile... Sulla base di tale assegnazione le scuole programmeranno gli interventi didattici ed educativi al fine di assicurare la piena integrazione dell'alunno disabile”*. Così in termini C.M. 194\2015.

L'Ufficio Scolastico Provinciale, inoltre, rimane vincolato all'obbligo del pieno rispetto della dotazione organica provinciale di sostegno attribuita all'intera provincia, nel rispetto delle norme richiamate dal DPR n. 81 del 20 marzo 2009.

Peraltro la deroga al criterio di cui all'art. 40 co. 1 citato (1\138) è prevista come meramente eventuale, e solo in presenza di handicap particolarmente gravi, secondo una valutazione che spetta esclusivamente all'Amministrazione, a mezzo degli organi previsti dalla normativa di settore: più in particolare tale organo è il Gruppo di Lavoro per l'integrazione scolastica, istituito presso ogni Ufficio Scolastico Provinciale, e formato da dirigenti tecnici e docenti, con il compito di valutare non solo il tipo e la gravità dell'handicap (così come attestati dalla Asl), ma le potenzialità dell'alunno e gli interventi programmati dalla scuola a favore dell'alunno stesso (come da C.M. 11 aprile 1994, n. 123, e da D.M. 331\98 artt. 41 e 42).

Il Gruppo di Lavoro provinciale deve valutare i seguenti documenti:

la Diagnosi funzionale redatta dalla Unità Multidisciplinare della ASL competente, e contenente la descrizione analitica dello stato psicofisico dell'alunno; il Profilo dinamico funzionale, redatto da un gruppo di lavoro interdisciplinare della ASL (composto dai docenti curricolari, dai docenti di sostegno e dai genitori dell'alunno) e contenente la descrizione delle difficoltà

e dello sviluppo potenziale dell'alunno; il Piano educativo individualizzato, redatto anch'esso da un gruppo di lavoro designato dalla ASL, e contenente gli interventi educativi e didattici previsti e la proposta al Gruppo di Lavoro provinciale del numero di ore di sostegno a favore dell'alunno interessato.

Va da ultimo osservato che il Decreto legge 31 maggio 2010 n. 78, all'art. 15, ha stabilito che *“per l'anno scolastico 2010\11 è assicurato un contingente di docenti di sostegno pari a quello in attività di servizio di insegnamento nell'organico di fatto dell'anno scolastico 2009\10, fatta salva l'autorizzazione di posti di sostegno in deroga al predetto contingente da attivarsi esclusivamente nelle situazioni di particolare gravità di cui all'art. 3 comma 3 della legge n. 104\92”*.

Quanto sopra detto consente di ritenere non del tutto convincenti le argomentazioni della Suprema Corte di Cassazione espresse nella recente pronuncia n. 25011 del 25 novembre 2014: secondo i giudici del Supremo Consesso la mancata assegnazione all'alunno disabile di un sufficiente numero di ore di sostegno integrerebbe una discriminazione indiretta, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 67\2006: secondo tale disposizione ricorre una discriminazione indiretta quando *“una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone”*; al contrario sussiste una ipotesi di discriminazione diretta quando *“per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga”*.

Il successivo art. 3 attribuisce al giudice ordinario le controversie sorte in caso di atti o comportamenti discriminatori, richiamando le regole procedurali di cui al D.lgs. n. 150\11.

Pertanto, alla luce delle citate disposizioni, le Sezioni Unite, richiamando altresì la rilevanza che la tutela del fanciullo e del portatore di disabilità riveste anche in ambito europeo e internazionale (basti solo qui richiamare la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo nonché la Convenzione EDU sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali e la Carta Europea dei diritti fondamentali dell'Unione), ha concluso nel senso della sussistenza della giurisdizione ordinaria nella materia *de qua*.

Dirimente, secondo le Sezioni Unite, la circostanza che l'art. 2 della legge finanziaria n. 244\2007 (che aveva eliminato la possibilità di assunzioni con contratto a tempo determinato, in deroga al rapporto docenti\alunni, di insegnanti di sostegno in presenza di handicap particolarmente gravi) è stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 80\2010 nonché il fatto che, oggi, la legge n. 111\2011 consenta la possibilità di istituire posti in deroga *“allorchè si renda necessario per assicurare la piena tutela dell'integrazione scolastica”*.

Pertanto, si legge nella sentenza delle Sezioni Unite, la questione dirimente è quella di stabilire se ci si trovi di fronte ad un diritto fondamentale ad essere seguiti da un docente specializzato ovvero *“se vi sia ancora per la pubblica amministrazione autorità spazio discrezionale per diversamente ... modulare gli interventi della salvaguardia del diritto all'istruzione dello studente disabile”*.

La sentenza conclude nel senso che *“l'omissione o le insufficienze nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione scolastica, di quell'attività doverosa, si risolvono in una sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile all'attivazione, in suo favore, di un intervento corrispondente alle specifiche esigenze correlate rilevate, condizione imprescindibile per realizzare il diritto ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico”*.

Le conclusioni cui giungono le Sezioni Unite si pongono in evidente contrasto con altri autorevoli precedenti della stessa Cassazione: in particolare, sempre le Sezioni Unite, con le ordinanze n. 1144\07 e n. 2013\2009, avevano affermato la giurisdizione ordinaria nelle controversie in esame.

Nel senso della sussistenza della giurisdizione esclusiva del GA nella materia *de qua* anche la consolidata giurisprudenza amministrativa (*ex multis*: Consiglio di Stato, sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1134, nella quale i Giudici di Palazzo Spada ritengono che nella fattispecie in esame l'Amministrazione eserciti propri poteri autoritativi e organizzativi, non venendo in rilievo atti amministrativi di natura paritetica).

Sempre in punto di giurisdizione si richiama la recente sentenza n. 3111 del TAR Sicilia del 3 dicembre 2014 e la n. 2036 del TAR Toscana del 11 dicembre 2014, che hanno entrambe smentito le conclusioni cui sono giunte di recente le Sezioni Unite della Cassazione con sentenza n. 25011 del 25 novembre 2014.

Secondo i giudici siciliani, in particolare, la legge n. 67\2006 non pone alcuna norma attributiva della giurisdizione al GO in materia, limitandosi a stabilire all'art. 3 comma 2 quale rito si applichi una volta che la domanda, con valutazione logicamente pregiudiziale, sia stata riconosciuta come appartenente alla giurisdizione ordinaria in applicazione dei normali criteri di riparto.

*“Lo stesso articolo 4 comma 2 della legge 67\2006 chiarisce definitivamente che la regola del riparto, in materia di tutela antidiscriminatoria, segue il generale criterio basato sulla dicotomia diritto soggettivo\interesse legittimo”*: di qui la naturale salvezza della giurisdizione amministrativa sia di legittimità sia, come nel caso che ci occupa, esclusiva.

E poiché *“nel caso in esame, la domanda ha ad oggetto l'accertamento della necessità per il minore di vedersi erogato il servizio didattico previa predisposizione, da parte dell'amministrazione, di misure di sostegno didattiche o assistenziali necessarie per evitare che il soggetto disabile altrimenti fruiscia solo nominalmente del percorso di istruzione ... si versa nelle ipotesi di giuri-*

*sdizione esclusiva sui diritti ex art. 133 comma 1 lett. C del cod. proc. amm.vo”.*

Le conclusioni della più recente giurisprudenza amministrativa sembrano, a parere di chi scrive, maggiormente convincenti, e ciò in virtù di una serie molteplice di argomentazioni: in primo luogo non pare possa revocarsi in dubbio che la norma dell'art. 3 della legge n. 67\2006, unitamente all'art. 28 del d.lgs. n. 150\11 che l'art. 3 richiama, è da qualificarsi in termini di norma meramente processuale che non introduce un nuovo criterio di riparto.

Ciò risulta peraltro confermato dalla lettura del successivo art. 4 comma 2 a norma del quale “le associazioni e gli enti di cui al comma 1 possono intervenire nei giudizi per danno subito da persone con disabilità e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti lesivi delle persone stesse”: tale norma conferma infatti, anche in tema di tutela antidiscriminatoria, il generale criterio di riparto diritto soggettivo\interesse legittimo.

Occorre ancora osservare che il fatto che la situazione soggettiva dedotta in giudizio assurga a rango di diritto fondamentale non è circostanza di per sé sufficiente ad escludere la sussistenza della giurisdizione amministrativa: è noto infatti il consolidato orientamento della giurisprudenza, sia di legittimità che costituzionale, che ammette la giurisdizione amministrativa pur a fronte della lamentata lesione di un diritto inviolabile della persona, ogni qualvolta la dedotta violazione sia riconducibile ad una attività di tipo autoritativo della pubblica amministrazione (Corte Costituzionale n. 140\2007).

Il nodo da sciogliere è allora relativo alla natura della attività svolta dall'amministrazione scolastica nella predisposizione dell'orario di insegnamento e, più in particolare, nella assegnazione delle ore di sostegno agli alunni disabili: occorre cioè chiarire se siamo oppure no di fronte ad un attività di tipo autoritativo e discrezionale.

Ebbene, è evidente che nella materia che ci occupa “*l'attività amministrativa è caratterizzata da una discrezionalità prevalentemente tecnica, nel senso che non può prescindere dalla fondamentale valutazione medico-legale sulle caratteristiche specifiche ed il grado di gravità dell'handicap del singolo alunno, ma alla quale si accompagna e si aggiunge una discrezionalità amministrativa pura, nel senso che le esigenze del singolo alunno diversamente abile devono essere comunque temperate con le esigenze generali del comparto scuola ... e con le esigenze generali del bilancio del settore scuola ed in generale della finanza pubblica...*” (ordinanza Tribunale di Firenze n. 13744\05).

Dall'esame complessivo delle disposizioni sopra analizzate emerge come le stesse, nello stabilire i criteri che debbono presiedere alla formazione della classi, laddove in esse siano presenti alunni portatori di handicap, non stabiliscono alcun orario minimo di sostegno, e quindi non attribuiscono a tali alunni un diritto a pretendere nei confronti dell'Amministrazione scolastica la presenza di personale di sostegno aggiuntivo o per orario maggiorato rispetto a quello che l'Amministrazione stessa ha predisposto.

Ne deriva che la determinazione organica dei posti di sostegno e l'assegnazione del personale docente di sostegno attiene ad una attività di carattere prettamente amministrativo, che esplica la potestà di auto-organizzazione propria della Amministrazione interessata.

In sostanza, l'Amministrazione conserva la discrezionalità che le è propria nell'organizzare la distribuzione degli alunni e del personale, nel rispetto della normativa vigente di riferimento.

La posizione del privato di fronte a tale discrezionalità, pur qualificata dalla legge stessa come "diritto", deve quindi necessariamente coordinarsi e temperarsi con il pubblico interesse di cui l'Amministrazione è portatrice: su ciò la giurisprudenza è pacifica: ad esempio, in materia di diritto al trasferimento ex art. 33 legge 104/92, si è stabilito che *"la posizione soggettiva del dipendente seppur positivamente configurata come diritto resta in ogni caso condizionata alla sussistenza di un contrario interesse pubblico"*, Tar Veneto n. 1307/98; così anche Tar Lombardia, n. 1326/96 ha ribadito che *"il beneficio ex art. 33 V comma della legge n. 104, seppur positivamente configurato come diritto, resta in ogni caso condizionato dalla sussistenza di un contrario interesse pubblico"*.

Ciò vuol dire che il diritto del soggetto va correlato e temperato con l'interesse pubblico alla corretta organizzazione degli uffici, e, nel caso in esame, con la corretta organizzazione delle classi e del personale scolastico: il privato, cioè, non vanta una acritica configurazione di un diritto da parte dell'Amministrazione ad ottenere sempre quel docente o quel certo numero di ore di sostegno, in quanto all'Amministrazione è sempre consentita ed anzi imposta una valutazione comparativa tra gli interessi privati e pubblici, attenti alla corretta auto-organizzazione gestione delle risorse di cui dispone.

A tale valutazione si aggiunge, poi, quella di carattere più squisitamente medico e didattico, riservata dall'ordinamento agli organismi appositamente designati.

Ancora è bene osservare che nella relazione tecnica del Gruppo di lavoro si sottolinea in particolare che l'integrazione scolastica degli alunni portatori di handicap si realizza anche mediante una visione complessiva delle singole realtà scolastiche in cui l'alunno deve integrarsi, e cioè tenendo conto anche delle risorse di cui l'Amministrazione scolastica dispone, delle situazioni di fatto delle classi, delle prassi didattiche più consolidate in materia di integrazione.

Aumentare pertanto la delega dell'insegnante di sostegno significherebbe accrescere la solitudine della coppia sostegno / alunno, isolando i due soggetti dal contesto di riferimento, con evidenti conseguenze negative per l'inserimento sociale e il recupero dei minori.

È evidente quindi che non sono solo le ore di sostegno a garantire una buona progettazione educativa e didattica ma anche tutte le altre componenti ed iniziative, attraverso le quali l'istituzione scolastica predispose un piano educativo individualizzato e adeguato ai bisogni dell'allievo.



Anche dalla lettura dei provvedimenti di volta in volta emessi dall'Amministrazione scolastica si evince che alla base della assegnazione del docente di sostegno si pone sempre una valutazione autoritativa della p.A., frutto di quella tipica ponderazione e comparazione di interessi in cui si sostanzia il concetto stesso di discrezionalità.

A riprova di ciò il fatto che il legislatore ha recentemente provveduto a dettare dei precisi criteri cui l'Amministrazione deve attenersi al momento della assegnazione dell'insegnante di sostegno.

Ci riferiamo, in particolare, all'art. 15 commi 1, 2, 2 *bis* del D.L. 12 settembre 2013 n. 104 convertito dalla legge 8 novembre 2013, n. 128, che stabilisce criteri ben precisi a presidio della assegnazione di docenti di sostegno in deroga.

Risulta pertanto pienamente condivisibile l'affermazione secondo la quale siamo *“al di fuori di un vicenda meramente esecutivo-adempitiva, in cui l'Amministrazione sarebbe priva di poteri autoritativi, di un diritto in tesi già conformato”* (TAR Sicilia n. 3111\2014 citato): di cui la sussistenza, nella materia *de qua*, della giurisdizione amministrativa esclusiva.

Recentemente la sesta sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 4373 del 21 settembre 2015, ha rimesso la questione della individuazione del giudice munito di giurisdizione all'Adunanza Plenaria: più in particolare, i giudici remittenti, preso atto che la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 25011\2014 rappresenta una radicale modifica del precedente consolidato indirizzo interpretativo, definito dalla stessa Corte come *“costante”*, ritengono che la qualificazione della pretesa dell'alunno disabile ad un adeguato monte ore di sostegno in termini di diritto assoluto non appare sufficiente di per sé sola a fondare la giurisdizione ordinaria, alla luce del chiaro disposto dell'art. 133 comma 1 lett. c) del cpa.

Appare indubbio, infatti, che non venga in discussione il diritto dell'alunno all'insegnamento di sostegno, quanto piuttosto *“la consistenza e le modalità di effettuazione di tale prestazione... In altri termini è controverso non l'an ma il quantum della prestazione stessa...”*.

L'ordinanza di remissione risulta pregevole e degna di nota perché, muovendo dalla ricostruzione del complessivo impianto normativo vigente, giunge alla individuazione di un complesso procedimento amministrativo caratterizzante la materia che ci occupa: più in particolare tale procedimento, sfociante in un accertamento costitutivo, si compone di due fasi prodromiche rispetto alla fase di approvazione del Piano educativo individualizzato, che delle dette fasi rappresenta il momento finale ed esecutivo.

Tali fasi prodromiche sono date l'una dall'accertamento dello stato di handicap, l'altra dalla individuazione del relativo fabbisogno di insegnamento con erogazione delle risorse necessarie.

La pronuncia delle Sezioni Unite sembra differenziare tali fasi anche in

punto di giurisdizione, laddove afferma che dopo l'elaborazione del PEI non residuerebbe più in capo all'Amministrazione scolastica alcun margine di discrezionalità, che invece sussisterebbe nelle precedenti fasi del descritto procedimento.

In altre parole, dalla lettura del *decisum* delle Sezioni Unite sembrerebbe derivare che la distinzione di interesse legittimo e diritto soggettivo, e dunque il riparto di giurisdizione che su quella distinzione viene dalla stessa Corte fondato, dipenda dall'oggetto del ricorso, ossia dal fatto che si contesti a monte il contenuto del Piano Educativo (in tal caso sussisterebbe la giurisdizione amministrativa) o, piuttosto, la sua mancata attuazione (in tal caso la giurisdizione sarebbe del giudice ordinario).

Tale conclusione, oltre a non essere convincente per tutto quanto sopra detto, appare discutibile anche per le conseguenze pratiche che comporta in tema di oneri di doppia impugnazione con evidente pregiudizio dei noti valori della concentrazione e semplificazione della tutela giurisdizionale.

# RECENSIONI

**MICHELE GERARDO - ADOLFO MUTARELLI, *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali.***

*(G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. XVIII-446)*

## *Prefazione*

La prescrizione e la decadenza rappresentano istituti idonei a saggiare le capacità dell'interprete costituendo una sorta di meccanismo ad incastro che impone una rigorosa coerenza ricostruttiva della disciplina. Ed è per questo che nessuno studioso della materia riesce a sottrarsi al proposito di operarne una ricostruzione personale, per quanto possibile, originale.

È opinione degli autori che per il perseguimento della migliore tenuta ed organicità della ricostruzione della materia sia necessario un rigoroso ancoraggio alla disciplina offerta dal codice civile che costituisce una sorta di diritto comune degli istituti in esame. Nella riferita prospettiva è sembrato pertanto indispensabile, sia rispetto alla utilità dell'indagine sia rispetto alla fruibilità della stessa da parte degli addetti ai lavori, partire dal dato normativo letto e scomposto alla luce dei canoni ermeneutici applicabili (artt. 12 e 14, disp. prel. c.c.).

Si è pertanto privilegiata l'interpretazione del testo normativo fatto oggetto di analisi semantiche e sintattiche (della lingua e/o del linguaggio settoriale in cui è stato formulato) comparando, all'occorrenza, il significato assunto da singoli termini o istituti nei contesti normativi diversi in cui essi hanno cittadinanza.

In via sussidiaria, ove l'interpretazione letterale della disposizione è apparsa inadeguata ad offrire una chiara ed inequivoca lettura, si è fatto ricorso all'interpretazione sistematica al fine di illuminarne il contenuto alla luce di tutte le altre (con utilizzo dell'argomento topografico o della *sedes materiae* e dell'argomento della costanza terminologica). In chiave sincretica rispetto all'illustrato *iter* ermeneutico si è, ovviamente, tenuto in debito conto non solo la

*mens legis* ma anche la formazione storica delle norme da interpretare (puntando al raffronto tra le situazioni giuridiche che precedono e seguono l'emanazione di tali norme) individuando il *continuum* o gli arresti dell'evoluzione normativa.

Si ritiene, infine, di dover precisare che, nonostante la formale imputazione dei singoli capitoli, il lavoro è frutto di riflessione ed elaborazione comune degli autori.

Anche se l'avv. Adolfo Mutarelli non riveste più la qualità di avvocato dello Stato entrambi gli Autori esprimono riconoscenza all'Avvocatura dello Stato presso cui hanno maturato un'esperienza professionale interdisciplinare nei diversificati campi dell'ordinamento da cui è sorto lo stimolo per il presente lavoro.

Santo Stefano del Sole, giugno 2015

*Gli Autori*



Finito di stampare nel mese di marzo 2016  
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.  
Vicolo della Guardiola n. 22 - 00186 Roma